

PRESENTACIÓN

Me es sumamente grato escribir unas líneas de presentación a este excelente estudio monográfico elaborado por el notable constitucionalista español, profesor Francisco Fernández Segado, que puede considerarse como uno de los expertos más connotados en la difícil materia de la justicia constitucional comparada y la disciplina que la comprende, es decir, el derecho procesal constitucional.

En efecto, el profesor Fernández Segado ha redactado numerosos estudios sobre diversos aspectos de los instrumentos que tienen por objeto la resolución de los conflictos jurídicos que se generan con la aplicación de las normas fundamentales, pero además varios de ellos en relación con los ordenamientos latinoamericanos, que conoce de manera profunda, no sólo de manera teórica, sino también en la práctica, ya que ha realizado numerosos viajes de estudio por la mayoría de los países de la región, incluyendo nuestro país, para conocer en la realidad el funcionamiento de los mecanismos de justicia constitucional latinoamericana. En esa di-

rección debe mencionarse que fue designado por el gobierno de Bolivia como asesor para la regulación de las normas constitucionales que establecieron el Tribunal Constitucional en ese país de acuerdo con la reforma de 1994. Al respecto, podemos mencionar la documentada obra *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del primero de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, que fue publicado por este Instituto de Investigaciones Jurídicas en la serie *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, en el año de 2002, respecto de la cual tuve el privilegio de formular una breve introducción.

Además de todo lo anterior, es preciso señalar que desde hace varios años dirige con gran dinamismo el conocido *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, cuyo número 7, correspondiente al año 2003, ha aparecido este año.

Con estos antecedentes resulta explicable el agudo y minucioso examen que el distinguido jurista español dedica a uno de los aspectos más complicados de la disciplina, que se refiere a la declinación de la tesis tradicional que sostuvo por mucho tiempo la dicotomía entre los sistemas americano y europeo continental de justicia constitucional.

Toma como punto de partida la afirmación evidente de que uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro

tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional, y por ello resulta indispensable precisar sus lineamientos fundamentales, y encontrar una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad, en virtud de que, en su opinión, resulta ya obsoleta la contradicción que por mucho tiempo afirmó las diferencias esenciales entre los dos grandes modelos, americano y europeo continental, que el profesor Fernández Segado califica acertadamente a este último como kelseniano.

La bipolaridad inicial entre los dos paradigmas fue señalada en forma muy precisa por el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei (por cierto el promotor principal de la introducción de la Corte Constitucional en la Carta Republicana de 1948), cuando señaló que el modelo americano, que calificó de *difuso* (en cuanto correspondía a todos los jueces, sin importar su jerarquía), que sólo puede proponerse por la vía prejudicial (es decir, por las partes, y en ocasiones por el juez en una controversia concreta); sus efectos son especiales (es decir, que sólo se traducen en la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso), y de naturaleza declarativa (o sea, que implica la declaración de certeza retroactiva, *ex tunc*).

Por el contrario, el sistema continental europeo es calificado por Calamandrei como concentrado, ya que sólo es ejercido por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal, en la cual se cuestiona únicamente la legitimidad constitucional de las normas legislativas impugnadas, sin tomar en cuenta una controversia concreta; los efectos de la sentencia estimatoria son generales (*erga omnes*) y tienen carácter constitutivo, ya que operan como anulación o ineficacia *ex nunc*, que valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional.

Sin embargo, estos lineamientos teóricos no corresponden a la realidad, ya que las modalidades de los diversos ordenamientos desde un principio no fueron tan esquemáticos de acuerdo con el modelo adoptado, pues el mismo Calamandrei afirmó que el régimen establecido por la citada carta fundamental de 1948 se apartaba del esquema teórico, en cuanto si bien se invistió a la Corte Constitucional de la facultad de declarar en vía principal la inconstitucionalidad de las normas legislativas, asume carácter incidental en cuanto su introducción por el juez ordinario, que es el único que puede abrir la puerta de la competencia de dicha Corte Constitucional, salvo los supuestos de la acción abstracta por incompetencia legislativa planteada por los órganos del Estado.

