

CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA: EL SURGIMIENTO DE ALGUNAS LÍNEAS DE TENDENCIA COMUNES

GIANCARLO ROLLA

Traducción: JOAN OLIVER ARAUJO

SUMARIO: 1. La contribución de la justicia constitucional a la evolución del Derecho constitucional como ciencia jurídica positiva. – 2. La adquisición de un mejor equilibrio entre autonomía de la dirección política y control sobre la legitimidad constitucional de las leyes: el progresivo menguar de las objeciones al desarrollo de la justicia constitucional. – 3. Algunas características comunes a las experiencias europeas de justicia constitucional. En particular, el papel de los jueces constitucionales como garantes del pacto constitucional y del correcto funcionamiento del sistema político y social diseñado por los constituyentes.

1. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA JURÍDICA POSITIVA

Cada vez que se afrontan las relaciones entre las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el ordenamiento norteamericano se suele subrayar la importancia fundamental que las primeras revisten con respecto a este último, pudiendo ser consideradas el ingrediente básico del Derecho constitucional americano. Como se ha puesto de relieve en

un acertado esfuerzo de ejemplificación, “cuando los estudiantes de Derecho se dedican al Derecho constitucional, estudian una colección de resoluciones judiciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cuando un abogado aconseja a los clientes, sean éstos particulares o poderes públicos, consulta las sentencias que le proporcionan precedentes como primer e inmediato instrumento de trabajo” (1).

Entre las múltiples razones que han favorecido el signo de esta tendencia, también se debe señalar la circunstancia de que la jurisprudencia constitucional produce efectos normativos, en virtud de una regla, ahora consolidada, por la cual jueces y juristas norteamericanos consideran las decisiones judiciales verdaderas y propias fuentes del Derecho.

La situación europea, aún no siendo comparable —por la diversidad de los presupuestos normativos e institucionales— a la norteamericana, está, sin embargo, viviendo un fenómeno similar, en base al cual la jurisprudencia de las Cortes y de los Tribunales Constitucionales funciona en el interior de los respectivos ordenamientos jurídicos tanto con la función de precedente, como de innovación normativa. Basta considerar, por una parte, la circunstancia de que las motivaciones de las decisiones de los jueces constitucionales asumen en la práctica la eficacia de precedente en orden a las *rationes decidendi* allí contenidas (2); y, por otra

(1) Así: Kauper, “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti” en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p. 227 ss.

(2) Por lo que se refiere a la problemática del valor vinculante de las decisiones del juez constitucional, podemos citar, a título de ejemplo, las contribuciones doctrinales de: Golla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 263 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 675 ss.; Idem, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522 ss.; Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971.

Sobre las específicas características que el problema presenta en el ordenamiento español, nos sea permitido reenviar a: Rolla, “Giustizia costituzionale ed indirizzo politico in Spagna: prime riflessioni sull’esperienza del Tribunale Costituzionale” en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 139 ss.

Por lo que se refiere a la experiencia alemana, Schlaich (“Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 580) ha precisado, de forma significativa, que el particular efecto vinculante sancionado en el párrafo 3 inciso 1 de la Ley sobre la Corte Constitucional alcanza también a las motivaciones de las sentencias “cuando contienen argumentaciones para la interpretación” y cuando no son solamente *obiter dicta*.

Por lo que concierne a los estudiosos españoles, semejante problemática ha sido objeto de particular interés por parte de: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985; Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982; Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y poder judicial. Sus relaciones en la aplicación e interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

parte, el hecho de que algunos tipos de sentencias se pueden, ahora, enumerar —o por expresa disposición normativa o por reconstrucción doctrinal— en el catálogo de las fuentes del Derecho (3).

Estas simplificadas y esquemáticas consideraciones evidencian no sólo los límites de comprensión presentes en gran parte de las relevantes críticas que, en los diversos ordenamientos, han acompañado el nacimiento de la justicia constitucional, sino también la diferencia —que la experiencia se ha apresurado a ejemplificar— entre las previsiones, las hipótesis iniciales, y la concreta evolución de los modos de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley.

Reflexionando, por ejemplo, sobre la situación italiana, resulta llamativa la contradicción entre el papel adquirido por la Corte Constitucional, como instituto que califica la organización de una democracia moderna y acabada, y los acentos —ásperos, en algunos momentos denigradores— que en el debate de la Asamblea Constituyente hicieron coro a la decisión de instituir un órgano competente para examinar la legitimidad constitucional de las fuentes primarias. Entonces, tal perspectiva fue tildada de absurda, fue considerada el fruto de una “fantasía sin precedentes”, precursora de profundas turbaciones para la vida del Estado (4); hoy, parece difícil negar que la Corte Constitucional constituya un poder consolidado, calificante de la vigente forma de gobierno, no obstante se haya desarrollado —como un “río desviado en su origen” (5)— según un itinerario al principio no previsto.

Los iniciales temores de que este órgano —considerado por competentes juristas un instituto espúreo, lógicamente incompatible con la forma

(3) Cfr., por todos: Pizzorusso, *Le fonti del diritto*, Roma, 1977, p. 274 ss.; Sandulli, “Fonti del diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, p. 527 ss. Aunque este último autor, al asimilar las sentencias de la Corte Constitucional que declaran la ilegitimidad de normas contenidas en actos con valor de ley a los referéndums abrogatorios, parece considerar que estas fuentes primarias del ordenamiento operan sólo de manera unidireccional, “ya que sólo actúan en sentido negativo (caducidad de preceptos preexistentes) y no también en sentido positivo (creador de preceptos nuevos)”.

(4) Una atenta reconstrucción de las perplejidades y de las hostilidades que, en el curso de los trabajos de la Asamblea Constituyente, acompañaron la propuesta de instituir en Italia un sistema de justicia constitucional, puede verse en: D’Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, 1981, p. 111 ss.; Mezzanotte, *Giudizio sulle leggi e ideologie del costituente*, Milano, 1979.

(5) La expresiva imagen se encuentra en: Rodotà, “La Corte, la politica, l’organizzazione sociale” en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 489 ss.

de gobierno parlamentaria (6)- pudiera adquirir poderes excesivos, al reducir el Parlamento de órgano soberano a “parte” en un proceso político-jurisdiccional, han dejado paso progresivamente al maduro conocimiento de que su presencia en el sistema, “por una parte, ha efectivamente modificado la forma de gobierno querida por los constituyentes, pero por otra ha reforzado aquel garantismo que, no menos que la forma de gobierno, había sido siempre visto por los constituyentes como uno de los pilares de la naciente democracia” (7).

(6) Entre éstos también se debe citar a: V.E. Orlando, “Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951, p. 34 ss.

Estos planteamientos, sin embargo, aparecen históricamente datados, en cuanto presuponen una concepción de la forma de gobierno la cual, por una parte, considera únicamente el tradicional equilibrio de los poderes titulares de la actividad de dirección política; y, por otra parte, asume como paradigma fundamental para individualizar sus elementos constitutivos una estrecha correlación entre distribución del poder político y división de los poderes formales del Estado.

Para una actualizada reconsideración del concepto de “forma de gobierno”, se pueden ver las contribuciones de: Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973; Crisafulli, “Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia” en *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano, 1960, p. 601 ss.; Elia, “Governo (forme di)” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, p. 641 ss.; Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976; Pace, “Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 1132 ss.; Dogliani, “Spunti metodologici per un’indagine sulle forme di governo” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 214 ss.; Volpi, *Lo scioglimento del parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1983, p. 8 ss.; Amato, “Forme di Stato e forme di governo” en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 35 ss.; Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 529 ss.

Una reconstrucción comparatista de las diversas formas de gobierno también ha sido intentada por: Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1975; Ortino, *Forme di governo in diritto comparato*, Firenze, 1975.

(7) Según Barile (“Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi” en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 546), “si la democracia italiana se ha mostrado y se muestra todavía empeñada en no morir, también se debe, en suma, a algunas de las direcciones que han prevalecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

Por su parte, y con mucha eficacia, Elia (“Giustizia costituzionale e diritto comparato” en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 16) se muestra convencido de que la justicia constitucional puede caracterizarse por la “realización de objetivos ciertamente no secundarios, como la conservación del Estado de Derecho y la promoción de los derechos sociales, en la medida en que hoy puedan ser promocionados”.

La capacidad de los jueces constitucionales de favorecer la integración democrática y el arraigo social de los valores constitucionales ha sido valorada, en relación con la experiencia española, por: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 192 ss.

Además, la eventualidad de que la Corte Constitucional adquiera un peso político en el sistema es connatural con la decisión misma de activar un control de legitimidad constitucional de tipo concentrado, instituyendo un órgano *ad hoc* e insertándolo entre los poderes supremos del Estado. La preferencia acordada por tal modelo respecto a la forma de la *judicial review* hace posible un papel activo de la justicia constitucional, haciendo de ésta un elemento no marginal del *government* de un determinado orden establecido.

Sobre este punto es posible comprobar que, tanto los conocimientos de los jueces constitucionales como las convicciones de los estudiosos más atentos, concuerdan al considerar que los Tribunales con su actividad no se limitan sólo a controlar la conformidad a la Constitución de las opciones normativas, sino que también concurren a formar o influyen sobre la determinación de la dirección política (8).

Las diferencias en la valoración del fenómeno atienden, en su caso, a la puntual determinación del grado de incidencia de tal instituto sobre la forma de gobierno y los modos a través de los cuales su presencia, *lato sensu* política, se manifiesta. De un lado, en efecto, nos preguntamos si la justicia constitucional concurre directamente a la formación de la dirección política o bien si se limita a condicionarla, estando -como se ha afirmado eficazmente- "junto a la organización de la cumbre del Estado democrático" (9). Por otro lado, nos preguntamos si la justicia constitucional constituye, en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, un elemento caracterizante de una específica forma de gobierno o una variable independiente de ésta, cuya presencia se impone en sistemas diversos y, por el contrario, produce en ordenamientos clasificables dentro de la misma forma de gobierno efectos institucionales diferenciados.

El interés de la doctrina por estos perfiles de la materia aparece en continuo crecimiento (10); menor parece, por el contrario, la atención

(8) En este sentido: Barile, "Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 546.

(9) Cfr. Elia, "La Corte nel quadro dei poteri costituzionali" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 533 ss.

(10) Véanse, por último, por cuanto concierne a la situación italiana, los trabajos de: AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; Cappelletti, "La Corte Costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, p. 613 ss.; Capotosti, "Tendenze attuali dei rapporti fra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1558 ss.

por el hecho de que la consolidación de las experiencias de justicia constitucional, además de influir sobre la forma de gobierno y sobre las relaciones entre los poderes fundamentales del Estado, también haya incidido sobre el carácter y sobre el mismo modo de concebir el Derecho constitucional.

El objeto y la naturaleza de estas consideraciones preliminares nos eximen de un detenido análisis de las razones de semejante fenómeno, aunque no se puede dejar de considerar que la actividad jurisprudencial de las Cortes y de los Tribunales Constitucionales ha sabido responder, de forma natural, a dos distintas exigencias científicas durante mucho tiempo advertidas por la doctrina iuspublicista: por una parte, la afirmación del Derecho constitucional como ciencia jurídica autónoma, dotada de una propia especificidad; por otra parte, una mejor atención en sede analítica por el dinamismo intrínseco al fenómeno constitucional, en cuanto originado por normas que, por su estrecha conexión con el orden social y político, son susceptibles de expresar contenidos y valores en continua evolución.

Para entender la contribución que la jurisprudencia constitucional ha aportado a la primera de las exigencias indicadas, es necesario tener presente que el estudio de los ordenamientos constitucionales ha encontrado numerosas resistencias antes de alcanzar la dignidad de verdadera y propia ciencia jurídica autónoma: habiendo sido esta materia considerada durante mucho tiempo una encrucijada, en donde la historia de las instituciones jurídicas se intersecta con la historia política y social.

En Italia, el estudio de las Constituciones estaba incluido, todavía en los inicios del presente siglo, entre las divisiones de la Ciencia política, en las cuales a la aplicación del método jurídico se sobreponían argumentaciones metajurídicas o de naturaleza filosófica; la misma palabra "Constitución" era, normalmente, conjugada con el término "política" (11).

(11) Es necesario, sin embargo, precisar que en aquellos contextos semejante expresión lingüística asumía un significado distinto del actual. Con el término "política" se identificaba un conjunto de reglas técnicas caracterizadoras de la acción de gobierno: como si fuese una ciencia eurística que estudiaba los medios mediante los cuales el Estado puede perseguir del mejor modo posible sus propios fines.

Se pueden ver, en este sentido, los trabajos de: Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nelle scienze e nelle istituzioni*, Torino, 1896; Croca, "Il fattore politico e le costituzioni" en *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1931, p. 149 ss.; Chimienti, *Diritto costituzionale e politica*, Napoli, 1915.

Incluso a un observador superficial del desarrollo del pensamiento iuspublicista no se le puede escapar que la evolución de la disciplina estuvo pesadamente condicionada por su génesis, por el itinerario histórico que debió seguir. Los escritos y las enseñanzas de Derecho constitucional surgieron en Italia simultáneamente a la difusión de los principios y las instituciones típicas de las revoluciones burguesas y liberales; recibieron impulso y solicitud por la opción política de dar a conocer a las *élites* sociales las nuevas ideas surgidas de la crisis del absolutismo y de favorecer el consenso en los valores y en la ideología expresada por la naciente clase burguesa (12). A consecuencia de ello, los primeros pasos del Derecho constitucional, por la preponderancia de los perfiles políticos e ideológicos, así como por los frecuentes deslizamientos hacia la deontología y hacia la sociología, han contribuido a incluir tal disciplina entre las materias de las ciencias políticas, negándole la calificación de ciencia jurídica autónoma.

El mismo Santi Romano, con ocasión de una notable prolucción académica, después de haber recordado que sólo recientemente las nociones fundamentales de la materia comenzaban a tomar cuerpo y los institutos a organizarse en sistema, reconoció que el Derecho constitucional era una “ciencia joven y privada de tradiciones”, un “débil sistema, en verdad, delicado organismo que, como es notorio a todos, aquel reconstituyente heroico, que es la técnica y la lógica jurídica, todavía no ha fortalecido, y que con frecuencia se evapora confundándose o con abstracciones filosóficas o con aquellas variadas indagaciones que, más que con

(12) No es casualidad que la primera enseñanza de “Derecho constitucional cispadano y ius público universal” tuviera lugar en 1797 en la Universidad de Ferrara, con el explícito propósito de dar a conocer el texto de la Constitución de la República cispadana, así como de difundir las ideologías políticas transmitidas por la revolución jacobina.

