

**CIEN AÑOS DEL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD JUDICIAL
CONCENTRADO**

*Comunicación del Dr. Pablo G. Hirschmann
Instituto de Política Constitucional*

CIEN AÑOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD JUDICIAL CONCENTRADO

Por el DR. PABLO G. HIRSCHMANN*

I. Introducción. Rasgos generales del control judicial concentrado

Teniendo en cuenta la inserción institucional del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad se distingue entre el control político y el control judicial. En el primer caso, el órgano que hace el control de constitucionalidad ejerce primordialmente otra clase de funciones que no son las judiciales (así ocurre con la Asamblea Popular Nacional de la República Popular China, que según la Constitución, ejerce funciones legislativas -Arts. 64 y 64- y supervisa el cumplimiento de la Constitución -Art. 62, inc. 2). En el segundo, siempre se trata de uno o varios órganos que ejercen funciones judiciales. Se afirma que el control judicial es difuso cuando lo realiza la generalidad de los órganos judiciales y que es concentrado¹ cuando sólo un órgano judicial, forme parte, o no, del

¹*Exposición realizada en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 3 de junio de 2020.

Las denominaciones control “concentrado” y control “difuso”, fueron empleadas por primera vez por Carl Schmitt en 1931, al publicar su trabajo “El defensor de la Constitución”. V. Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la*

poder judicial² es el que realiza de manera exclusiva el control de constitucionalidad³.

A veces se simplifica llamando al control difuso “sistema americano de control de constitucionalidad” y al control concentrado “sistema europeo de control de constitucionalidad”, lo cual es correcto si uno se refiere al lugar en que cada sistema se originó, Estados Unidos de América, en el primer caso, Austria⁴, en el segundo, pero no lo es si con ello se alude a la ubicación geográfica de los países en los que estos sistemas de control se practican⁵.

El sistema de control jurisdiccional concentrado, fue concebido por Hans Kelsen, en las primeras décadas del Siglo XX como una reacción del ordenamiento frente a leyes inconstitucionales. Con razón ha afirmado Louis Favoreu que el desarrollo de la justicia

justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, 2009, Madrid, pág. 43.

² Ejemplo del primer supuesto es el Tribunal Constitucional Español, que no forma parte del Poder Judicial, lo contrario ocurre en Paraguay donde el control de constitucionalidad se concentra en una sala de la Corte Suprema.

³ A esta clasificación corresponde añadir a los llamados sistemas “mixtos”, en los cuales coexiste un órgano que concentra la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos erga omnes, con una pluralidad de órganos judiciales habilitados para disponer la inaplicabilidad de una ley que se juzga inconstitucional, solamente con efectos inter partes (Hay sistemas mixtos, por ejemplo, en Portugal o en Chile).

⁴ Si bien es cierto que se ha tomado como modelo del sistema de control de constitucionalidad al establecido en la Constitución de Austria del 1° de octubre de 1920, es justo reconocer que la primacía cronológica corresponde al Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, creado por la Constitución aprobada el 29 de febrero de 1920.

⁵ Esto es así porque hay países europeos en los cuales existe el control difuso (Noruega, por ejemplo) y países americanos que siguen el sistema de control concentrado de constitucionalidad (Paraguay, Colombia, Perú y Chile).

constitucional es el acontecimiento más notable del Derecho Constitucional europeo en el Siglo XX.

El control concentrado ha seguido un proceso evolutivo que se inicia a comienzos de la Primera Postguerra, y no ha sido ajeno a las complejas vivencias que ha tenido la historia europea, desde entonces hasta los tiempos actuales.

Al establecer el control judicial concentrado el constituyente determina al control de constitucionalidad como una función regulada, positivizada, racionalizada y limitada, cuyas características esenciales son:

- a) Se organiza un proceso autónomo de constitucionalidad que permite el control abstracto (no requiere la existencia de caso judicial).
- b) Sólo hay un órgano único y específico de control.
- c) La decisión judicial del órgano de control tiene efectos erga omnes (invalida la norma que se declara inconstitucional).
- d) Limita a quienes están legitimados para instar esa forma de control⁶.

Junto con Louis Favoreu podemos definirlo de la siguiente forma: “Un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional.

⁶ Seguimos en esta caracterización a Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 32 y siguientes.

Situada fuera del conjunto judicial ordinario e independiente tanto de él como de los demás poderes públicos”⁷⁸.

II. Antecedentes históricos del control judicial concentrado en Europa hasta 1920

1) Francia

Durante el Siglo XVIII fue generándose en Francia una actitud, mantenida en los dos siglos siguientes, de hostilidad hacia el control de constitucionalidad de las leyes y, en especial, si ese control debía encomendarse a los jueces.

Desde los inicios de la Revolución, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 25 de agosto de 1789, fue muy clara respecto del rol institucional que debía asumir la ley en el diseño de la sociedad que reemplazaría al Antiguo Régimen⁹.

Los revolucionarios, recordando que habían sido los Parlamentos (tribunales) del Antiguo Régimen los que desbarataron los intentos reformadores de los Monarcas, mediante su nulificación (*droit de remontrance*), decidieron no solamente prohibir el control

⁷Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 13.