El autor señala que las divergencias iniciales de ambos modelos de control constitucional dimanaban de unos presupuestos históricos, políticos e ideológicos contrapuestos, en cuanto el sistema norteamericano que tuvo su origen a fines del siglo XVIII, con la Constitución de 1787, pero con antecedentes coloniales, encuentra su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del Poder Judicial (denominado gobierno de los jueces) sobre los restantes órganos del poder, particularmente respecto del Legislativo, en cuanto el régimen propuesto por Kelsen y aprobado en la carta federal de 1920 representó, por el contrario, un acto de desconfianza en los jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y restablecer la supremacía del Parlamento, y por ello la teoría kelseniana de la Corte Constitucional austriaca le otorgó el carácter de legislador negativo, lo que significaba, en opinión de Fernández Segado, el deseo de reforzar al Parlamento, protegiéndolo frente a los jueces.

Sin embargo, los lineamientos lógicos del pensamiento kelseniano se modificaron con la reforma constitucional austriaca de diciembre de 1929, que autorizó a los organismos judiciales de mayor jerarquía a plantear la inconstitucionalidad de las normas legislativas aplicables en los procesos concretos de que conocían, con lo cual se inició la in-

tervención de los jueces ordinarios, así fueran los más elevados, en la introducción de la que actualmente se califica de cuestión constitucional.

Señala el autor acertadamente que en la segunda posguerra, que se caracteriza por el resurgimiento de los tribunales o cortes constitucionales especializados en la solución de conflictos por la aplicación de las normas fundamentales, en particular en los países que habían sufrido el peso de los gobiernos autoritarios, como Italia, República Federal de Alemania, y posteriormente España y Portugal, desde un principio se configuraron dichos organismos jurisdiccionales con un carácter mixto, si se toma en consideración que las Constituciones de dichos países se aproximaron al modelo norteamericano, es decir, que de acuerdo con el pensamiento acertado del conocido jurista español Eduardo García de Enterría, se otorgó a dichas cartas la categoría de norma jurídica, que desde sus comienzos confirió el Constituyente de Filadelfia a la ley fundamental norteamericana.

Con toda razón Fernández Segado se adhiere a la aguda afirmación de otro gran experto de la justicia constitucional comparada, es decir, Mauro Cappeletti, en el sentido de que el funcionamiento del control de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo revela el hundimiento de las an-

tiguas dicotomías, hallándose los modelos en vías de llegar a uno solo, en el proceso definitivo de unificación.

Lo cierto es que el mismo Hans Kelsen, a quien con toda justificación se le considera como el inspirador del modelo continental europeo, no tenía una idea precisa de la naturaleza y funciones de la Corte Constitucional, ya que a su clásico estudio, publicado en 1928 en la *Revista Francesa de Derecho Público y Ciencia Política*, lo intituló “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, de manera que por una parte confería a la Corte Constitucional una función de legislador negativo, pero por conducto de un proceso jurisdiccional, y esto último es evidente, de acuerdo con la clásica controversia que tuvo en los años treinta del siglo XX, sobre la naturaleza del órgano protector o defensor de la Constitución.

El profesor Fernández Segado señala la creciente aproximación de los dos sistemas clásicos, y advierte, por una parte, que el régimen de la *judicial review* norteamericana se ha acercado en forma muy apreciable al modelo europeo, debido a la institución de la autoridad del precedente (*stare decisis*), que combinada con la existencia de un organismo jurisdiccional supremo para todo el país (la Corte Suprema Federal), ha culminado con otorgar

a las sentencias de esta última, así sea de manera indirecta, efectos generales o *erga omnes*, bien diferentes a la mera desaplicación en el caso concreto, por lo que si se sigue el pensamiento de Cappelletti, cuando la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos considera la inconstitucionalidad de una ley, dicho ordenamiento continúa formando parte del ordenamiento jurídico, pero el principio del *stare decisis* la convertirá en letra muerta.