En el mismo período fueron activadas enseñanzas de Derecho constitucional en las Universidades de Pavia y de Bolonia, mientras que en Padua y en Génova se votaron resoluciones favorables a la promoción de “la lectura y el entendimiento de la Constitución”. En la misma perspectiva se sitúa, por otra parte, la incitación hecha por diversos estudiosos para que se profundizara en el conocimiento de las Constituciones con el fin de valorar mejor las “virtudes republicanas” o de evidenciar el vínculo indisoluble que liga los Textos Constitucionales a las “ideas, prejuicios, costumbres y necesidades del pueblo”. Para una profundización en la génesis y en las características de las primeras enseñanzas de Derecho constitucional se reenvía a los escritos de: A. Giannini, “Gli studi di diritto costituzionale in Italia” en *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1949, p. 79 ss.; Cesarini Sforza, “Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi 100 anni” en *Civiltà Fascista*, 1938, p. 609 ss.; Galizia, “Diritto costituzionale (profili storici)” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, p. 962 ss.; Crosa, “Diritto costituzionale” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, p. 829 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 1 ss.

las relaciones jurídicas en sí mismas, tienen que ver con los fenómenos políticos de los cuales estas relaciones derivan" (13).

Con el paso del tiempo -obviamente- el estado de la disciplina se ha modificado profundamente: los estudios y las investigaciones se han perfeccionado, abriéndose enteramente al método jurídico: su inserción en el grupo de las disciplinas jurídicas no ha vuelto a ser discutida.

No por esto, sin embargo, todos los problemas de orden dogmático han sido resueltos, desde el momento en que las dudas relativas a su juridicidad han sido, en parte, sustituidas por aquellas relativas a su autonomía respecto a las otras ramas del Derecho público.

Muy a menudo se suscita el interrogante de si el Derecho constitucional sea una ciencia en sí, o bien una disciplina que trata y recoge objetos propios de otros sectores del fenómeno jurídico. Además, un esfuerzo clasificatorio de los objetos propios del Derecho constitucional aparece complicado por las características de los actuales órdenes políticos, de los cuales las vigentes Cartas Constitucionales constituyen un reflejo puntual: éstas, en efecto, no se limitan -como es notorio- a disciplinar los derechos de libertad, la organización del vértice del Estado, el procedimiento de formación de los principales actos normativos, sino que se preocupan, también, de regular las formas a través de las cuales los poderes públicos intervienen en la economía y en la organización de la vida social; los derechos de libertad no agotan el número de los derechos fundamentales de los ciudadanos; la disciplina de las relaciones interorgánicas se acompaña al reconocimiento de los cuerpos sociales intermedios y de los entes territoriales.

Esto favorece el surgimiento de "zonas grises", de sectores materiales no clasificables mecánicamente entre los tradicionales compartimentos del Derecho, respecto a los cuales parecen esfumarse los márgenes distintivos entre el Derecho constitucional y las otras ciencias publicísticas (14).

(13) Así: S. Romano, "Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche" en *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, p. 21.

Siempre según este autor, el Derecho constitucional parece consistir en el estudio de las instituciones y los principios comunes a todas las ciencias de Derecho público y a las cuales deben referirse en su desarrollo. En consecuencia, más que una rama del Derecho público parecería constituir "su mismo tronco del cual las ramas particulares se separan".

(14) Basta pensar, a título de ejemplo, por un lado, en la ambivalencia disciplinar de los estudios en el tema del ordenamiento regional, del sistema de los entes locales territoriales, de la intervención pública en la economía; y, por otro lado, en la interdisciplinarie-

Pero al empañamiento del *proprium* disciplinar de la ciencia del Derecho constitucional también concurren, probablemente, factores que están fuera de la complejidad de los ordenamientos contemporáneos y de las modificaciones estructurales que, consecuentemente, han complicado el sistema de relaciones entre orden establecido, sociedad y economía. No se debe, en efecto, infravalorar -ni, en nuestra opinión, pasivamente aceptar- el peso creciente de orientaciones interpretativas y de posiciones doctrinales encaminadas a teorizar (o a practicar) la superación del Derecho constitucional como ciencia prescriptiva y su inclusión entre las de naturaleza descriptiva (15). Se trata de un fenómeno complejo que no puede ser enteramente reconducido a las exigencias -justificadas- de introducir en el estudio del Derecho un conocimiento de los procesos reales, por una parte, y de superar la fragmentación especializada a través de la potenciación de cambios interdisciplinares, por otra parte. Su satisfacción, en efecto, no está, por sí misma, capacitada para determinar una crisis de identidad de esta ciencia jurídica en caso de que no se apoye sobre la mucho más relevante propensión a unificar en el objeto de la interpretación tanto las normas y las reglas, como los hechos regulados (16).

dad exigida en las aproximaciones al estudio de la disciplina de la propiedad, de la finanza pública y de las relaciones de trabajo.

De hecho, las modernas Constituciones reconocen y disciplinan el poder estatutario para conformar la propiedad, para determinar los contenidos esenciales de las diversas situaciones de pertenencia; la iniciativa económica privada encuentra límites en la presencia de estructuras públicas encargadas de la dirección y el control de las opciones económicas fundamentales; la disciplina de las relaciones de trabajo no puede dejar de considerar la tutela constitucional de la huelga y de la libertad de organización sindical.

En este sentido, se deben, a nuestro juicio, compartir las observaciones de Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 45), según el cual "la distinción entre público y privado se ha hecho, en estos últimos decenios, cada vez menos clara, a causa de la continua extensión del primero y, sobre todo, del incesante aumento de la inserción de normas y, por consiguiente, de institutos de Derecho público en el campo tradicional del Derecho privado". De ahí la posibilidad de dar vida a una rama del Derecho calificable como "Derecho común moderno".

(15) Cfr. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, p. 12 ss.

(16) Particularmente expuesto a una contaminación entre análisis del dato normativo y consideraciones de los comportamientos institucionales producidos por el sistema político parece estar el trabajo de Amato ("Forme di Stato e forme di governo" en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 62), cuando precisa que "forma de Estado, forma de gobierno y sistema político no son realidades separadas, sino puntos de vista diversos para mirar la realidad histórica". Una afirmación que parece compartible, con tal que se precise que la exigencia de una aproximación interdisciplinar no puede disminuir la especificidad de la disciplina del Derecho constitucional y de sus metodologías de análisis de los fenómenos jurídicos.

Con esta observación no se intenta afirmar que la ampliación de los objetos y de las relaciones reguladas por las Constituciones haya puesto de nuevo en discusión el principio por el cual el Derecho constitucional constituye una disciplina jurídica autónoma y específica, sino, más modestamente, poner de relieve en qué medida la traducción práctica de tal adquisición resulta compleja: casi parece que este Derecho deba someterse necesariamente al mítico destino de Sísifo por el cual, después de ser liberado de los condicionamientos de las ciencias filosóficas y políticas, se arriesga a empañar sus propios rasgos distintivos respecto a las otras disciplinas jurídicas; mientras aspira a consolidar su autonomía conceptual, se abre a la investigación de objetos siempre diversos que favorecen contaminaciones e interferencias.

En este contexto problemático, tanto la tendencia a calificar el control de constitucionalidad en forma de verdadera y propia justicia constitucional, como el progresivo perfeccionamiento de las reglas procesales y de las técnicas interpretativas adquieren, en nuestra opinión, un papel no secundario en la tarea de precisar la especificidad de semejante disciplina. Resulta necesario afirmar que la difusión de la jurisdicción constitucional atribuye al Derecho constitucional una base eminentemente judicial. Es, con todo eso, indudable que las decisiones y los comportamientos institucionales de los órganos encargados del control de constitucionalidad constituyen un rasgo esencial de ello; así como la justiciabilidad de las disposiciones con rango de ley ha favorecido una aproximación a los modos y a los criterios propios del análisis jurídico positivo, dejando espacio a una aplicación en vía interpretativa del Texto Constitucional capaz de revalorizar tanto la fuerza "normativa" de la Constitución como el papel "normativo" del intérprete (17).

Por otra parte, la aportación fundamental que la justicia constitucional ha realizado a la evolución y al perfeccionamiento del Derecho constitucional no constituye un rasgo peculiar de la experiencia italiana, sino que tiende a convertirse en elemento común a todos los ordenamientos en los cuales actúa un órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de los otros actos con fuerza de ley.

(17) Según Dogliani (*Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale, cit.*, p. 18) este particular papel normativo caracteriza el trabajo del juez constitucional, que, al contrario, aparece "solo" al aplicar la Constitución en vía interpretativa, habiendo disminuido aquel *continuum* entre cultura jurídica y jurisprudencia constitucional que caracterizaba la situación precedente. De la misma opinión parece ser Elia, "Diritto costituzionale" en *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 346 ss.

A este propósito, es útil recordar -meramente a título de ejemplo- la discusión que en estos últimos años se ha desarrollado en España y en Francia; esto es, en contextos caracterizados, uno, por la reciente activación de un articulado e interesante sistema de justicia constitucional, y el otro, por la propensión a recalificar la conducta y el papel del Consejo Constitucional, acentuando los caracteres del órgano que interviene, según criterios rígidamente jurídicos, en el procedimiento de formación de las normas primarias.

En el panorama de los estudios españoles de Derecho constitucional, no es difícil percibir una creciente atención por la disciplina positiva de los institutos jurídicos y, sobre todo, por el relieve que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional asume al objeto de su reconstrucción. Polemizando con la tradición clásica de los estudios de *Derecho Político*, casi exclusivamente dirigidos a la profundización de los perfiles dogmáticos o de los aspectos sociológicos a través de los cuales se manifiesta el fenómeno estatal, crecen las contribuciones que ven en la presencia en el sistema de un órgano de justicia constitucional los signos de una progresiva jurisdiccionalización del Derecho constitucional. En el sentido que la existencia del Tribunal Constitucional impone a los juristas, no ya prescindir de la profundización de los valores contenidos en la Constitución o despreciar el relieve social propio de las normas constitucionales, sino examinar estas últimas con métodos forjados en las técnicas propias del análisis jurídico.

Semejante planteamiento -crítico con los constructores de modelos interpretativos que dedican escaso relieve a la normativa vigente- no ha tenido acogidas unívocas; no obstante la competencia de sus partidarios recibió fuertes críticas de parte de quienes lamentaban que, de este modo, serían progresivamente introducidas en los estudios constitucionales "las categorías características del Derecho administrativo, distintas de las correspondientes al Derecho constitucional, porque una cosa es que tengamos en cuenta la dogmática administrativa en la medida que sirve para explicar cuestiones colaterales o mixtas y otra, muy diferente, que nos rindamos al sometimiento pleno del método y la doctrina administrativas" (18).

Se asiste a una polémica en torno al dilema "¿Quién hace Derecho constitucional?", la cual, presentada en los términos externos de una divergencia sobre la legitimación científica para estudiar los institutos

(18) Cfr. Lucas Verdú, "El Derecho constitucional como Derecho administrativo" en *Revista de Derecho Político*, 1982, núm. 13, p. 20.

constitucionales, puede parecer -como ha sido afirmado- “una especie de tempestad en una copa de agua” (19); pero que reviste, por el contrario, una notable enjundia teórica, cuando se considera que sostiene el punto esencial del reconocimiento del Derecho constitucional como ciencia jurídica positiva, que estudia las normas constitucionales recavables de los textos normativos, de las interpretaciones jurisprudenciales y de los procesos institucionales.

Tampoco en Francia faltan intervenciones doctrinales encaminadas a reconocer no sólo la positiva función desarrollada por el Consejo Constitucional a favor de la reunificación del Derecho público, sino también el estímulo ofrecido a la afirmación de una nueva definición del Derecho constitucional como ciencia jurídica que se *rejurisdicise*. Al revalorizar su naturaleza de disciplina jurídica abierta a las aportaciones de la jurisprudencia algún autor, después de haber advertido que ya no es sólo un Derecho institucional, ha llegado a preguntarse si no existen también en Francia los presupuestos para que el Derecho constitucional *sera-t-il bientôt, comme c'est le cas au Etats-Unis par exemple, étudié à travers la jurisprudence* (20).

Como conclusión de estas sumarias consideraciones nos parece oportuno evidenciar que la importancia de la jurisprudencia en la reconstrucción de los institutos de Derecho constitucional no sólo es consecuencia de la presencia en el sistema de órganos de justicia constitucional, sino también de la consolidación de orientaciones interpretativas favorables a reconocer la inmediata aplicabilidad de todas las disposiciones de la Constitución, incluyendo los principios generales, y por consiguiente el recurso a éstos como parámetro en los juicios de constitucionalidad. Ante el intento de utilizar la distinción entre disposiciones programáti-

(19) Así: García de Enterría, “El Derecho constitucional como Derecho” en *Revista de Derecho Político*, 1982, núm. 15, p. 7 ss. En la misma perspectiva se coloca también: Ignacio de Otto, “Comentario al libro de Bocanegra Sierra *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, núm. 6, p. 325 ss.; Martín-Retortillo, “¿Quién hace Derecho constitucional?” en *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 251 ss.

De contraria opinión es, en cambio, Lucas Verdú, “El Derecho constitucional como Derecho administrativo”, *cit.*, p. 7 ss.

(20) Cfr. Favoreu, “L’apport du Conseil Constitutionnel au droit public, Le Conseil Constitutionnel” en *Pouvoirs*, 1980, núm. 13, p. 17 ss.; Idem, “L’influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit” en *Itinéraires*, París, 1982, p. 235 ss.

También puede verse: Renoux Thierry, *Le Conseil Constitutionnel et l’ambite judiciaire. L’elaboration du droit constitutionnel jurisdictionnel*, París, 1984.

cas y preceptivas con el fin de negar valor normativo a partes del Texto Constitucional, las Cortes Constitucionales han asumido una actitud homogénea.

Al igual que el juez italiano, el Tribunal Constitucional español ha reconocido repetidamente la eficacia inmediata de las normas que contienen principios, en cuanto expresión de valores fundamentales caracterizadores del entero ordenamiento: así, desde sus primeros pronunciamientos ha sancionado, por una parte, la posibilidad de utilizarlos para resolver cuestiones de constitucionalidad y para decidir recursos de amparo, mientras que, por otra parte, se ha esforzado en identificar principios inexpresados obtenibles de la interpretación combinada de disposiciones fundamentales (21).

De particular importancia al objeto de una ampliación de los límites del juicio de legitimidad constitucional resultan, en fin, aquellas sentencias del Tribunal Constitucional francés que han atribuido valor jurídico positivo al preámbulo de la Constitución de 1958 y a los textos a los cuales éste se refiere (22). Basta considerar que el preámbulo de la Carta de 1946 contenía una reafirmación solemne de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, así como una llamada a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y en aquellas *particulièrement nécessaires à notre temps*, para captar plenamente la importancia innovadora de esta jurisprudencia. Esta, no por casualidad, fue percibida por la doctrina como el inicio de un verdadero y propio desarrollo respecto al pasado y la apertura de una nueva etapa en la justicia constitucional francesa: tanto bajo el perfil cuantitativo como cualitativo (23).