⁸ Aludiendo al sistema europeo de control de constitucionalidad, Pedro Cruz Villalón afirma que se basa en “un proceso autónomo de constitucionalidad ante un órgano jurisdiccional único y específico, a impulso bien de un órgano constitucional o fracción del mismo, bien de un juez o tribunal con ocasión de la resolución de un proceso pendiente, con efectos inmediatos o ‘generales’ sobre la validez o, cuando menos, la vigencia de la norma sometida a control en el supuesto de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad”. Cruz Villalón, op. cit. en nota 6, pág. 35.

⁹ Existen muchas disposiciones de la Declaración en ese sentido —en especial en las que se refieren a la propiedad y a la seguridad jurídica— pero el enunciado más genérico está en el Art. V., que dice: “*la ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena*”.

judicial, sino que lo consideraron –en forma expresa- como una conducta delictiva, mediante la ley del 16-24 de agosto de 1790¹⁰. Esa corriente se afirmó en la Constitución de 1791, en la que el único control que podía realizarse era político mediante el veto opuesto por el Rey a una sanción legislativa.

Las constituciones bonapartistas de 1799 (Napoleón, el Grande) y de 1852 (El Segundo Imperio de Napoleón III, Napoleón, “el pequeño”, según el exiliado Víctor Hugo), organizaron un sistema de control de constitucionalidad político, a cargo de un Senado Conservador. En ambos casos, su fracaso como órganos de control –por estar enteramente subordinados a la voluntad del Emperador- trajo como consecuencia, no sólo el desprestigio del control político, sino que –yendo más lejos- desacreditó al principio mismo del control.

En efecto, el control de constitucionalidad de las leyes fue rechazado tanto por la Carta Constitucional, otorgada por un monarca (Luis XVIII), como por las Leyes Constitucionales de 1875, que inspiradas en la soberanía del pueblo, manifestada en las decisiones legislativas, organizaron a la Tercera República (1875-1940) y que ninguna referencia hicieron al control de constitucionalidad de las leyes, ni siquiera político y, menos aún, judicial, que no era desconocido por los constituyentes que por la descripción que hizo Alexis de Tocqueville en “La Democracia en América”.

Si buscábamos antecedentes de tribunales constitucionales no era este el lugar donde podíamos encontrarlos.

¹⁰Art. 10° “Los tribunales no pueden tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricato”.

2) Italia

Tampoco vamos a encontrarlos en Italia, al menos hasta la aprobación de la Constitución de la República Italiana de 1947, actualmente en vigencia.

Se acostumbra¹¹ a situar el comienzo de la evolución constitucional de Italia el 17 de marzo de 1861 –día en que fue proclamado el Reino de Italia–, como fecha de la conclusión de un complejo proceso de unificación, en el que el Reino de Cerdeña, encabezado por Víctor Manuel II, bajo la orientación del conde de Cavour, tuvo un rol protagónico, coordinado con la acción de Giuseppe Garibaldi en el Sur de Italia. La norma constitucional del nuevo reino fue el “Estatuto Albertino”, carta otorgada en 1848 para el Reino de Cerdeña, por el Rey Carlos Alberto.

Esta norma, en vigor hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se inspiraba en el equilibrio –consecuencia del Congreso de Viena de 1815– entre el principio monárquico y un incipiente régimen representativo asentado en la Cámara de Diputados, en consecuencia, como muchas otras cartas europeas de la época, no tenía contenidos –ni siquiera indiciarios– del control de constitucionalidad.

3) Suiza

En una corriente, que no todos comparten, Pedro Cruz Villalón y Mauro Cappeletti afirman que la revisión total de la Constitución Federal Helvética efectuada en 1874, incorporó “un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes”. La

¹¹ Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ma. ed. revisada, Universidad de Madrid, Madrid, 1988, pág. 345.

discusión acerca de esta precedente pasa por el hecho de que el objeto del control era muy limitado, porque sólo las normas cantonales podían ser declaradas inconstitucionales, lo que estaba vedado respecto de las normas federales. Ello llevó a decir que se trataba más de un control de “federalidad”¹², que de un control de constitucionalidad. El órgano encargado de esta forma de control era el Tribunal Federal.

4) Alemania

La frustrada Constitución que aprobó la Asamblea Nacional Constituyente Alemana, en la Paulskirche de Frankfurt el 28 de marzo de 1849¹³, en los parágrafos 125 a 129 había previsto la creación de un Tribunal Federal, entre cuyas atribuciones estaba la de juzgar respecto de recursos deducidos por ciudadanos alemanes por la lesión de derechos garantizados por la Constitución Federal.

Nada que se pareciera a este órgano jurisdiccional se estableció en la Constitución Imperial de 1871, acordada por los príncipes de los estados alemanes, bajo la hegemonía de Prusia, artífice de la Unidad Alemana, tras vencer a Francia en la Guerra Franco-Prusiana (1870-1871).

¹² La expresión, que compartimos, corresponde a Cruz Villalón, Pedro, op. cit. en nota 6, pág. 50.