Otro aspecto en el cual se advierte una cercanía entre la *judicial review* y los tribunales constitucionales europeos se encuentra en la frecuente utilización por estos últimos de las llamadas sentencias interpretativas, con el propósito de realizar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de manera dinámica, con lo cual en la práctica este tipo de resoluciones ha dado lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes al modelo norteamericano.

De acuerdo con la concepción tradicional, la sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos (*ex tunc*) en el sistema americano, y sólo para el futuro en el europeo (*ex nunc*); pero si bien esta eficacia se conserva en el ordenamiento austriaco, que siguiendo las ideas kelsenianas confirió a la Corte Constitucional prorrogar la entrada en vigor

de la declaración en un plazo posterior, que originalmente tenía un máximo de seis meses, pero que en 1929 se extendió a un año, y en el artículo 140.5 de la carta federal puede llegar a dieciocho meses; por el contrario, en la práctica y la doctrina de otros tribunales constitucionales, como el federal alemán, la Corte de Arbitraje de Bélgica y en el Tribunal español, que en principio los efectos de la declaración de inconstitucionalidad implican la nulidad de las disposiciones legislativas impugnadas, con ciertos límites establecidos legislativamente, por lo que la solución comúnmente adoptada en los ordenamientos europeos se encuentra más próxima a la acuñada en el modelo norteamericano que a la propuesta originalmente por Kelsen.

El profesor Fernández Segado señala otros aspectos en los cuales se ha llegado a una similitud en los dos paradigmas originalmente opuestos. En este sentido, se observa una evolución que ha transformado a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en un órgano casi exclusivamente de justicia constitucional, ya que dicho organismo jurisdiccional ha limitado progresivamente su control tan sólo a lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales, de acuerdo con su facultad de competencia discrecional del *writ of certiorari* introduci-

do en 1925, y la consiguiente reforma de 1988, que eliminó de facto la jurisdicción de apelación de naturaleza obligatoria respecto de las decisiones de los tribunales federales.

El autor pone de relieve que en este desarrollo de aproximación entre los modelos americano y europeo continental la influencia norteamericana se ha convertido en predominante en varios aspectos, entre ellos un concepto de Constitución muy parecido al estadounidense, especialmente en las cartas italiana y federal alemana, con una eficacia normativa superior, que implica la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de carácter fundamental, que se apoya en un orden de valores que vincula directamente a los tres órganos del poder del Estado, lo que se traduce en la revitalización del Poder Judicial, que se convierte en una de las piezas centrales del Estado democrático de derecho, de manera que los jueces ordinarios tienen encomendada la tutela de los derechos fundamentales con la aplicación inmediata y directa de la Constitución, como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos, y si bien dichos jueces se encuentran vinculados a la legalidad, de acuerdo con la tradición, lo que les impide desaplicar las normas legislativas aplicables en los procesos concretos de que conocen, sí tienen la facultad de realizar un juicio de consti-

tucionalidad, con objeto de paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la cuestión de constitucionalidad ante la corte o tribunal constitucional respectivo, que decide en definitiva.

Pero los tribunales constitucionales europeos han establecido criterios o han sido facultados por el legislador para coordinar la ley impugnada con las normas constitucionales por conducto de lo que la doctrina alemana ha calificado como “interpretación conforme” (*verfassungsskonforme Auslegung*), que tiene carácter imperativo (artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Federal Constitucional alemán), que la doctrina considera que no obstante su apariencia, las funciones de dicho tribunal se traducen en el establecimiento de una legislación positiva, en el sentido de que las disposiciones legislativas impugnadas deben ser interpretadas de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional y no como lo hubiera querido el legislador.

Sin embargo, el profesor Fernández Segado estima que la virtualidad de las funciones de los tribunales y cortes constitucionales como legislador negativo ha sido muy grande; no obstante la ambigüedad de la expresión, el influjo de la recepción del concepto norteamericano de Constitución como norma jurídica en el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra o el escepticismo que la reali-

dad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, no han logrado inclusive en la actualidad desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, que ha llevado a algunos tribunales constitucionalizados a una razonable autorrestricción, como se advierte en España.