(21) En este sentido, se vea: Sánchez Agesta, "La justicia constitucional en la perspectiva del tercer aniversario de la Constitución" en *La actualización legislativa de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1983, p. 588 ss.; Carrozza, "Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna" en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 1100 ss.

(22) Ver: decisión 71-44 DC del 16 julio 1971; decisión 73-80 L del 28 noviembre 1973; decisión 73-51 DC del 27 diciembre 1973; decisión 75-54 DC del 15 enero 1975.

(23) Según Favoreu-Philip (*Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1979, p. 244 ss.), esta apertura a favor de una interpretación extensiva de la Constitución "il est tant d'abord quantitatif, dans la mesure au l'accroissement des dispositions ou principes formant le bloc de constitutionnalité... mais il est aussi et surtout qualitatif", desde el momento que, en consecuencia con semejante orientación, "les possibilités d'extension du bloc de constitutionnalité sont désormais pratiquement illimités".

También se puede ver: Goguel, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel de la République française" en *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, Aix, 1981, p. 3 ss. (cicl.).

La inclusión de los principios indicados anteriormente entre aquellos utilizables por el juez como parámetro para el propio juicio amplía, sobre todo, el número de las posibles cuestiones de legitimidad constitucional. En segundo lugar, aumenta la discrecionalidad interpretativa del juez constitucional, desde el momento en que semejantes textos de referencia, además de contener afirmaciones genéricas y, a veces, entre ellas difícilmente conciliables, amplían el catálogo de los derechos fundamentales incluyendo también los de naturaleza económica y social.

Esto valoriza la posición del Consejo en el sistema: por una parte, aumenta su capacidad de mediación y de elección entre los diversos valores constitucionalmente tutelados; por otra parte, reconoce su idoneidad para deducir de los principios incluidos en los diversos textos de ley ulteriores valores no expresados, pero sí implícitos. De este modo, la actividad hermenéutica de las Cortes Constitucionales no está sólo instrumentalmente dirigida a verificar la conformidad de los actos normativos primarios a la Constitución, sino que también se revela idónea para individuar los valores jurídicos fundamentales que, en una determinada fase histórica, informan el ordenamiento jurídico y califican sus principales institutos.

La evolución de la justicia constitucional también parece ponerse en sintonía con la exigencia de no oscurecer la particular ambivalencia de la Norma Constitucional, aquella particular caracterización social que la connota no sólo como deber ser, sino también como ser.

No es nuestra intención defender una concepción de la Constitución en la cual perfiles jurídicos y aspectos sociológicos estén indisolublemente entrelazados; ni tampoco argumentar que la atención sobre el funcionamiento efectivo de las instituciones, sobre los resultados fácticos que obtienen las previsiones normativas, sobre las intenciones que se ocultan detrás de las normas y sobre la organización del poder que miden los tiempos y los modos del devenir jurídico, deban prevalecer en las confrontaciones del análisis del texto normativo. Consideramos, por el contrario, reductiva una interpretación que examina la disposición exclusivamente en su dimensión estática: no valorando que la Norma Constitucional, participando tanto de la realidad jurídica como de la vicisitud política y social de un determinado orden estatal, es -según las palabras de un ilustre jurista del siglo pasado- “al mismo tiempo un sistema y una historia” (24).

(24) Así: Arcoleo, *Diritto costituzionale: diritto e storia*, Napoli, 1907, p. 3 ss.

El particular dinamismo, intrínseco al fenómeno constitucional, ha sido acentuado, en formas originales y en modos no del todo previstos, por el desarrollo del control judicial de constitucionalidad, el cual se ampara en las otras fuentes -de las convenciones a la praxis constitucional, de las modificaciones tácitas de la Constitución a los efectos adecuadores propios de toda actividad de interpretación jurídica- que tradicionalmente concurren a determinar la evolución de los significados normativos recavables del mismo dato textual.

En un contexto marcado por una sobresaliente articulación de las fuentes del Derecho constitucional, no puede dejar de merecer una particular atención la creciente tendencia de las Cortes Constitucionales a desarrollar una actividad normativa positiva que, no limitándose a determinar, con la nulidad de las normas en contradicción con el Texto Constitucional, una laguna que corresponde al legislador rellenar, provee directamente a sustituir la norma viciada con otra distinta, compatible con el texto de la Constitución. De este modo, el juez constitucional no es sólo intérprete y "juez", sino también creador de normas jurídicas. Es esta una característica que, lejos de tipificar determinados ordenamientos, tiende -sea, no obstante, con tiempos y características diferenciados- a calificar todos los sistemas en los cuales opera un consolidado modelo de justicia constitucional. Se descubre en los ordenamientos que han codificado el valor normativo de la jurisprudencia: se piense, por ejemplo, en España, en donde el artículo 6-1 del Código Civil enumera la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, precisando que "completará el ordenamiento jurídico". Pero está presente también en aquellas realidades en las cuales, a pesar de la ausencia de tal explícito reconocimiento, el mismo resultado ha sido conseguido conjugando juntos dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*; y por otra parte, la adopción de una gama tipológica de decisiones en las cuales la declaración de nulidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas obtenibles de la misma disposición (25).

(25) Esta tendencia, común a las diversas formas de justicia constitucional, ha sido puesta de relieve con competencia por: Pizzorusso, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522 ss.; Elia, "Giustizia costituzionale e diritto comparato" en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 9 ss.

En particular, Pizzorusso opina que las declaraciones de inconstitucionalidad tienen una eficacia de cosa juzgada que opera *ex tunc* (con excepción de las relaciones agotadas) también en el sistema italiano y en el alemán. De la misma opinión es: Schlaich, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 574 ss.

Así, en las más recientes experiencias de control de constitucionalidad de las leyes, el fenómeno de la inserción de las decisiones de las Cortes Constitucionales entre las fuentes del Derecho se enriquece de ulteriores connotaciones, presentando abigarrados filones evolutivos. Por ejemplo, se puede subrayar tanto la tendencia a hacer asumir naturaleza de cosa juzgada y fuerza normativa también a las decisiones de órganos cuya actividad no tiene propiamente características jurisprudenciales -es el caso de las sentencias del Consejo Constitucional francés, en relación a las cuales no faltan posiciones doctrinales favorables a atribuirles eficacia de cosa juzgada (26)-, como la tendencia -evidente en el sistema austriaco, forjado en el planteamiento Kelseniano del "legislador negativo" (27)- a admitir que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan eficacia retroactiva.

Además, en los sistemas en los cuales las sentencias de acogimiento tienen fuerza normativa y valor de cosa juzgada, la naturaleza vinculante con eficacia *erga omnes* se va extendiendo progresivamente de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios (28).

2. LA ADQUISICIÓN DE UN MEJOR EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA DE LA DIRECCIÓN POLÍTICA Y CONTROL SOBRE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES: EL PROGRESIVO MENGUAR DE LAS OBJECIONES AL DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La evolución y la consolidación de los sistemas de justicia constitucional no han tenido lugar de modo lineal; el consenso de la doctrina, de los otros poderes y del cuerpo social no estaba asegurado. Una reflexión incluso sumaria sobre la experiencia vivida en los principales ordenamientos en los cuales ha sido activado el control de constitucionalidad de las leyes podría, por el contrario, inducir a recavar una impresión opuesta. Tanto la institución de órganos de justicia constitucional, como la ampliación de su radio de acción a campos tradicionalmente reservados a

(26) Entre éstos: Favoreu-Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1979.

(27) Cfr. Ohlinger, "La giurisdizione costituzionale in Austria" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 545 ss.

(28) Para la profundización en este específico efecto de las decisiones del Tribunal Constitucional, puede verse: Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, p. 279 ss.

otros órganos del vértice del Estado, han sido acompañadas de polémicas y de consideraciones críticas; tampoco han faltado por parte de las fuerzas políticas iniciativas dirigidas a limitar sus poderes o bien a condicionar sus orientaciones jurisprudenciales.

Retomando la eficaz expresión de un jurista alemán, se puede afirmar que la justicia constitucional representa, en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, un dato “habitual, pero precario” (29): esto es, su existencia, en cuanto consolidada y bajo ciertos perfiles irreversible, no está inmune del periódico replanteamiento de dudas que cuestionan -de una en una o simultáneamente- la misma naturaleza del control judicial de las normas, los caracteres y la composición del órgano, y la amplitud de las competencias (30).

Al igual que un volcán, que después de fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica contra la temida ingerencia de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno se reproduce cíclicamente, como si un fino, pero ininterrumpido, ligamen comunicase las críticas de los últimos años a los ataques dirigidos, en los inicios del siglo, a la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusada de oponerse a la realización de los objetivos fundamentales de la Constitución, aplicando una especie de “darwinismo jurídico”.

Tal constatación -que alcanza a las diversas experiencias- evidencia como la posición de las Cortes Constitucionales es “la más delicada en el ámbito del paralelogramo de las fuerzas políticas” (31), en el sentido que las relaciones entre justicia constitucional y poder político representan un punto delicado, pero común a todos los ordenamientos contemporá-

(29) Así: Schlaich, “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, *cit.*, p. 557.

(30) A propósito de ello, el mismo Schlaich (*op. cit.*, p. 560) se ha preguntado “¿si el control constitucional de las normas no comporta el riesgo de una actividad política cada vez más subordinada a la jurisdicción?. ¿No impide el necesario proceso democrático de resolución de los conflictos en el seno del pueblo o del Parlamento?. ¿No está allí el peligro de que fuerzas políticas, particularmente la oposición que se encuentra en minoría, recurran precipitadamente a la Corte Constitucional en vez de asumir una confrontación en el Parlamento?... De este modo, ¿no se instaura acaso una cooperación con los otros órganos directivos del Estado, participando de alguna manera en la dirección estatal?.

Los mismos interrogantes están bastante vivos en el debate actualmente en curso en España, donde no faltan, especialmente a la luz de algunas controvertidas competencias, temores por una actividad del Tribunal Constitucional lesiva a las prerrogativas de los órganos políticos representativos.

(31) Así: Hamberle, “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit” en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1979, p. 10.

neos que han introducido formas de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

En los Estados Unidos, por ejemplo, después de la gran crisis constitucional que enfrentó, en el espacio de tiempo que va desde 1934 a 1937, la presidencia de Roosevelt a la Corte Suprema, la polémica sobre un presunto exceso de activismo judicial nunca ha menguado. Al contrario, en este último período ha recobrado intensidad, asumiendo vivos acentos: en reacción a la jurisprudencia innovadora elaborada bajo la presidencia del juez Warren -y no rectificadada del todo por el juez Burger- se han desarrollado iniciativas políticas favorables a bloquear la actividad creadora de la Corte Suprema, imponiendo un *strict constructionism* en la interpretación del Texto Constitucional. Por su parte, diversos autores han acusado a los jueces de querer reescribir la Constitución, usurpando -como si gozasen de un poder de verdadera y propia revisión constitucional- poderes y competencias propias de los órganos que expresan directamente la soberanía popular (32).

(32) Operando así la Corte Suprema de los Estados Unidos invadiría, según un importante voto particular referido por Berger (*Government by Judiciary*, Haward, 1977, p. 330), el reino de la decisión política y la misma estructura constitucional que está llamado a proteger.

Por su parte, Ely (*Democracy an Distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, 1980, p. 4) ha lamentado el carácter contradictorio de una praxis que permite a un órgano no elegido, ni políticamente responsable, impedir a los elegidos del pueblo gobernar en el modo que consideren más oportuno.

Omitiendo todo juicio de valor, es indudable el impacto político de un activismo jurisprudencial que, según la colorida imagen de Schwartz (*Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, 1980, p. 91), ha determinado una incidencia sobre la vida social que "sólo puede compararse al que produce una revolución política o un conflicto armado".

Con mayor moderación, Corvin (*Court over Constitution*, Gloucester, 1957, p. 93) ha reconocido que "*constitutional law is direved chiefly not from the constitutional document but from outside ideas and theories, with regard to which moreover the Court has from the first exercised a highly selective function*". La doctrina que ha profundizado en la materia es amplísima. Ante la imposibilidad de recogerla de modo completo y orgánico, nos limitamos a recordar las contribuciones de: Cox, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1976; Idem, *The Warren Court constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge, 1973; Becker-Feeley, *The impact of Supreme Court decisions. Empirical Studies*, New York, 1978; Warren, *The Supreme Court in United States history*, New York, 1922; Choper, *Judicial review and the national political process*, Chicago, 1980; Berger, *Death penalties: the Supreme Court's obstacle course*, Cambridge, 1982; Perry, *The Constitution, the Courts and Human rights: an enquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*, New Haven, 1982; Bobbit, *Constitutional fate: theory of the Constitution*, New York, 1982; Schwartz, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, Paris, 1979; Black, *The people and the Court*, Westport, 1977; Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis, 1978; Miller, *The Supreme Court. Myth and reality*, Westport, 1978.

Una realidad institucional profundamente distinta como es la francesa parece registrar un fenómeno asimilable al precedente: se asiste, en efecto, a una curiosa coincidencia entre el esfuerzo del Consejo Constitucional por jurisdiccionalizar el sistema de las propias competencias y emanciparse de su origen de órgano político, y el surgir de polémicas, de contrastes entre su jurisprudencia y las direcciones políticas de la mayoría. Paradójicamente, este órgano, concebido como expresión del parlamentarismo racionalizado e instituido con la tarea fundamental de contener el Parlamento dentro de las estrictas atribuciones establecidas por la Carta Constitucional de 1958, entra más frecuentemente en rumbo de colisión con el poder político a medida que aumenta su empeño por dar vida a un efectivo sistema de justicia constitucional (33).

Las primeras resquebrajaduras en las relaciones entre jurisprudencia constitucional y órganos titulares de la actividad de dirección política han comenzado a evidenciarse paralelamente a la extensión de los poderes judiciales del Consejo Constitucional. En este sentido, ha resultado determinante la concomitancia entre la orientación del Consejo, favorable a asumir como parámetro para el juicio de constitucionalidad también el preámbulo de la Constitución de 1958, al objeto de permitir una mayor tutela a las libertades y a los derechos fundamentales, y los contenidos de la reforma constitucional del 19 de octubre de 1974, que ha ampliado las posibilidades de acceso al juicio de constitucionalidad.

El primero -como ya ha habido ocasión de indicar (34)- acentúa la discrecionalidad y la creatividad de los pronunciamientos, a causa de la pluralidad de sentidos de gran parte de las disposiciones utilizables como parámetro en un juicio de legitimidad constitucional. Los segundos, por

(33) Entre las contribuciones doctrinales que con mayor ahínco han subrayado la necesidad de una progresiva jurisdiccionalización del Consejo Constitucional y su inclusión con pleno título entre las formas de justicia constitucional, pueden verse las siguientes: Favoreu, "Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics" en *Revue du Droit Public*, 1967, p. 5 ss.; Idem, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Uppsala, 1984, p. 21 ss.; Favoreu-Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1978; Renoux, *Le Conseil Constitutionnel et l'ambite judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, París, 1984; Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980; Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, París, 1984.

