

## CAPÍTULO CUARTO

### LA CENTRALIDAD DEL MODELO AMERICANO EN EL PROCESO DE CONVERGENCIA DE LOS DOS TRADICIONALES SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. La influencia del sistema americano en el diseño del sistema europeo-kelseniano con posterioridad a 1945 . . . . .	59
II. Revitalización del Poder Judicial como una de las piezas centrales del Estado de derecho . . . . .	64

## CAPÍTULO CUARTO

# LA CENTRALIDAD DEL MODELO AMERICANO EN EL PROCESO DE CONVERGENCIA DE LOS DOS TRADICIONALES SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

## I. LA INFLUENCIA DEL SISTEMA AMERICANO EN EL DISEÑO DEL SISTEMA EUROPEO-KELSENIANO CON POSTERIORIDAD A 1945

El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de constitucionalidad no sólo posibilita encontrar una progresivamente mayor unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte Pizzorusso<sup>61</sup> —opinión ciertamente compartida por otros sectores doctrinales—, viene a revelar que entre ellos es el sistema americano el que se nos presenta con una posición verdaderamente central, no entrañando el

<sup>61</sup> Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia...”, *cit.* nota 32, p. 527.

modelo concentrado europeo-kelseniano más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial periodo histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda posguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades.

A ello se unirá una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, una percepción que la concibe, como la visionara Corwin en un trabajo clásico,<sup>62</sup> como *the higher Law*, como la ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a la constitucional.

<sup>62</sup> Corwin, Edward S., “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, XLII, 1929-1929, pp. 149 y ss. y 365 y ss.; posteriormente reimpresso, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1955.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera Bachof,<sup>63</sup> más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, por un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, en cuanto que, además, no ha sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.

A partir de estas premisas: la concepción de la Constitución como *lex superior*, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, magistralmente expuesto por Hamilton en el artículo LXXVIII de *El Federalista*,<sup>64</sup> y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima sentencia,<sup>65</sup> y en perfecta sintonía con todo

<sup>63</sup> Bachof, Otto, *Grundgesetz und Richtermacht*, JCB Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1959. Manejamos la traducción española, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 39 y 40.

<sup>64</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 2a. ed. española, México, FCE, 1974, pp. 330-336.

ello, el diseño de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, los constituyentes germanos e italianos pondrán la vista tanto en el modelo de la *judicial review of Legislation* como en el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* que diseñara la Constitución austriaca de 1920, que había proyectado su influencia en el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebelsky<sup>66</sup> ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar.

Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría,<sup>67</sup> que fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singu-

<sup>66</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, cit. nota 60, p. 321.

<sup>67</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 133 y 134.

lar y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor, de modo rotundo, sostiene<sup>68</sup> que no se acoge el modelo kelseniano del “legislador negativo”, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz*, no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (artículo 92) del capítulo noveno, dedicado a la jurisdicción (*Die Rechtsprechung*).<sup>69</sup>

La estructura por la que finalmente se opta: una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, lo cierto es que, en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>69</sup> Recordemos que en la Constitución austriaca de 1920 el Tribunal Constitucional era objeto de regulación en el título VI, relativo a las “Garantías de la Constitución y de la administración”, mientras la jurisdicción era objeto de una sección dentro del título III, relativo al Ejecutivo federal.

de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Cuanto acaba de señalarse no debe hacernos olvidar que la concepción kelseniana del “legislador negativo” ha operado como una auténtica “idea-fuerza” que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los tribunales constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

## II. REVITALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL COMO UNA DE LAS PIEZAS CENTRALES DEL ESTADO DE DERECHO

Esta concepción constitucional tan próxima a la norteamericana: una Constitución concebida como *higher Law* cuya fortaleza última se encuentra en un conjunto de valores superiores a los que se encadena una declaración de derechos, en un conjunto normativo al que se sujetan todos los poderes del Estado, incluyendo el Poder Legislativo, explica también el nuevo rol que los órganos del Poder Judicial van a asumir en el marco constitucional. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley sigue siendo un principio indiscuti-

ble, pues a los jueces alemanes o italianos (después de 1956, año en que iniciaría su andadura en Italia la Corte Costituzionale) no les cabe inaplicar una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obsta a que el rol constitucional de los jueces se vea notablemente potenciado.