Como lo señala Fernández Segado, las cartas fundamentales expedidas al terminar la Segunda Guerra Mundial combinaron instituciones de control constitucional tanto del modelo americano como del régimen centralizado en un tribunal especializado propiciado por Kelsen, lo que implicó un conjunto de variables muy complejas, y por este motivo el jurista italiano Lucio Pegoraro estima que puede configurarse un *tertium genus* que comprendería rasgos tanto del sistema americano como del europeo continental, con mixtura de fórmulas y mecanismos procesales, cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento del régimen difuso en la fase introductoria del proceso, pero no en su decisión.

Sin embargo, el autor estima que este tercer género no agotaría la clasificación de los muy diversos ordenamientos, y prueba de ello radica en que un sector de la doctrina señala la existencia de un

quartum genus que abarcaría países como Grecia y Portugal y algunos latinoamericanos, en los que básicamente coexiste el control difuso con el concentrado, si es que puede seguirse tomándose como punto de partida esta bipolaridad.

La hibridación a que se refiere Fernández Segado se manifiesta de modo evidente en las nuevas democracias de Europa Oriental, las que no han mostrado particular interés por el sistema difuso, sino que han optado, por el contrario, por una estructura centralizada de control que se atribuye a un tribunal constitucional, pero con una influencia patente en algunos de dichos ordenamientos de los sistemas alemán y austriaco y del modelo francés (este último especialmente en Rumania), que a su vez han incorporado elementos del modelo norteamericano, por lo que este influjo ha propiciado un régimen mixto en estos países que abandonaron el modelo soviético a partir de 1989. El autor analiza algunos de dichos ordenamientos, como los de Polonia, de las Repúblicas Checa y Eslovaca, de Hungría, de Rumania, de Bulgaria y de la Federación Rusa, pues todos ellos han establecido un organismo jurisdiccional especializado y concentrado, pero también incluyen elementos del modelo norteamericano, así sea de manera indirecta, debido a la influencia antes mencionada.

Fernández Segado hace referencia a los sistemas de control constitucional de América Latina, que conoce a profundidad, como lo hemos señalado anteriormente, pues si bien históricamente, con algunas modalidades, se habían inspirado en el modelo norteamericano de la *judicial review*, y por tanto en el sistema difuso, recientemente han incorporado instrumentos del paradigma europeo-kelseniano, pues varios de ellos han creado tribunales, cortes o salas constitucionales, o inclusive al conferir a la Corte o Tribunal Supremo facultades similares a dichos organismos especializados, pero sin abandonar la tradición americana y han combinado ambos sistemas. El autor señala acertadamente que los ordenamientos latinoamericanos pueden considerarse como un verdadero laboratorio a la búsqueda de fórmulas peculiares, por medio de una evolución histórica muy prolongada.

El autor señala como ejemplos los ordenamientos de Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia y Ecuador, en los que coexisten el control concentrado en un tribunal o corte constitucional, con el sistema difuso, en cuanto cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución.

Las modalidades y matices de los instrumentos latinoamericanos de control de la constitucionalidad

dad son muy variados, y aun cuando predomina el principio de la impugnación sucesiva de las normas legislativas, en algunos ordenamientos pueden tener carácter preventivo, como en Chile y Colombia, y tratándose de los tratados internacionales en Bolivia. Predomina también la tendencia de que los organismos concentrados estén facultados para declarar la inconstitucional de las normas legislativas con efectos generales o *erga omnes*, con algunas excepciones, en las que se conserva el principio de la desaplicación en el caso concreto.

Por otra parte, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de la región se han creado procedimientos específicos de tutela de los derechos humanos, en los cuales predomina el derecho de amparo, que se originó tanto en el hábeas corpus de origen inglés como en el instrumento que con ese nombre se creó en nuestro país desde la mitad del siglo XIX, y otros equivalentes, como el *mandado de segurança* brasileño, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana, y además otros similares para una tutela específica de ciertos derechos fundamentales, entre los cuales destaca el llamado *hábeas data* creado en la carta federal brasileña de 1988, pero que se ha extendido a otros países de Latinoamérica.