Entre los autores que, por el contrario, han evidenciado la naturaleza política o el carácter no jurisdiccional del órgano encargado del control de la legitimidad constitucional en Francia, pueden verse: Hamon, *Une République présidentielle*, París, 1977, p. 262 ss.; Hauriou, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1966, p. 765 ss.; Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1973, p. 321 ss.

(34) Cfr. *supra* punto 1.

su parte, admitiendo el recurso a petición de 60 diputados o de 60 senadores, por un lado, suministran a la oposición un instrumento de garantía contra abusos del Ejecutivo o de la mayoría parlamentaria y, por otro lado, sitúan al juez constitucional en la delicada posición de deber intervenir, con frecuencia creciente, en el fragor de los contrastes políticos, mediando entre exigencias garantísticas y expectativas de las diversas partes políticas.

Sin embargo, los contrastes entre mayoría política y Consejo Constitucional, a pesar de encontrar sus premisas institucionales en las innovaciones antes recordadas, han subido de tono cuando -con la formación de un Gobierno de orientación socialista- se produjo, por primera vez en la historia de la V República, una diferencia entre orientación política del Ejecutivo y procedencia política de los componentes del *Conseil*: poniendo de actualidad el interrogante (formulado un decenio antes) de quien se preguntaba si el órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, “en origen cañón apuntado contra el Parlamento, podía quizás convertirse en un campo minado que protege la propiedad y el individuo contra el programa común del Gobierno” (35).

En particular, los tonos de antiguas críticas, dirigidas a contestar el papel, las atribuciones y la composición del Consejo, o bien a influir sobre sus orientaciones jurisprudenciales a través del ataque político, volvieron a resonar después de la Sentencia de 16 de enero de 1982, con la cual el juez constitucional declaró no conforme a la Constitución las disposiciones que disciplinaban las modalidades de determinación de las indemnizaciones para los accionistas de las sociedades nacionalizadas; sobre todo, fue criticada la decisión del Consejo de impedir la promulgación de la Ley, al estimar que las disposiciones viciadas debían considerarse inseparables de las restantes partes de la Ley (36).

(35) Así: Luchaire, “Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens” en *Mélanges Waline*, II, 1974, p. 573.

(36) Una completa y razonada reconstrucción de los motivos de divergencia que, en los años pasados, han enfrentado el Consejo Constitucional a la mayoría gubernamental se encuentra en: Volpi, “Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese” en *Diritto e Società*, 1983, p. 495 ss.; Favoreu, “Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations” en *Revue du Droit Public*, 1982, p. 377 ss.; Idem, “Il Conseil Constitutionnel e l'alternanza” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 593 ss.; Portelli, “La maggioranza tra governo dei giudici e tensione intrapartitiche” en *Quaderni Costituzionali*, 1983, p. 195 ss.; Philip, “Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel” en *Revue du Droit Public*, 1983, p. 411 ss.

Sobre este tema, también puede verse: De Vita, “I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese” en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 61 ss.

Asimismo, en una realidad geográficamente vecina aunque constitucionalmente diferente, como es la italiana, donde la justicia constitucional está más consolidada y aparecen mejor definidas sus relaciones con los órganos titulares de la dirección política, no han faltado fases caracterizadas por el resurgir de ocasiones de discrepancia. Por ejemplo, limitando nuestra atención al período más reciente, ha habido, por una parte, decididas reacciones parlamentarias contra la orientación manifestada por la Corte con ocasión de la Sentencia que reconoció a la Sección de control de la *Corte dei Conti* la legitimación para elevar en vía incidental cuestiones de inconstitucionalidad; por otra parte, también ha habido críticas políticas a diversos pronunciamientos, especialmente en el tema de las limitaciones constitucionales al ejercicio del referéndum abrogativo y en el tema de la determinación de las indemnizaciones que corresponden a los propietarios expropiados (37).

En el primer caso, se temió que la disputa pudiese desembocar en un enfrentamiento institucional entre los dos órganos, desde el momento en que un amplio sector del Parlamento entendió que el juez constitucional, al reconocer a la *Corte dei Conti* la *qualitas* de juez *a quo* con la consecuente competencia para elevar una cuestión de legitimidad constitucional para el examen de un acto con fuerza de ley, había alterado las relaciones entre los poderes constitucionales: le imputó, por un lado, el haber limitado el juicio político del Parlamento sobre la conducta gubernativa; y, por otro lado, el querer sustituir el propio control al de las Asambleas Parlamentarias. En las otras hipótesis, en cambio, los contenidos de las diversas sentencias fueron criticados directamente por las fuerzas políticas, en cuanto considerados lesivos a los derechos pertenecientes al cuerpo electoral o bien en contraste con las orientaciones reformadoras de las Asambleas Legislativas (38).

(37) Una atenta reconstrucción de las causas más recientes de contraste entre jurisprudencia constitucional y Parlamento se encuentra en: Modugno, "Corte Costituzionale e potere legislativo" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit. p. 19 ss.; Zagrebelsky, "La Corte Costituzionale e il legislatore" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 103 ss.

(38) Merecen subrayarse, sobre todo, las polémicas y las discordias que han tenido lugar entre jurisprudencia constitucional, por un lado, y fuerzas políticas y competentes sectores de la doctrina, por otro, en el tema de la propiedad privada o en el tema de las limitaciones implícitas al ejercicio del referéndum abrogatorio.

Sobre esta última cuestión se pueden destacar las contribuciones de: Luciani, "La nuova giurisprudenza sul referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p. 228 ss.; Gabriele, "Profili evolutivi della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all' ammissibilità del referendum" en *Studi in onore di Tosato*, II, Milano, 1984, p. 901 ss.; Raveraira, *Problemi di costituzionalità dell' abrogazione popolare*, Milano, 1983; Modugno, "Rassegna critica delle sentenze sul referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, p. 2090;

Estos ejemplos presentan el común problema de los momentos de divergencia entre jueces constitucionales y órganos titulares de la actividad de dirección política bajo ángulos diversos. Parece evidente, en efecto, que en Francia este problema ha afectado directamente las orientaciones políticas de la mayoría gubernamental, calificando el comportamiento del Consejo Constitucional como de una impropia fuerza de oposición; por el contrario, en Italia, el contencioso parece referirse a la esfera de las relaciones institucionales entre los fundamentales poderes del Estado, más que al ámbito de las relaciones políticas entre Gobierno y oposiciones partidistas.

Finalmente, parece que en los Estados Unidos la polémica se centra preferentemente en torno al tema de la legitimación de la Corte Suprema para ser la depositaria privilegiada de las ideologías constitucionales que informan una determinada fase de la realidad política americana. Mientras que no parece forzada una lectura de las vicisitudes que han caracterizado el régimen español de estos últimos cinco años según la cual los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referentes a las leyes de mayor relieve y significado político han sido valorados por la opinión pública, por la prensa y por los otros medios de información según criterios puramente partidistas: viendo en dichos pronunciamientos o la adhesión o la crítica a los objetivos perseguidos por el Gobierno.

La existencia de semejante deformidad no impide, sin embargo, formular dos consideraciones comunes, susceptibles de asumir una validez general.

Ante todo, es evidente que las polémicas, las divergencias -aun siendo intensas y argumentadas- no han conseguido, por lo general, efectos destructores, como para variar la calidad del juicio de constitucionalidad. Si se excluye el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española, cuya aportación a la tutela de las disposiciones constitucionales fue un fracaso a causa de la composición inadecuada y de la excesiva politización de su conducta (39), la experiencia en-

Bartole, "Conferme e novità nella giurisprudenza costituzionale in materia di referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, p. 167 ss.; Mezzanotte-Nania, "Referendum e forma di governo in Italia" en *Democrazia e Diritto*, 1981, núm. 1-2, p. 51 ss.

Por cuanto concierne, en cambio, a la polémica que se repite en las confrontaciones de las direcciones jurisprudenciales en materia de límites a la propiedad privada, se vea, por todos, el trabajo de: Rodotà, "Art. 42. Rapporti economici" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, p. 146 ss.

(39) En orden a la experiencia española del Tribunal de Garantías Constitucionales pueden verse, entre otros, los trabajos de: Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Consti-*

seña que los momentos de crisis han sido superados positivamente: constituyendo, a veces, la premisa para determinar mejor la posición del juez constitucional en el ordenamiento y para favorecer su arraigo en el sistema. Un recíproco y vigilado *self restraint*, la voluntad de asegurar sea como sea el respeto de las reglas del juego entre los órganos del vértice del Estado, y una calibrada mutación en las orientaciones jurisprudenciales han evitado que las divergencias se hicieran insalvables, demostrando que los diversos órdenes institucionales poseen en su interior los recursos y los instrumentos necesarios para afrontar las disensiones surgidas entre legislación y jurisprudencia constitucional, por un lado, y entre poder político y Cortes Constitucionales, por otro.

En segundo lugar, merece destacarse que el fenómeno ha implicado a sistemas reconducibles a los diversos “modelos” de justicia constitucional individualizados por la doctrina (abstracto/concreto, concentrado/difuso, preventivo/sucesivo), como si la existencia de una latente conflictividad deba considerarse fisiológica a la misma opción de activar un control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional: independientemente de los mecanismos procedimentales o de la naturaleza de las específicas competencias asignadas a los Tribunales Constitucionales. Esta es, por ejemplo, la opinión de aquellos juristas norteamericanos que opinan que un cierto margen de conflictividad constituye, mientras que no se desborde de sus límites institucionales, un positivo factor de evolución del Derecho, *adapted to the various crises of human affairs* (40). Especialmente cuando se considera que la jurisprudencia constitucional representa una importante clave de lectura de las disposiciones de la Constitución, capaz de ponerla en sintonía con las ideologías sociales y económicas predominantes en una determinada fase histórica.

La organización del proceso constitucional y los criterios para la composición del órgano son ciertamente importantes al objeto de asegurar relaciones correctas entre los sujetos titulares de la función de dirección

tucionales en la II República española, Barcelona, 1982; Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, 1981.

(40) Así: Corvin, *Court over Constitution*, Gloucester, 1957, p. 123.

Para mayores referencias sobre el tema de la particular relación que los estudiosos norteamericanos entrevén en el sistema de relaciones entre valores constitucionales, dirección política y actividad jurisprudencial, pueden verse los trabajos de: Cox, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1976; Becker-Feeley, *The impact of Supreme Court decisions. Empirical Studies*, New York, 1978; Haelperm-Lamb, *Supreme Court activism and restraint*, Lexington, 1982; Simon, *In his own image: the Supreme Court in Richard Nixon's America*, New York, 1973; Bickel, *The Supreme Court and the idea of progress*, New York, 1970; Abraham, *The judiciary: the Supreme Court in the governmental process*, Boston, 1980; Berger, *Congress versus the Supreme Court*, Cambridge, 1969.

política y la Corte Constitucional; las crisis más lacerantes afectan, preferentemente, a aquellos sistemas en los cuales el control de constitucionalidad más se diferencia de las connotaciones típicas de la jurisdicción en beneficio de procedimientos y de criterios valorativos de naturaleza eminentemente política.

Sin embargo, las diversas sutilezas técnicas, aun siendo importantes para dotar al sistema de adecuados anticuerpos capaces de evitar que las tensiones generen heridas no marginales, no pueden impedir, por sí mismas, el surgir de tal fenómeno. La posibilidad de enfrentamientos es, en nuestra opinión, connatural a la misma decisión de introducir en el ordenamiento un órgano supremo, expresamente habilitado, de un lado, para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, por otro lado, para garantizar la distribución de las competencias y la articulación de los poderes establecidos por la Carta Constitucional.

La activación de formas de juicio concentrado -como ha sido recientemente repetido por una autorizada doctrina- no constituye una consecuencia mecánica del principio de rigidez constitucional, ni la mejor garantía para su correcta y puntual salvaguardia: pudiendo afirmarse que “respecto a la superioridad de la Constitución, si ésta es entendida como directa e inmediata aplicabilidad de sus normas a los casos concretos de la vida, (es)... el propio control difuso entre todos los operadores y por consiguiente, en definitiva, entre todos los jueces, el que representa la mejor forma de realización” (41).

Expresa, más bien, entre los posibles modos de afrontar institucionalmente el problema, la opción de oponer un “contrapoder” jurídico a la actividad política del legislador, de prever una mediación jurisdiccional para resolver conflictos de competencia entre los poderes políticos. De ahí la naturalidad de los conflictos entre jueces constitucionales y órganos supremos del Estado.

(41) Así: Modugno, “La Corte Costituzionale ed il legislatore” en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 3 ss. De la misma opinión parece ser Pizzorusso, “La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione” en *Il Foro Italiano*, 1980, V, p. 123. Así, este último autor, reflexionando sobre las perspectivas del sistema a largo plazo, se pregunta si, “una vez concluida la fase de asentamiento del régimen político introducido con la Constitución de 1947, es más conveniente conservar el sistema mixto de justicia constitucional actualmente en vigor, o bien optar por el sistema americano puro y simple”. Y responde al interrogante, aunque sea dubitativamente, inclinándose por esta segunda alternativa.

No por casualidad, las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional reclamaban la atención sobre los graves límites que vendrían impuestos a la discrecionalidad del legislador y de los otros órganos políticos; discutían la oportunidad de atribuir a un órgano con características jurisdiccionales, no electivo ni representativo, el poder de instaurar -según una eficaz expresión- un “proceso al legislador” (42). No han faltado -en el pasado- acentos dirigidos a deslegitimar la posibilidad misma de someter a control las decisiones del Parlamento, en la presunción que la centralidad de las Asambleas electivas, expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto, que no admite ninguna derogación del principio de la omnipotencia de la ley. Es más, en tiempos no recientes era posible coagular sobre este punto una común valoración por parte de personalidades muy diversas por cultura, formación y nacionalidad: basta pensar que si, de un lado, el español Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de redactar el texto de la Constitución española de 1931, entendía que el Parlamento, máxima expresión de la democracia, no debía estar sometido “por poder alguno, por Tribunal alguno” (43); por otro lado, el italiano V.E. Orlando expresaba, en sede de Asamblea Constituyente, conceptos semejantes, declarándose convencido de que no podía establecerse otra autoridad superior al legislador (44).

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional entreveían en los penetrantes poderes de control atribuidos a las Cortes Constitucionales el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una optimista confianza en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza progresista y reformadora del Parlamento inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los directos representantes del cuerpo electoral, equivalía -a juicio de algunos autores- a devaluar el mismo principio de la soberanía popular (45). Estas posiciones manifiestan una confianza

(42) Esta expresión se encuentra en: Carnelutti, “Aspetti problematici del processo al legislatore” en *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, p. 1 ss.