La magistratura, dirá Heyde<sup>70</sup> refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de derecho que ha querido la *Gundgesetz*. Y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del artículo 103 de la Constitución de Weimar,<sup>71</sup> el artículo 92 de la *Gundgesetz*, norma de apertura del capítulo dedicado a la jurisdicción,<sup>72</sup> contiene un plus de garantías constitucionales del Poder Judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisdiccional (del *Bundesverfassungsgericht*) casi unánime en torno a que la *Bonner Gundgesetz* par-

<sup>70</sup> Wolfgang, Heyde, “La jurisdicción”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, cit. nota 8, pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 769 y 772.

<sup>71</sup> El artículo 103 de la Constitución de Weimar se limita a decir que: “La justicia se ejerce por el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) y por los Tribunales de los *Länder*”.

<sup>72</sup> De acuerdo con el artículo 92 de la *Grundgesetz*: “El Poder Judicial se confía a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional, por los Tribunales federales ordinarios previstos en esta Ley Fundamental y por los Tribunales de los *Länder*”.

te de un concepto material de jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del artículo 19.4, GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del Poder Judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por las determinaciones de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una nueva visión del Poder Judicial. A ella se refiere Mortati,<sup>73</sup> que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial resultante del elemento de creatividad en ella implicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del Poder Judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su

<sup>73</sup> Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a. ed., Padova, Cedam, 1976, tomo II, pp. 1248-1250.

función: la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Quizá con una mayor introspección, Martines<sup>74</sup> pone de relieve que aunque no existe una función de dirección política (*indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea “di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari” que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del Poder Judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican perfectamente lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda posguerra, que en el punto que nos ocupa va a venir caracterizado por la revitalización del Poder Judicial, al que va a convertir en una de las piezas centrales del Estado de derecho. La sujeción de los jueces a la ley no impedirá que a ellos se encomiende, con carácter ordinario,

<sup>74</sup> Martines, Temistocle, *Diritto costituzionale*, 8a. ed., Milán, Giuffrè, 1994, p. 522.

rio, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos, y que, aun estandoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una litis de la que estén conociendo, interpreten contradictorias con la *Lex superior*, puedan, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad realizado por ellos mismos, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo un monopolio de rechazo, tal y como ya destacamos precedentemente.

En resumen, los hechos históricos de los años previos a la Segunda Guerra Mundial, que revelan que es el legislador el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciarán un giro radical por parte de los constituyentes alemanes e italianos, y de resultas, en décadas sucesivas, de los de otros países, que para tratar de evitar los peligros de años atrás vuelven la vista al constitucionalismo norteamericano, esto es, a una Constitución regida por valores materiales que ha de imponerse a todos los poderes públicos, también al legislador, a cuyo efecto, en una clara approxima-

ción al modelo anglosajón, se considerará necesario fortalecer notablemente el rol constitucional de los jueces, de unos jueces que ya no levantan las suspicacias que suscitaran en la Alemania weimariana y que, aún hallándose sujetos a la ley, asumirán una función relevante en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refiere.

En este nuevo contexto se entiende que aunque por razones en alguna medida de orden práctico, en la línea kelseniana, el control de constitucionalidad se siga acomodando a una estructura concentrada en un órgano, el Tribunal Constitucional, que tendrá la última palabra en lo que al mismo se refiere, ya no se considere necesaria la conversión del Tribunal en un “legislador negativo”, como modo de articular su colaboración con el “legislador positivo”, y todo ello frente al Poder Judicial. La praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección, certificando la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.