Tratándose de estos mecanismos de defensa de los derechos humanos, existe diversidad en cuanto

a la posibilidad de que por medio de los mismos puedan impugnarse normas generales, aun cuando la tendencia más reciente es la de la posibilidad de impugnar por medio de ellos las disposiciones legislativas, ya sea en forma directa, como ocurre con el llamado “amparo contra leyes” en el derecho mexicano, o en la reforma constitucional argentina de 1994, o bien por medio de una modificación de la pretensión original, según lo dispone el derecho de Costa Rica. Además, es frecuente que estos mecanismos, si bien se hacen valer ante los jueces ordinarios, pueden llevarse en última instancia, ya sea ante los organismos jurisdiccionales especializados o ante los tribunales supremos respectivos, que deciden de manera definitiva.

Después del cuidadoso estudio comparativo que realiza Fernández Segado, en la parte final de su investigación realiza el intento de un esbozo de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad, debido a la imposibilidad de utilizar en nuestros días la clasificación tradicional de los sistemas americano y europeo continental, que con la aproximación acelerada de los ordenamientos contemporáneos en esta materia le priva de toda utilidad. Con tal objeto el autor señala la posibilidad de *una división entre el control de la ley al margen de su aplica-*

ción, o bien por el contrario, con ocasión de esa aplicación de las disposiciones legislativas impugnadas.

Respecto del primer sector, que se podría calificar desde mi particular punto de vista como control abstracto de las normas generales, el autor señala una división entre un control *a priori* (previo o preventivo), de otro *a posteriori* (sucesivo o represivo), de las disposiciones legislativas impugnadas.

Respecto del control de las normas generales en ocasión a su aplicación concreta, Fernández Segado señala tres variables: la competencia se atribuye a una pluralidad de órganos jurisdiccionales ordinarios, que implican un régimen difuso, o bien a un tribunal supremo o especializado, que implica un sistema concentrado, como ocurre, por ejemplo, en Chile, Paraguay y Uruguay; de acuerdo con la instancia que inicia la jurisdicción constitucional, que se desarrolla de acuerdo con cuatro variables: *a)* el control es planteado por un órgano jurisdiccional, como predomina en los ordenamientos europeos, por conducto de la cuestión de inconstitucionalidad; *b)* el control es promovido por una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos, aun cuando también existe la posibilidad de que el afectado impugne las disposiciones legislativas que le afecten debido a su carácter autoaplicativo; *c)* el control se inicia por los órganos constitucionales

del Estado cuando pretendan la reivindicación de un atribución propia que en su concepto ha sido invadida por otro órgano estatal, y *d*) finalmente, la instancia promovida por un ente territorial (generalmente en los Estados federales o autonómicos), cuando reclaman que otro ente territorial ha asumido dicha competencia que le corresponde. La última variable que se debe señalar es la relativa a la eficacia de las sentencias estimatorias, ya que debe distinguirse si dichas decisiones tienen efectos para el caso concreto (*inter partes*) o bien su eficacia es de carácter general (*erga omnes*).

Fernández Segado termina su documentado análisis con la conclusión de que la categorización que expone no pretende en modo alguno comprender la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestra época, pero en los cuales se puede apreciar un progresivo deslizamiento del control de la constitucionalidad de la ley al control con ocasión de la aplicación de las normas generales, que a su vez se conecta íntimamente en el cada vez mayor protagonismo de la jurisdicción constitucional de la libertad, debido al lugar realmente privilegiado que ocupan los derechos humanos en las cartas constitucionales contemporáneas.

Consideramos de gran utilidad el agudo análisis que realiza el destacado constitucionalista español para esclarecer, hasta donde ello es posible, la diversidad de modalidades que han adquirido los sistemas de justicia constitucional de nuestra época, pues si bien la bibliografía comparativa sobre el tema es verdaderamente impresionante, no resulta de ninguna manera sencillo la comprensión de esta multiplicidad de matices, sin partir de un ensayo de sistematización como el efectuado por Fernández Segado, a quien debemos agradecer los interesados en este tema fundamental, los criterios orientadores que contienen sus penetrantes reflexiones.

Héctor FIX-ZAMUDIO