(43) Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 1931-1933, p. 13114.

(44) Para un examen más detallado de ésta y de otras posiciones políticas contrarias a la institución en Italia de un órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes se reenvía a: D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Miláno, 1981.

(45) Esta crítica aparece con frecuencia en los juicios de las fuerzas políticas cuando intentan oponerse a los órganos de justicia constitucional negando su legitimación, o bien contestando alguna de sus decisiones.

casi de fe en las decisiones normativas asumidas por las mayorías parlamentarias, lo que induce a mirar con recelo cualquier condicionamiento externo al llamado “mercado político” que se manifiesta en las confrontaciones de opciones adoptadas en sede política.

Además, los motivos de crítica, las razones de perplejidad no han quedado circunscritas al ámbito de la oportunidad política, sino que han encontrado apoyo y sustento en competentes planteamientos doctrinales que advierten en la introducción de la justicia constitucional la lesión de dos principios fundamentales caracterizadores de la esencia misma del Estado liberal de Derecho: la separación de poderes y la soberanía popular.

Con referencia al primero, no se puede dejar de recordar la drástica valoración de Schmitt el cual, considerando una contradicción *in terminis* la misma expresión “justicia constitucional”, denunciaba el peligro de transformar los jueces en instancias políticas, politizando la justicia en vez de judicializar la actividad política (46).

Impresiona, en este sentido, que en torno a esta crítica lleguen a converger fuerzas diversas, en períodos y ordenamientos también muy diferentes uno del otro. A título de ejemplo, se puede destacar la posición crítica manifestada en la Asamblea Constituyente por Togliatti, el cual, aun no siendo en absoluto contrario a la activación de un órgano encargado de controlar la legitimidad constitucional de las leyes, adelantó en varias ocasiones la preocupación de que la Corte Constitucional pudiera convertirse en un órgano conservador. Así como en tiempos más recientes, el Secretario Nacional del Partido Socialista Francés, criticando la jurisprudencia del Consejo Constitucional, afirmó polémicamente que el juez constitucional se había puesto contra la voluntad de los franceses expresada a través del sufragio universal.

No fueron diferentes las valoraciones expresadas por las fuerzas políticas españolas al enfrentarse con algunas decisiones del Tribunal Constitucional que habían declarado la ilegitimidad de normas contenidas en importantes leyes de reforma.

La imposibilidad de conciliación entre soberanía popular y control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes no está defendida sólo por intervenciones de las fuerzas políticas, sino que encuentra competentes soportes doctrinales en los escritos de diversos juristas.

Una reconstrucción crítica de las posiciones doctrinales contrarias a la introducción de formas de justicia constitucional se encuentra en los trabajos de: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 129 ss.; Eisenmann-Hamon, *La jurisdiction constitutionnelle en Droit français, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Berlín, 1961; Mezzanotte, *Giudizio sulle leggi e ideologia del costituente*, Milano, 1979; Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois: étude critique comparative Etats Unis-France*, Aix, 1927; Pizzorusso, “Garanzie costituzionali” en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, p. 17 ss. Por el contrario, Lucas Verdú (“Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 1519 ss.) valora positivamente el desarrollo de la justicia constitucional por su natural capacidad de moderar el libre desarrollo de la soberanía parlamentaria.

(46) Cfr. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 17 ss.

Según esta interpretación, un juicio sobre la conformidad de una ley al Texto Constitucional comporta, sobre todo en presencia de disposiciones constitucionales programáticas susceptibles de asumir una multiplicidad de significados normativos, una valoración de naturaleza eminentemente política: de ahí la inoportunidad de confiarlo a un sujeto extraño al tradicional circuito decisonal.

La invocación del segundo principio demuestra, en fin, hasta que punto está arraigado y es difícil de superar tanto el mito jacobino de la soberanía de las Asambleas Parlamentarias, expresión de la voluntad general, como el correlativo principio que prohíbe a la autoridad judicial -mera e impersonal aplicadora de la ley- interferir, directamente o indirectamente, en el ejercicio de la actividad normativa. En muchas intervenciones, preocupadas por evitar que los órganos de justicia constitucional ejerciten una función *lato sensu* normativa, no es difícil descubrir los ecos lejanos del artículo 10 de la Ley de 16 de agosto de 1790 el cual, emanado en Francia en el período revolucionario, prohibía a los jueces tomar parte en el ejercicio del poder legislativo.

La experiencia de estos años ha desmentido, por lo general, tales temores; la creación de sistemas de justicia constitucional ha generado efectos beneficiosos en medida muy superior a las lamentadas y temidas distorsiones institucionales. Tampoco faltan argumentaciones capaces de hacer superar las observaciones críticas antes examinadas.

A las preocupaciones de orden político se puede replicar diciendo que la justicia constitucional no representa en absoluto un freno a la renovación legislativa y a la acción reformadora del Parlamento. Un juicio de valor es posible sólo en concreto, en relación a los pronunciamientos singulares, pero no puede extenderse indiscriminadamente a la entera actividad de los jueces constitucionales. Es más, un examen puntual de la jurisprudencia permite evidenciar la presencia de orientaciones que, anticipando reformas en discusión dentro de las Asambleas Parlamentarias, pero todavía no convertidas en actos legislativos, resultan factores de democratización y de modernización de algunos sectores; o bien la existencia de posiciones que se revelan como una garantía insustituible para los derechos y libertades fundamentales contra medidas legislativas que indican un retroceso moderado respecto a los contenidos de las disposiciones constitucionales (47).

A propósito también puede ser útil destacar el texto del artículo 10 de la Ley francesa 16-24 agosto 1790, en base al cual "*le tribunaux ne pourrait prendre directement ou indirectement aucune part à l'exécution des décrets du corp législatif, sanctionnés par il Roi, à peine de forfaiture*".

(47) Para una sumaria valoración de la actividad de la Corte Constitucional italiana,

Por otra parte, la justicia constitucional, en el momento que ha resquebrajado el dogma de la omnipotencia de la ley reconduciendo dentro de los límites del principio de legalidad también los actos normativos primarios de los supremos órganos políticos del Estado, no ha pretendido limitar el principio democrático de la soberanía popular, sino el criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

En los sistemas contemporáneos, complejos y proteiformes, la ley no puede ser considerada expresión homogénea y unitaria de la voluntad popular o del interés nacional. En una sociedad con muchas clases, la contraposición radical de los intereses y su aglutinación en grupos de presión o de tutela corporativa han incidido sobre la naturaleza y sobre la calidad de la producción normativa de las Asambleas electivas; la ley tiende cada vez más a transformarse de acto de elección a resultado de una compleja mediación, de expresión de una exigencia general a momento de tutela de intereses sectoriales o de un determinado grupo social (48).

En este contexto resultaría, por consiguiente, fácil desmontar el objeto de la crítica, hasta incluso sostener que justamente la ausencia de un moderno y funcional sistema de justicia constitucional puede constituir un peligro para el pleno desarrollo del principio de la soberanía popular: puesto que éste, por una parte, también contempla el reconocimiento de los derechos constitucionales de las oposiciones contra los abusos de las mayorías políticas; y, por otro lado, no debe identificarse con la "soberanía" de las Asambleas electivas, agotándose reductivamente en los canales tradicionales de la representación política y del sufragio universal (49).

puede verse: AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

(48) Las nuevas características que en el moderno Estado social con estructura pluralista asume la ley han sido sumariamente esbozadas, entre otros, por: Predieri, *Il legislativo mediatore*, Milano, 1976; De Marco, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984.

(49) Schlaich ("Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *cit.*, p. 561) ha subrayado oportunamente que "los acontecimientos del pasado muestran que la injusticia del Estado puede *disfrazarse* de ley parlamentaria: la institución de un Parlamento elegido por el pueblo no ha sido suficiente para proteger los derechos del ciudadano, ni siquiera la misma Constitución".

Sobre el significado del principio de soberanía popular y su no identificación con el principio representativo y de mayoría, pueden verse: Mortati, "Art. 1. Principi fondamentali" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 22 ss.; Romboli, "Problemi interpretativi della nozione giurídica di popolo" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1984, p. 159 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 89 ss.; Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 86; Amato, "La sovranità popolare nell'

Una contribución fundamental al establecimiento de sistemas de justicia constitucional proviene, en fin, de la propia experiencia, la cual ha demostrado concretamente que la existencia de Cortes Constitucionales, lejos de alterar la vida de las instituciones, desarrolla una positiva acción de racionalización y de consolidación del ordenamiento. En este sentido, no se puede no estar de acuerdo con quien ha afirmado que “la ya dilatada experiencia de los Tribunales Constitucionales en la Europa Continental ha demostrado en la práctica que esta institución no viene a distorsionar el sistema, sino muy al contrario, ha demostrado su operatividad dentro del mismo, brindando un nuevo soporte de legitimidad en el ejercicio del poder a las fuerzas sociales que lo ejercen” (50).

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Cortes o Tribunales Constitucionales ya no se pone en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en orden a las competencias y a la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, versa no 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 las mismas aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de las Cortes Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.

ordinamento italiano” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p. 101 ss.; Crisafulli, “La sovranità popolare nella Costituzione italiana” en *Scritti per V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, p. 33 ss.; Capurso, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Milano, 1967; Pasini, *Riflessioni in tema de sovranità*, Milano, 1966.

(50) Así: Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, 1982, p. XVIII.

Esta autora destaca oportunamente, confirmando la consolidación de la justicia constitucional, que “los problemas que la doctrina actual se plantea en relación con la justicia constitucional suelen ser, ante todo, de carácter técnico, o en muchas ocasiones pretendidamente técnico: de organización, de funcionamiento, de hermenéutica... Pero no se suele cuestionar la institución en sí misma”.

A una conclusión semejante parece llegar -aunque sea analizando una experiencia profundamente distinta como la italiana- Pizzorusso (“La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione”, *cit.*, p. 14), en opinión del cual “la discusión sobre las verdaderas y supuestas suplencias o interferencias de la Corte Constitucional no justifica ninguna propuesta dirigida a modificar profundamente el ordenamiento actual; y si alguna rectificación podría resultar oportuna, no se trata ciertamente de aquellas tendentes a acentuar el carácter político o legislativo de la Corte, sino en todo caso de pequeños ajustes de carácter principalmente técnico”.

Si la doctrina austriaca y francesa parecen orientadas a introducir nuevas disposiciones que, asegurando una mejor competencia técnica de los jueces, favorezcan la imparcialidad del órgano (51), los correctivos propuestos en la República Federal Alemana parecen, por su parte, instrumentalmente dirigidos a modificar algunas actitudes de comportamiento, para evitar que el poder de decisión de la Corte se desarrolle excesivamente -en virtud de una tácita delegación por parte del Gobierno y del Parlamento- sobre el terreno de la directa solución de problemas políticos (52). Mientras en Italia, para evitar en la práctica la suplencia o la interferencia política del juez en los enfrentamientos con las opciones del legislador, se defienden algunas perspectivas de reforma que, con criterio realista, intentan redeterminar sus atribuciones, excluyendo aquellas competencias que parecen espúreas respecto a la función pri-

(51) Por lo que concierne a la estructura del Tribunal Constitucional austriaco, Ohlinger ("La giurisdizione costituzionale in Austria" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 555) ha puesto en evidencia un doble límite por la circunstancia de que, por un lado, los miembros del Tribunal ejercitan, como regla general, su actividad como segundo empleo, y "en el día de hoy las tareas del Vfgh son tan vastas que una organización de este tipo ya no logra desarrollarlas completamente; y, por otro lado, sus nombramientos se producen en cada caso a través de un partido político y sin ninguna discusión pública".

Confirmando la desviación existente entre análisis de las disfunciones y capacidad de innovar el sistema, el mismo autor pone, sin embargo, de relieve, con un cierto escepticismo, que "ya desde los tiempos de Kelsen se sugerían continuamente nuevas propuestas de reforma que deberían garantizar una alta capacidad profesional de los jueces. Pero a nivel de los partidos políticos este tema representa un tabú". También referido a la situación austriaca, se puede ver: Schreiber, *Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, 1976, p. 137 ss.

Un rápido repaso de las principales propuestas dirigidas a modificar la composición del Consejo Constitucional francés se encuentra en: Favoreu, "Il Conseil Constitutionnel e l'alternanza", *cit.*, p. 604 ss.; Volpi, "Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese" en *Diritto e Società*, 1983, p. 495 ss.

Este último autor admite la oportunidad de prever un sistema de elección similar al existente en Italia, así como de precisar mejor las causas de ilegitimidad y de incompatibilidad, demandando también una comprobada preparación en materia jurídica.

Del mismo modo, en nuestra opinión, la innovación más significativa debería consistir en la introducción de formas de control sucesivo, al igual que las experiencias actualmente operantes en Europa.

Para una defensa del control de constitucionalidad de carácter preventivo, puede verse: Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Uppsala, 1984. Por el contrario, para una consideración crítica de esta atribución, cfr. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, *cit.*, p. 177 ss.

Ulteriores indicaciones relativas al debate sobre la reforma del Consejo Constitucional, se encuentran en: Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980; Chiroux, "Faut-il réformer le Conseil?" en *Pouvoirs*, 1980, núm. 13, p. 111 ss.

(52) Así lo reconoce expresamente Schlaich, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *cit.*, p. 590.

maria, consistente en juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los otros actos con fuerza de ley (53).

Cuando se intente encontrar, en la diversidad de las experiencias, una línea de tendencia común, ésta debería buscarse no en la crisis, sino en la creciente difusión de las formas de justicia constitucional. El área de los ordenamientos en los cuales operan órganos encargados del ejercicio de tal actividad se está ampliando rápidamente; no parece paradójico afirmar que ningún Estado tiende a presentarse como un país sin jurisdicción constitucional, ni renuncia *a priori* a la posibilidad de instaurar algún sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado a la totalidad de los países de la Europa Meridional: desde España, en donde el Tribunal Constitucional ha sido activado por la Constitución de 1978, hasta Portugal y Grecia.

(53) Sobre los daños y sobre las consecuencias negativas conexas a la atribución a la Corte Constitucional de competencia en el tema de los delitos ministeriales existe en la doctrina una valoración unánime. Entre los numerosos estudios dedicados a la llamada "justicia política" se vean, por último: Scarlato, *I reati ministeriali*, Padova, 1982; Vassalli, "I reati ministeriali tra interpretazione e riforma" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p. 761 ss.; Tuccari, "Questioni costituzionali nel proceso Lockheed dinanzi alla Corte integrata" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, p. 441 ss.; Taormina, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Milano, 1978; Moretti, "Art. 137. Garanzie costituzionali" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, p. 589 ss.; Zagrebelsky, "La giurisdizione costituzionale" en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 785 ss.

Las orientaciones predominantes son contrarias a introducir modificaciones significativas en las atribuciones y en los poderes de la Corte Constitucional. Aunque tampoco faltan indicios de perspectivas también favorables a la reconsideración de importantes perfiles organizativos o de enteros sectores competenciales del juez constitucional. En este sentido, Pizzorusso ("La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione", *cit.*, p. 123), a pesar de advertir que ninguna reforma parece necesaria a corto plazo, opina que no parece ilógico optar por el sistema americano puro y simple, aunque sea después de haber completado consecuentemente la obra de reordenación del poder judicial.

Por su parte, Elia ("Giustizia costituzionale e diritto comparato", *cit.*, p. 13) rompe una lanza a favor de una ampliación de los poderes procesales de la Corte italiana tomando como modelo los que ya tiene atribuidos el juez constitucional alemán, a la vez que no parece del todo contrario a prever, en relación a las materias circunscritas, la posibilidad de formas de control preventivo.

Amplias innovaciones son, por su parte, propuestas por: Bognetti, "La Corte Costituzionale como garante della Costituzione" en *Verso una nuova Costituzione*, II, Milano, 1983, p. 626 ss.

Sobre este tema también pueden verse: Mezzanotte, "La Corte Costituzionale: esperienze e prospettive" en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 153 ss.; Pizzetti, "Riforme costituzionali e giustizia costituzionale" en *Vita e Pensiero*, 1982, p. 31 ss.; Capotosti, "Tendenze attuali dei rapporti tra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1597 ss.

Los artículos 278 y siguientes de la Constitución portuguesa de 1982 -revisando radicalmente el título I de la parte IV de la precedente Carta Constitucional que atribuía a la Comisión Constitucional y al Consejo de la Revolución la tarea de garantizar el respeto a la Constitución- asignan al Tribunal Constitucional la competencia para ejercitar un control, preventivo y sucesivo, de constitucionalidad, así como de actuar como instancia de apelación en los recursos contra las decisiones de los tribunales que rehúsen la aplicación de normas que consideran inconstitucionales o bien que apliquen normas ya declaradas inconstitucionales (54).

Por cuanto concierne, en fin, al ordenamiento griego, la Constitución ha introducido un sistema mixto: de un lado, el artículo 93, prescribiendo que los jueces no están obligados a aplicar una ley contraria a la Constitución, parece prever un control de legitimidad constitucional de tipo difuso; por el otro lado, el artículo 100 instituye una Corte especial competente, entre otras cosas, para decidir sobre los conflictos entre las diversas jurisdicciones y entre éstas y los órganos administrativos del Estado (55).

Esta tendencia alcanza, además, a ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diversas, que se inspiran en principios institucionales y se fundan sobre sistemas sociales opuestos. Basta pensar que la atención por los sistemas de *judicial review* parece alcanzar tanto a países escandinavos como Suecia y Noruega (56), como a Estados surgidos

(54) Puede verse, en este sentido, De Vergottini, "Principio di legalità e revisione della Costituzione portoghese del 1982" en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 1141 ss. Del mismo autor, cfr. *Le origini della seconda repubblica portoghese*, Milano, 1977.

Una exposición de las principales competencias del Tribunal Constitucional portugués, también se encuentra en: Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, cit., p. 11 ss.

(55) Cfr. Favoreu, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.; Spiliotopoulos, "Judicial review of legislative acts in Greece" en *Temple Law Quarterly*, 1983, núm. 56, p. 463 ss.; Perifanaki, "La Corte Suprema speciale nella Costituzione greca del 1975" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, p. 183 ss.

Un cuadro sumario de la tendencia a la difusión y generalización de la justicia constitucional fue intentado, hace algunos años, por: Cappelletti, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 486 ss.; Idem, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1981, p. 639 ss.

(56) Interesantes y actualizadas anotaciones en torno al creciente interés de los estudiosos escandinavos por las diversas formas de control judicial sobre las opciones legislativas, están contenidas en las comunicaciones presentadas por Hiden, Schuessler y Smith en el Coloquio de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas celebrado en Uppsala, el 26-28 de junio de 1984, sobre el tema: "*Judicial review of legislation: its legitimacy and development*". Sobre esta cuestión también pueden verse: Hiden, "Constitutional rights in the

de las antiguas colonias británicas. Al mismo tiempo que alguna apertura, no obstante sea tímida, al control de constitucionalidad de las leyes parece entreverse también en el interior del sistema anglosajón, el cual -como es notorio- aparece todavía anclado en torno al dogma de la soberanía popular: por ejemplo, algunos jueces han reconocido que *The Treaty of Union* representa un documento constitucional fundamental cuyas previsiones son susceptibles de limitar los poderes normativos del Parlamento (58).

Por cuanto concierne, por su parte, a la situación actual en los países de América Latina, aun siendo evidente que la presencia de mecanismos de control de constitucionalidad es, en muchos ordenamientos, inútil por la naturaleza autoritaria de estos regímenes políticos, es necesario destacar -cuando limitamos la atención a los meros datos normativos- que esta área geográfica se caracteriza por la notable difusión de controles sobre las leyes. Aunque estos controles, claramente traídos por los pesados mecanismos de colonización y de culturización que los sistemas institucionales de América Latina han debido sufrir tanto en épocas remotas como en períodos recientes, aparecen tomados de modelos muy heterogéneos (59).

legislative proces: the finish system of advance control of legislation" en *Scandinavian Studies in Law*, Stoccolma, 1973, p. 97 ss.; Kastari, *La protection constitutionnelle des droits et libertés des citoyens en Finlande*, Lund, 1959, p. 285 ss.

(57) Para referencias más detalladas, cfr. Whyte, *Judicial review of legislation and its legitimacy: developments in the common law world*, Uppsala, 1984; Shapira, "Judicial review without a Constitution: the Israeli paradox" en *Temple Law Quarterly*, 1983, p. 405 ss.; Haley, "The freedom to choose an occupation and the constitutional limits of legislative discretion" en *Law in Japan*, 1975, p. 188 ss.

(58) Sobre esta cuestión, cfr. Barbara de Smith, "The judicial committee as a Constitutional Court" en *Public Law*, 1984, Winter, p. 557 ss.

(59) A título de ejemplo, se puede recordar que el sistema norteamericano ha influenciado el ordenamiento de Argentina, de Brasil, de México y de Ecuador; mientras que el llamado "modelo austriaco" ha encontrado ensayos de puesta en práctica en las realidades constitucionales de Guatemala, de Chile y del Perú. En opinión de la doctrina operan, por el contrario, sistemas mixtos en los ordenamientos de Colombia, Venezuela y Costa Rica. Sobre esta materia, pueden verse: Carpizo-Fix Zamudio, *The necessity for and the legitimacy of the judicial review of the constitutionality of the laws in Latin America*, Uppsala, 1984; Eder, "Judicial review in Latin America" en *Ohio State Law Journal*, 1960, p. 570 ss.; Fix Zamudio, "La justicia constitucional en Ibero-américa y la declaración general de inconstitucionalidad" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1978, p. 651 ss.; Idem, "Dos leyes orgánicas de Tribunales Constitucionales latinoamericanos. Chile y Perú" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1984, núm. 51; Idem, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1985; Paz Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Lima, 1981, p. 368 ss.; Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile*, Caracas, 1977; Carlos Sachica, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, 1980; Brewer-Carias, *La defensa de la Constitución*, Caracas, 1982.

Además, experiencias significativas se van afirmando, con éxitos interesantes, también en el interior de la que ha sido llamada la “familia jurídica socialista” (60). Sirva el ejemplo de la República Socialista Federativa yugoslava, la cual, en la nueva Constitución de 1974, ha valorizado la justicia constitucional, atribuyéndole la tarea de tutelar el principio de legalidad y los valores constitucionales fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional yugoslava, según el art. 375 de la Constitución, es competente para juzgar, de un lado, la compatibilidad de las leyes federales y de las provincias con las disposiciones constitucionales y, de otro lado, la coherencia de la normativa de las repúblicas y de las provincias respecto a la legislación federal.

Debe subrayarse que los sectores más avanzados de la doctrina constitucionalista reconocen que el control de constitucionalidad de las leyes no es incompatible con una organización socialista del poder y del Estado, a condición de que no se transforme en un juicio sobre la oportunidad de las leyes, resquebrajando el monopolio de las Asambleas electivas en el tema de la creación de las normas. Así, entendida como una técnica jurídica dirigida a asegurar la supremacía jerárquica de las disposiciones constitucionales, semejante actividad es considerada una consecuencia indispensable de la posición que la Constitución ocupa en los ordenamientos socialistas: a juicio de algunos competentes autores, la protección de los valores y de los principios constitucionales demanda la existencia de formas de control ejercitadas por una autoridad separada y autónoma respecto al poder legislativo (61).

Un actualizado examen del control de constitucionalidad en la República Argentina se encuentra en: Vanossi, *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984.

(60) La eficaz expresión es de: Cappelletti, “Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo” en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968 ‘86.

(61, Cfr. Nikolic, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. (Développements récents dans les pays socialistes)*, Uppsala, 1984, p. 21.

Así, en opinión de este autor no sólo “il serait inimaginable que l'exécutif puisse participer, directement ou indirectement, à l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois”, sino que se debe también considerar como *condicio sine qua non* para realizar un efectivo examen de constitucionalidad la independencia y la neutralidad del órgano encargado del control.

En general, sobre el control de constitucionalidad en Yugoslavia, también puede verse: Srzentic, “Les juridictions constitutionnelles yougoslaves” en *La Constitution yougoslave de 1963*, París, 1965; Jovicic, “La nouvelle Constitution yougoslave de 1974: ses particularités et caractéristiques en tant qu'acte juridique général suprême” en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1974, p. 746 ss.

Sobre las perspectivas que, desde el punto de vista de los órdenes constitucionales y de las ideologías jurídicas, iniciarían el reconocimiento de que la justicia constitucional no es incompatible con los principios de la soberanía popular y de la unidad de poder sobre los

3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS COMUNES A LAS EXPERIENCIAS EUROPEAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. EN PARTICULAR, EL PAPEL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO GARANTES DEL PACTO CONSTITUCIONAL Y DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA POLÍTICO Y SOCIAL DISEÑADO POR LOS CONSTITUYENTES

Los diversos casos que hemos examinado ejemplifican una tendencia constitucional actual, la cual -no obstante su proteiformidad- permite enunciar algunas consideraciones de orden general.

Ante todo, se puede destacar que la introducción de mecanismos y la activación de órganos encargados del control de constitucionalidad de las leyes -aunque históricamente ha tendido a ligarse al desarrollo de la democracia y del Estado de Derecho- no constituye el rasgo típico de una particular forma de Estado ni de una determinada forma de Gobierno. Si es indudablemente cierto, como se explicará detalladamente a continuación, que un moderno ordenamiento democrático que se inspire en el principio de legalidad no puede prescindir de la activación de un sistema de justicia constitucional, sería, sin embargo, arbitrario llegar a la conclusión opuesta: esto es, afirmar la imposible conciliación formal entre control judicial de constitucionalidad y particulares formas estatales y de Gobierno. Se puede, en otras palabras, entender que este instituto prescinde, en una cierta medida, de los caracteres del régimen político para representar un rasgo propio de los órdenes contemporáneos, capaz de explicar sus funciones dentro de ordenamientos político-institucionales diversos (62).

que se fundan las democracias socialistas, cfr. D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, cit., p. 53; Cappelletti, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo", cit., p. 487.

(62) No sería de otro modo justificable la presencia de Tribunales Constitucionales en ordenamientos -como, por ejemplo, el turco y el chileno- con caracteres claramente autoritarios y donde falta una tutela efectiva tanto de las fundamentales libertades públicas, como de los tradicionales derechos democráticos.

Obviamente, este reconocimiento no puede traducirse en una ocultación valorativa de las diversas experiencias, desde el momento en que la función concretamente ejercitada por los órganos de justicia constitucional en los diversos sistemas está estrechamente conectada a los caracteres propios de cada forma de gobierno. Bajo este perfil se puede estar de acuerdo que los regímenes democráticos aparecen como los más idóneos para acoger modelos jurisprudenciales de control de la legitimidad constitucional de las leyes.

Según Rodríguez Zapata y Pérez ("La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?" en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 2417), la previsión de eficaces sistemas de justicia constitucional ha tenido lugar sobre todo, en las Constituciones que si-

Con este juicio no pretendemos, de ningún modo, defender la indiferencia de la justicia constitucional respecto a los sistemas políticos. Parece, en efecto, evidente que el control jurisdiccional sobre la actividad legislativa y sobre la correcta utilización de las competencias por parte de los diversos órganos constitucionales resulta desvitalizado, e incluso reducido a mero simulacro formal, en aquellos ordenamientos que no reconocen el carácter fundamental del principio de legalidad o que no cifran en la separación de las competencias el criterio ordenador de la organización estatal.

Del mismo modo, la previsión de procedimientos y de órganos encargados del ejercicio del juicio de constitucionalidad no permite asegurar que, en determinadas realidades o en particulares momentos de la vida política de un país, esté asegurado el respeto puntual y sustancial de las disposiciones constitucionales. Más modestamente, se quiere remarcar que la justicia constitucional puede formar parte del *government* de regímenes muy diferentes uno del otro.

En segundo lugar, cuando se pone la atención exclusivamente en los sistemas de justicia constitucional asentados, es posible encontrar que formas de control pertenecientes a tipos originariamente distintos tienden a asumir rasgos unitarios, a presentar caracteres comunes.

Los dos principales modelos -el control abstracto teorizado por Kelsen y el juicio concreto de derivación norteamericana- han encontrado en la experiencia constitucional europea modificaciones, adaptaciones y evoluciones que les han diferenciado sensiblemente de las fórmulas originarias. En este sentido, ha sido autorizadamente subrayado que "las vicisitudes acaecidas en estos últimos treinta años en varios países han demostrado, sin embargo, como esta bipartición (control abstracto / concreto) no logra poner completamente en evidencia las características de los modelos de justicia constitucional actualmente operantes, sea porque nos encontramos frente a sistemas que, en diferente medida, combinan elementos propios del sistema americano con elementos propios del sistema austriaco, sea porque los criterios utilizados en este ámbito (con-

guen a los regímenes autoritarios, por su capacidad de funcionar como factores de actualización democrática del sistema normativo, "filtro depurador del ordenamiento". Una limitada "indiferencia" de la justicia constitucional respecto a la forma de gobierno también parece admitida por Elia ("Giustizia costituzionale e diritto comparato", *cit.*, p. 14), al considerar que, en caso contrario, no se podría explicar el fenómeno de su universalización.

centrado-difuso; principal-incidental; constitutivo-declarativo) no parecen agotar el número de rasgos que les califican” (63).

La señalada dificultad clasificatoria es innegable: sus raíces se remontan, en el caso que nos ocupa, no sólo a una condición más general del Derecho constitucional contemporáneo, que sufre mucho más de la incapacidad descriptiva de muchos esquemas clasificatorios consolidados, sino también a la existencia de procesos objetivos de contaminación que determinan fenómenos de progresiva homogeneización tendentes, sino a un modelo unitario, al menos a un sistema integrado en el cual los rasgos de consonancia parecen equilibrar los de distinción. De acuerdo con una línea de tendencia la cual manifiesta -según una sugestiva imagen- “la identidad de experiencias, de forma semejante a como en el arte de la fuga, alemán, tanto el tema inicial, español, como el contrapunto que con él se encadena, italiano, se funden en una figura armónica unitaria” (64).

Esta tendencia contribuye, en nuestra opinión, a hacer de las experiencias de justicia constitucional un terreno muy fértil y beneficioso para las investigaciones de tipo comparativo. A pesar de ello, la frecuencia de las afirmaciones sobre la existencia de institutos, de procedimientos y de competencias similares no puede oscurecer las peculiaridades locales; ni inducir, de forma simplista, a pensar que las semejanzas actuales entre algunas experiencias determine la inevitable homologación de las respectivas realidades.

El ejercicio en ordenamientos distintos de la misma competencia puede generar resultados y determinar efectos diversificados; por el contrario, no se debe ni siquiera excluir la eventualidad de que, en diversas situaciones, se llegue a resultados institucionales sustancialmente unitarios utilizando instrumentos procesales e institutos diferentes.

A modo de sumaria ejemplificación -y reenviando para una demostración más detallada a otro trabajo (65)- se pueden indicar los resultados notablemente diversos producidos en España y en Francia del ejercicio de la misma competencia -el control preventivo sobre las leyes-; o bien los parecidos resultados que en el tema de la libertad y de los dere-

(63) Así: Pizzorusso, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522.

(64) Cfr. Rodríguez Zapata y Pérez, “La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?”, *cit.*, p. 2421.

(65) Cfr. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, *cit.*, p. 161 ss.

chos fundamentales de los ciudadanos han ofrecido procedimientos tan diversos como el recurso de amparo en España y la cuestión incidental de legitimidad constitucional en Italia.

En este sentido, la experiencia constitucional iniciada en España con la Constitución de 1978 puede resultar un punto de referencia útil para la comprensión del fenómeno, desde el momento en que las competencias del Tribunal Constitucional representan una propia y verdadera *summa* de las atribuciones deducibles de los diversos ordenamientos constitucionales. Utilizando con fines descriptivos la clasificación propuesta en un conocido trabajo de Derecho comparado (66), se debería concluir que la jurisdicción constitucional española participa de los caracteres de los diversos sistemas y engloba en sí misma las fundamentales alternativas ofrecidas por las experiencias europeas actuales. En efecto, el Tribunal Constitucional se activa tanto a través de un recurso como a continuación de una excepción de inconstitucionalidad; el control no es sólo sucesivo, sino también preventivo; las decisiones tienen eficacia *erga omnes*, pero cuando se limitan a la estimación subjetiva de un derecho, sólo producen efectos para las partes del proceso. Además, el recurso de amparo ofrece una tutela directa y concreta de los derechos y libertades fundamentales que se aproxima a un juicio esencialmente abstracto sobre la compatibilidad de una norma con fuerza de ley con los preceptos establecidos por las disposiciones constitucionales (67).

Es útil, por otra parte, recordar que en los modernos órdenes constitucionales los órganos de justicia constitucional ejercitan una pluralidad de competencias, asumiendo un abanico de funciones no todas reconducibles al control de constitucionalidad de las leyes. En otras palabras, las Cortes Constitucionales no son órganos monofuncionales, sino titulares de una multiplicidad de delicadas atribuciones, que acentúan su relieve en el interior de las singulares formas de Gobierno. Junto a competencias reconducibles a la exigencia fundamental de garantizar el respeto de las reglas, de las competencias y de los principios establecidos por la Constitución, se añaden poderes de naturaleza más puramente política.

(66) Esta clasificación puede encontrarse en: Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.

(67) Entre los textos que ofrecen una descripción completa de las atribuciones del Tribunal Constitucional español, se pueden recordar los siguientes: Bon-Moderne-Rodríguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Aix, 1984; Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980; AA. VV., *Tribunales Constitucionales: organización y funcionamiento*, Madrid, 1980; Galeotti-Rossi, "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar" en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, núm. 7, p. 119 ss.; Aragón Reyes, "La jurisdicción constitucional" en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, p. 781 ss.

Entre estos últimos, se incluyen -en nuestra opinión- la competencia de la Corte de Justicia Constitucional austriaca y del Consejo Constitucional francés en materia electoral y en el tema del referéndum (68); las atribuciones de la Corte Constitucional italiana, del Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y de la Corte austriaca en materia de justicia política (69); los cometidos del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo Constitucional relativos a la verificación de la muerte y a la certificación del impedimento del Presidente de la República (70); los poderes consultivos del Consejo Constitucional respecto a las medidas adoptadas por el Presidente de la República en virtud del artículo 16 de la Constitución francesa, por un lado, y las decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la pérdida de los derechos fundamentales y sobre la inconstitucionalidad de los partidos políticos, por otro lado (71).

En este contexto parece constituir una positiva excepción la elección realizada por la Constitución española y por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, las cuales, no obstante configurar un sistema de competencias particularmente articulado y rico, no han previsto la activación de atribuciones no reconducibles directamente al ejercicio de un juicio sobre la legitimidad constitucional de las normas.

Por último, se puede señalar la propensión de los órganos de justicia constitucional a asumir -en virtud de una expresa disposición normativa o sobre la base de orientaciones jurisprudenciales- una función no sólo juzgadora, sino también de interpretación "auténtica" del significado de las disposiciones constitucionales o bien de verificación de la conformidad constitucional de las decisiones de la autoridad judicial ordinaria. Basta pensar, por una parte, en la previsión del artículo 13 de la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Constitucional alemán, el cual atribuye a este órgano la competencia para decidir sobre la interpretación de la Ley Fundamental tanto con ocasión de controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo federal o de otros interesados, como en los casos de divergencias de opiniones o de

(68) Cfr. el art. 141 de la Ley Constitucional federal austriaca, y los arts. 32 ss. y 46 ss. de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional francés.

(69) Cfr. el art. 134 de la Constitución italiana; los arts. 49 ss. de la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la República Federal alemana del 12 de marzo de 1951; y los artículos 142 y 143 de la Ley Constitucional federal austriaca.

(70) Cfr. el art. 213 de la Constitución portuguesa y el art. 31 de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional francés.

(71) Cfr. las normas contenidas en los títulos primero y segundo de la parte III de la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la República Federal alemana.

dudas sobre la compatibilidad formal o sustancial del Derecho federal o de los Länder con la Ley Fundamental, sobre los derechos y deberes del Estado central o de los Länder, y sobre la supervivencia de normas como Derecho federal. Por otra parte, el artículo 40-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional español, precisa que la jurisprudencia de los jueces ordinarios “habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

A resultados similares también se llega, sin embargo, en aquellos ordenamientos en los cuales los pronunciamientos de la Corte Constitucional, aun no siendo reconocida *ex lege* esta autoridad, adquieren no sólo valor de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*, sino que actúan también con función de precedente. Esto sucede, en primer lugar, a causa de la *auctoritas* que los jueces constitucionales han logrado adquirir y del consenso que sus orientaciones jurisprudenciales obtienen de parte de los operadores jurídicos y de los intérpretes del Derecho. En efecto, si es cierto que en nuestros sistemas el efecto de precedente ejerce una influencia de orden psicológico que se queda, en un cierto sentido, en los márgenes de la experiencia jurídica, también es indudable que, de hecho, las *rationes decidendi* contenidas en los pronunciamientos de las Cortes Constitucionales tienden -como ha sido competentemente reconocido- a hacer nacer un Derecho pretorio, capaz de “influir sobre la vida real del ordenamiento, amparándose, si no en las leyes en sí, en el Derecho como vive y como viene usado por los jueces” (72). Sobre todo en aquellas situaciones en las cuales las posiciones interpretativas hechas valer por el juez constitucional tienden no tanto a contraponerse, como a asumir las interpretaciones dominantes en la doctrina y en la jurisprudencia ordinaria.

Se pone en toda su permanente actualidad la convicción de Betti, según el cual el precedente, revelando la autoridad que el criterio de decisión adoptado puede desarrollar en los procesos del convencimiento de los jueces futuros, no se manifiesta “como un precepto jurídico que debe observarse, sino que apela únicamente a la inteligencia y al sentido crítico de quien decide, llamándolo a evaluar el criterio de decisión adoptado en cuanto a su valor interpretativo: esto es, a reconocer si responde a las exigencias del caso decidido y al diseño de coherencia del *ius conditum*, si representa, en suma, una interpretación exacta de las normas jurídicas en discusión” (73).

(72) Cfr. Elia, “La Corte nel quadro dei poteri costituzionali”, *cit.*, p. 524.

(73) Así: Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 131.

Es necesario, sin embargo, precisar que en particulares circunstancias no faltan a los jueces constitucionales ni siquiera los instrumentos para atribuir a las propias *rationes decidendi* una fuerza persuasiva que no repose sólo sobre la autoridad del juzgador o sobre motivos de naturaleza psicológica: se piense, por ejemplo, en la hipótesis en la cual la Corte emana una sentencia interpretativa de rechazo, “amenazando” o “dejando entender” que, en el caso de que los jueces ordinarios mantuvieran una postura interpretativa distinta, resolvería las futuras cuestiones con una sentencia de acogimiento parcial; o bien en el caso en el cual decide la cuestión a través de una sentencia de acogimiento de tipo creativo (74).

Cuando se nos pregunta sobre las razones por las cuales las Cortes y los Tribunales Constitucionales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales y en los diversos regímenes políticos, no se puede, en nuestra opinión, dejar de considerar que su campo de actividad se sitúa en una encrucijada en la cual se cruzan exigencias distintas, inducidas por los caracteres peculiares de los vigentes ordenamientos democráticos. En otras palabras, las atribuciones de las Cortes Constitucionales parecen constituir la coronación y el enriquecimiento de algunos principios fundamentales que caracterizan la forma de Estado contemporáneo.

Del Estado liberal de Derecho la justicia constitucional valora el principio de legalidad, en virtud del cual todos los actos de las autoridades constituidas deben encontrar su fundamento en una previa norma legal que no pueden contravenir. En efecto, la justicia constitucional extiende el alcance de este principio a la misma actividad legislativa, así como “a amplios sectores del área, exquisitamente política, de las relaciones entre los máximos órganos del Estado”, convirtiendo en justificable -según una autorizada puntualización-, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, “la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, entre ellos recíprocamente equiparados e independientes, en la cual se suele hacer consistir uno de los postulados de la democracia liberal” (75).

(74) Esta particularidad ha sido evidenciada con perspicacia por: Pizzorusso, “Stare decisis e Corte Costituzionale” en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 31 ss.; Idem, “Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte Costituzionale” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, p. 1976 ss.

(75) Así: Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 224.

Expresa, en definitiva, la supremacía de la fuente constitucional con respecto a las actividades normativas producidas por los diversos poderes.

Este perfil contribuye, indubitadamente, a legitimar el control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos que se inspiran en postulados fundamentales del Estado liberal de Derecho.

Sobre este punto un extraordinario acuerdo une tanto la doctrina, como los *obiter dicta* con los cuales las diversas Cortes Constitucionales han puntualizado la propia función y posición en el sistema. Con referencia a la primera parece suficiente destacar la unidad de juicio entre quienes entienden que el principio de legalidad, al igual que la rigidez de la Constitución, aumenta el fundamento de la justicia constitucional, y quienes sostienen que el principio de legalidad, “en cuanto principio arquitectónico básico del ordenamiento”, ha sido completado por el instituto del control de constitucionalidad (76).

Por lo que concierne a los segundos, se puede hacer referencia, por una parte, a la Sentencia de 7 de febrero de 1969, número 15, de la Corte Constitucional italiana, en donde se afirma que el cometido primario de la justicia constitucional es hacer operante el principio de legalidad (77); y, por otra parte, al Pronunciamiento de 2 de julio de 1981, número 22, del Tribunal Constitucional, en el cual se confirma que la tarea de este órgano consiste esencialmente en asegurar la sumisión del legislador y de los otros poderes a la Constitución.

Por otra parte, no se puede dejar de recordar que la plena conciliabilidad de la justicia constitucional con los postulados del Estado liberal de Derecho ya había sido defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos con ocasión de la famosa controversia “*Marbury versus Madison*”, cuando afirmó que un acto normativo contrario a la Constitución

(76) Pueden verse, a título de ejemplo, los escritos de: Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 223 ss.; Rubio Llorente, “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho Político*, 1982-1983, núm. 16, p. 29.

Por su parte, Lucas Verdú (*Curso de Derecho Político*, Madrid, 1974, vol. II, p. 683) consideraba la justicia constitucional como la “autoconciencia de eficacia y dinamismo” del principio de legalidad.

Todavía con referencia a la doctrina española, también puede verse: García Pelayo, “El *status* del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, núm. 1, p. 18 ss.

(77) Cfr. “Corte Costituzionale 7 febbraio 1969, núm. 15” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 91 ss.

debe considerarse nulo, ya que los poderes de los órganos legislativos son definidos y limitados por la Constitución.

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del Gobierno. En los sistemas actuales, el juicio de constitucionalidad se siente cada vez menos como una ingerencia, puesta en marcha por un órgano no representativo, en las confrontaciones sobre la autonomía política del Parlamento, o bien como una compresión injustificada de la soberanía de las Asambleas Electivas. Al contrario, es considerada una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la Carta Constitucional reconoce a personas individuales, a grupos y a estructuras organizadas de la sociedad.

Si quisieramos sintetizar el concepto con una expresión se podría afirmar que las Cortes Constitucionales no limitan la autonomía del poder político, pero contribuyen a frenar el absolutismo de las mayorías gubernamentales: de acuerdo con la sabia consideración de quien, durante los trabajos de la Asamblea Constituyente italiana, precisó que “para preparar el texto de una nueva Constitución democrática es más oportuno y prudente proceder desde el punto de vista de la minoría” (78).

Mientras la tutela de las posiciones subjetivas reconocidas por la Constitución está incluida entre los rasgos más evidentes de la acción de estos órganos (79), merece destacarse más significativamente, a los fines

(78) Esta intervención se puede leer en: *Atti Ass. Cost.*, 4 de marzo de 1947. En cuanto a la función garantística a que responden los modernos sistemas de justicia constitucional, se vea, por cuanto concierne a la doctrina italiana: Caretti-Cheli, “Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale” en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 27; D’Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, 1981.

Entre los autores españoles: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 184 ss.; De Juan Martín, “Comentarios en torno a la jurisdicción constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, p. 1340 ss.; Sánchez Agesta, “La justicia constitucional” en *Revista de Derecho Político*, 1982-1983, núm. 16, p. 24 ss.

(79) La doctrina inmediatamente ha recogido, y durante un cierto período incluso privilegiado, la posición fundamental que la justicia constitucional ocupa entre los institutos encargados de la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución. Se vean, a título meramente indicativo, los trabajos de: Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955; Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977.

de este sintético cuadro comparativo, su creciente propensión a asumir también una función de garantía de las oposiciones políticas contra posibles abusos de las mayorías parlamentarias.

Parece, en este sentido, sintomática la tendencia a disciplinar las formas de acceso al juicio de constitucionalidad en modo que también grupos de parlamentarios estén legitimados para presentar recurso contra leyes aprobadas por la mayoría. El artículo 162 de la Constitución española atribuye a 50 diputados o a 50 senadores la competencia para interponer recurso de inconstitucionalidad; según la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Constitucional alemán, el control abstracto sobre las normas puede ser solicitado por un tercio de los componentes de la Dieta federal.

En la misma perspectiva se coloca, de un lado, la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, cuyo artículo 18 permite a 60 diputados o a 60 senadores elevar una o más demandas de inconstitucionalidad; y, de otro lado, la Ley sobre la Corte de Justicia Constitucional austriaca, la cual legitima a un tercio de los componentes del Consejo Nacional o de la Dieta de un *Land* para presentar demanda de anulación de una ley por vicio de inconstitucionalidad.

En otros ordenamientos, la ausencia de normas asimilables a las que acabamos de referirnos no ha impedido al sistema desarrollarse en la misma dirección, especialmente cuando el juez constitucional está inundado, con mucha regularidad, de cuestiones que en su mayor parte se refieren a las normas que el Parlamento ha aprobado sólo a costa de una clara división entre las fuerzas políticas, portadoras de los diversos intereses sociales. Como prueba de que la natural función garantística de la Corte puede manifestarse también independientemente de la previsión de particulares procedimientos de acceso, se puede volver a considerar la experiencia italiana: donde la mayoría de los problemas que han dividido la vida social y política del país han llegado, sobre todo a través de la iniciativa de los jueces comunes, a la criba de la Corte Constitucional, permitiéndole aproximarse a la bondad jurídica de las argumentaciones sostenidas, durante el *iter* legislativo, por las fuerzas que se oponían a la

Orientaciones más recientes tienden a poner de relieve el papel de los jueces constitucionales como garantes del sistema de valores consagrado por las Constituciones. En esta perspectiva se sitúan, por ejemplo, las contribuciones de: Amirante, "La Costituzione come sistema di valori e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale" en *Politica del Diritto*, 1981, p. 9 ss.; Carrozza, "Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna", *cit.*, p. 1094 ss.

aprobación de una determinada normativa; como resultado, todas las leyes de una cierta importancia y complejidad, apenas aprobadas por el Parlamento, son impugnadas, como si la densidad de los problemas, la precariedad de las mediaciones políticas y las divisiones surgidas en el curso de los trabajos parlamentarios tendiesen a buscar en el juicio de constitucionalidad una proyección externa (80).

Por último, es oportuno evidenciar que los vigentes sistemas de justicia constitucional aportan al Estado social el cometido de asegurar el respeto de las recíprocas competencias y el de regular, a través de una delicada obra de mediación, la pluralidad de los intereses constitucionalmente tutelados.

Una de las múltiples funciones que la complejidad de los vigentes ordenamientos parece querer señalar a los órganos encargados del ejercicio de la justicia constitucional se conecta a una concepción de la Constitución como pacto, como manifestación contractual entre las diversas fuerzas y componentes que participan en el proceso constituyente, como común acuerdo en torno a algunos valores o principios o reglas fundamentales de comportamiento (81).

(80) Recientemente, ha afirmado Zagrebelsky ("La giurisdizione costituzionale" en *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 796) que "no existe ley reciente de alguna importancia política y social sobre la cual la Corte no haya sido llamada a pronunciarse repetidamente, casi como si el juicio de constitucionalidad pudiese ser una especie de prolongación de la confrontación parlamentaria, tanto más abierta cuanto las opciones legislativas son -como son en los tiempos que vivimos- más inciertas, compromisorias y contradictorias, en una palabra, políticamente inestables".

(81) Con la expresión "Constitución pactada" hacemos referencia a los perfiles sustanciales y no formales del fenómeno constituyente. No nos adherimos, por tanto, a la definición propuesta por Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 190), en base a la cual la Constitución sería individualizable desde el punto de vista del procedimiento histórico-jurídico que ha llevado a su emanación o formación.

A nuestro juicio, el concepto de "pacto constitucional", considerando tanto el elemento subjetivo del consenso de las fuerzas constituyentes, como el dato objetivo de los valores y de las reglas fundamentales en torno a las cuales tal consenso se ha formado, puede ser aproximado a la figura de la Constitución en sentido sustancial o material.

La doctrina que se ha ocupado de este concepto es muy amplia; ante la imposibilidad de dar una lista completa nos limitamos, a título de ejemplo, a destacar algunos trabajos a cuya lectura reenviamos para ulteriores referencias bibliográficas: Crisafulli, "Costituzione" en *Enciclopedia del novecento*, Roma, 1976, p. 1030 ss.; Mortati, "Dottrine generali sulla Costituzione" en *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, p. 144 ss.; Zangara, "Costituzione materiale e Costituzione convenzionale" en *Scritti in onore di Mortati*, I, Milano, 1977, p. 338 ss.; Modugno, "Il concetto di Costituzione" en *Scritti in onore di Mortati*, I, Milano, 1977, p. 210 ss.; Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982; Rolla, *Costituzione materiale e riforma delle istituzioni*, Milano, 1980.

Según esta perspectiva, por un lado, la Constitución expresaría el *idem sentire* de los grupos que tienen un peso en la vida política respecto a los caracteres fundamentales del sistema; por otro lado, la efectiva vigencia de este último puede ser conseguida sólo si subsiste “aquella convicción colectiva que, en el campo constitucional, corresponde a la resultante de los grupos políticos que pretenden sostener la Constitución” (82).

Se trata de una concepción en sentido sustancial de la Constitución que procura asegurar con la rigidez también la estabilidad de los principios allí sancionados. Es notorio, en efecto, que la primera característica concierne al procedimiento de formación y de revisión de las disposiciones constitucionales: por sí misma, en consecuencia, no es idónea para garantizar la permanencia y la efectiva vigencia de las elecciones realizadas por los constituyentes. Corresponde, por su parte, al atributo de la estabilidad valorar la cualidad de la Constitución consistente, por un lado, en conseguir expresar valores reconocibles como actuales por el cuerpo social, y, por otro, en el indicar los procedimientos capaces de regular el lineal funcionamiento de las instituciones.

En otros términos, se debe considerar que la capacidad de una Constitución de perdurar en el tiempo, respondiendo a las necesidades exigidas por la evolución de la vida social, política y económica de un país, reside en la permanencia de aquel pacto leal de recíproco respeto de las reglas del juego que ha sido solemnemente estipulado en el acto de la aprobación de la Carta Constitucional.

Sin embargo, el carácter pactado de una Constitución puede asumir también un significado diverso y más reducido, cuando se considera que las modernas sociedades, con una pluralidad de clases, aparecen recorridas por valores ideológicos no homogéneos, por expectativas enfrentadas, por tensiones diversas no siempre armonizables en una síntesis unitaria. De ello deriva tanto una objetiva dificultad para elegir entre los intereses en juego, como la consecuente propensión a proteger principios no unitarios, quizás antagónicos.

Entre los estudiosos españoles que han afrontado el problema de los caracteres de la Constitución pactada, pueden verse: Jiménez Campo-Porres Azkona, “Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso: la Constitución española de 1978” en *Revista de Derecho Público*, 1979, núm. 74, p. 83 ss.; García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

(82) Así: Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1982, p. 8.

En esta hipótesis el pacto, o mejor el compromiso constitucional, reenvía la elección a la sucesiva intervención de la normación primaria.

La naturaleza pactada de los ordenamientos constitucionales -independientemente de la acepción que el término asuma- influye sobre los caracteres de la justicia constitucional: en un caso, aumentando su peso en el sistema; en el otro, acentuando la delicadeza de su papel y la posibilidad de traspasar límites en áreas tradicionalmente reservadas a la acción de los órganos titulares de la actividad de dirección política.

La presencia en el Texto Constitucional de un complejo de valores comunes enfatiza el cometido de la Corte como garante del pacto constituyente y tutora de su vigencia. Su acción, asumiendo una naturaleza arbitral, intenta solventar los conflictos sometidos a su consideración -no resolubles a través de los mecanismos normales de formación de las voluntades políticas (83)- utilizando como parámetro de referencia los contenidos normativos expresados pactadamente por las fuerzas que han dado vida al proceso constituyente. En este contexto, los órganos de justicia constitucional refuerzan -no obstante la autoridad de las críticas manifestadas por Schmitt (84)- su particular posición de defensores de la Constitución.

Por el contrario, la naturaleza compromisoria de diversas formulaciones constitucionales, que no permite fijar una jerarquía precisa entre los múltiples intereses que deben protegerse, impone a la Corte una obra, muy delicada, de ponderación: no sólo porque la mayoría de las veces la Constitución preventivamente no ha completado una opción, sino también en cuanto que esta elección puede entrar en contradicción directa con la selección de los intereses realizada por el legislador, en la ejecución del programa o de las orientaciones políticas expresadas por la mayoría parlamentaria. Esta eventualidad, consecuencia directa de la existencia de una Constitución rica en disposiciones programáticas, que ofrece tutela jurídica a una gama de valores muy articulada, viene -por su parte- acentuada por la creciente segmentación del cuerpo social y por la corporativización de los intereses (85). La propia complejidad de los

(83) Cheli ("Introduzione" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 17) augura para el futuro que el "reforzamiento del papel arbitral de nuestro órgano de justicia constitucional termine por representar un objetivo estratégico de esencial importancia para la salvaguarda y el desarrollo de nuestra democracia".

(84) Se vea, en particular, Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981.

(85) Las tendencias actuales a la segmentación, a la fragmentación de las demandas sociales y de los intereses económicos, con las conexas consecuencias sobre la estructura estatal y sobre los procesos de formación de las voluntades públicas, han sido ampliamente

sistemas estatales contemporáneos impide al legislador hacerse intérprete de una supuesta “voluntad general”; en el procedimiento legislativo intervienen mecanismos heterogéneos y se coagulan intereses en posición de recíproco conflicto. Las opciones legislativas se caracterizan cada vez más como la realización de un equilibrio temporal entre exigencias diversas, capaz de conseguir una tregua en el conflicto social; o bien, en términos de sanción, como el prevalecer de un grupo en los enfrentamientos con otro: en cuanto tales, corren el riesgo de ser nuevamente puestos en discusión por la intervención del juez constitucional, cuando considere que se les debe otorgar una jerarquía diversa o bien una diferente legitimación constitucional (86).

Basta dar un vistazo a las disposiciones que regulan las competencias de los órganos de justicia constitucional para valorar la relevancia que reviste, por una parte, la actividad de solución jurídica de los conflictos, y, por otra, la mediación entre los enfrentados intereses en juego. Hasta el punto de que algún autor ha llegado a opinar que los jueces constitucionales han adquirido “la capacidad de realizar el punto de equilibrio entre fuerzas políticas, partes sociales y poder jurisdiccional, a la luz de una lógica ya no separatista de la esfera constitucional con la esfera legislativa ordinaria, en el proceso de superación dialéctica de la distinción entre Estado y sociedad civil” (87).

La posibilidad de canalizar a través de las vías de la jurisdicción constitucional los conflictos institucionales e, indirectamente, los conflictos sociales no es, sin embargo, susceptible de desarrollo ilimitado; encuentra, por el contrario, un límite fisiológico en la idoneidad de las Cortes Constitucionales para resolver solamente los conflictos que acontecen *en el sistema*, pero obviamente no puede solventar aquéllos que expresan la crisis aguda *del sistema*. Esquemmatizando, se puede afirmar que la obra de mediación de estos órganos contribuye a prevenir las crisis de este úl-

profundizadas por la doctrina.

A título de ejemplo, se pueden destacar los trabajos de: AA.VV., *Consenso e conflitto nella società contemporanea*, Milano, 1982; Fedele, *La deriva del potere*, Bari, 1981; AA.VV., *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, Bari, 1983; Ardigò, *Crisi di governabilità e modi vitali*, Bologna, 1980; Barcellona, *Oltre lo Stato sociale*, Bari, 1981; Luhmann, *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979; AA.VV., *La governabilità delle società industriali*, Bologna, 1984.

(86) El papel arbitral de la Corte Constitucional ha sido, recientemente, valorizado por: Capotosti, “Tendenze attuali dei rapporti fra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1599 ss.

(87) Así: Modugno, “La Corte Costituzionale ed il legislatore” en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 100.

timo tipo, no a resolverlas. Un sistema de justicia constitucional puede funcionar correctamente sólo cuando -según la expresión de un jurista español- la Constitución se revela efectivamente "como realidad normativa y no como mera configuración nominal y semántica" (88).

La puesta en marcha del control jurisdiccional de constitucionalidad ha tenido lugar preferentemente en las fases en las cuales los diversos ordenamientos se disponían a salir de graves, traumáticas, crisis de naturaleza no sólo institucional, sino también social y política; se piense, por una parte, en la experiencia italiana y de la República Federal alemana, en las cuales la decisión de instituir un control de constitucionalidad de las leyes fue reforzada por el recuerdo de las vicisitudes que habían llevado al nacimiento del fascismo y del nazismo; y, por otro lado, en las Constituciones de Grecia, España y Portugal, en donde órganos de justicia constitucional han sido previstos simultáneamente a la consolidación, en estos países, de nuevos regímenes democráticos.

No obstante haber nacido en períodos de transición, no parecen estructuralmente idóneos para actuar en fases de crisis de las instituciones: su cometido esencial es el de garantizar la regularidad, la continuidad de los sistemas, favoreciendo, con obra mediadora, la evolución y el buen funcionamiento del sistema político. Entendemos, en conclusión, que la justicia constitucional sólo puede cumplir esta función si su obra de valorización de los principios y de los valores consagrados en la Constitución se ampara -sin sustituirse- en la acción de las fuerzas políticas y sociales dirigida a renovar constantemente el consenso en las opciones fundamentales realizadas por los constituyentes. En otras palabras, la justicia constitucional asume un papel, no obstante sea siempre complementario y no exclusivo, de garantía de la estabilidad constitucional.

(88) Cfr. De Vega García, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, núm. 7, p. 95.