¹³ El año 1848, pródigo en revoluciones liberales y protosocialistas en Europa, tuvo repercusiones en los reinos, principados, ducados y ciudades libres, de lo que hoy llamamos Alemania. Con mucho idealismo se pensó que las soluciones de muchos de los problemas que habían llevado a la Revolución estarían en la aprobación de una Constitución, de cuño liberal, para el Estado, que es la constitución aprobada en 1849, a la que hacemos referencia. Se trató de una Constitución sin Estado, condición que se puso de manifiesto cuando el Rey de Prusia, Federico Guillermo IV, rechazó la corona del nuevo Estado, ofrecida por los parlamentarios para que encabezara, como Jefe de Estado, una monarquía federal y parlamentaria.

Tratándose del control de constitucionalidad de las leyes del Reich (Imperio) la Constitución de 1871 carecía de una prohibición expresa del control judicial difuso, que, sin embargo, fue rechazado por la jurisprudencia del Tribunal del Reich (sentencia del 17 de febrero de 1883), decisión respaldada por caracterizada doctrina de la época¹⁴¹⁵.

Cuando se trataba de las leyes de los Estados que formaban parte del Imperio, cabía el control judicial de constitucionalidad si una norma local ponía en cuestión a la primacía del derecho del Reich, respecto del derecho de los estados miembros (art. 2º de la Constitución de 1871).

Conviene dejar aclarado que durante el Régimen Imperial (1871-1918), el Consejo Federal (*Bundesrat*), tuvo un rol decisivo en la resolución de los conflictos entre los Estados miembros, conferido por el art. 76.1 de la Constitución. A dicho órgano político podía acudir en queja cualquier ciudadano por denegación de justicia (Art. 77).

La derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial (Noviembre de 1918), llevó a la cancelación del Imperio Alemán y la Proclamación de la República¹⁶.

¹⁴ Concretamente, la decisión del Tribunal del Reich, de inmediato seguimiento por los restantes órganos jurisdiccionales, rechazó la posibilidad de un control judicial de la constitucionalidad material de las leyes del Imperio.

¹⁵ Como fue el caso de Georg Jellinek, Paul Laband y Gerhard Anschütz.

¹⁶La finalización de la Primera Guerra Mundial en noviembre de 1918 tuvo serias consecuencias institucionales en Alemania. Motines de soldados y marinos, huelgas y la formación de consejos populares de soldados y trabajadores, a lo largo del país, al estilo de los soviets que venían actuando en Rusia desde 1917 tras la caída del zarismo, trajeron como resultado la abdicación y huida del Káiser Guillermo II y la caída de la Monarquía. Esto generó una situación de

Al igual que el precedente imperial la constitución republicana guardó silencio respecto del control judicial de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Gobierno Federal¹⁷¹⁸. Las coincidencias con el régimen anterior persistieron en lo relativo al control judicial de la constitucionalidad de los reglamentos y también de las leyes locales cuando entraran en controversia con el derecho federal, cuya primacía aseguraba la Constitución (art. 13.1). En este caso, el régimen constitucional preveía la posibilidad de efectuar un control abstracto (art. 13.2), a cargo del Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*)¹⁹ También los jueces

incertidumbre, de conflictos y de vacío de poder, que debía resolverse. Friedrich Ebert, líder socialdemócrata, comenzó a ejercer las funciones de Canciller; otro dirigente socialdemócrata, Phillip Scheidemann, proclamó la República el 9 de noviembre de 1918. Nació la República de Weimar bajo una inspiración democrática, que debía convivir con una sensación de derrota y humillación. En enero de 1919 hubo elecciones para conformar a la Asamblea Constituyente, que se reunió en Weimar en el mes de febrero y el 31 de julio de 1919 aprobó la Constitución (inspirada en un proyecto del jurista berlinés Hugo Preuss), promulgada por el Gobierno de Ebert el 11 de agosto de 1919.

¹⁷ Según explicó Preuss, existían muchos criterios encontrados en la Asamblea Constituyente sobre el control de constitucionalidad de las leyes del Reich, que incluían diferencias en el seno de los partidos que integraban la Asamblea. La existencia de estas divisiones y la premura con la que debieron actuar los constituyentes, derivada del momento crítico que vivía Alemania, resultaron persuasivas de la conveniencia de omitir el tratamiento del tema en el texto de la Constitución de Weimar.

¹⁸ Cabe tener presente que la omisión que comprendía, entre otras cosas, la ausencia de una prohibición expresa, posibilitaba la habilitación judicial del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

¹⁹ En la práctica y como consecuencia de las dificultades que se presentaron para constituir a este tribunal para el ejercicio de este control, la función fue ejercida en los hechos por el Tribunal Supremo (*Reichsgericht*), con asiento en la ciudad de Leipzig. Sin embargo, el Tribunal del Estado del Reich ejerció la competencia respecto de la decisión de los conflictos institucionales que se plantearan en razón de la estructura federal del estado (Reich vs. Länder) y, subsidiariamente, los conflictos institucionales dentro de los Länder. Ocurre que su composición variaba,

podían controlar la constitucionalidad del derecho preexistente a la aprobación de la Constitución (art. 178.2). Cabe agregar que los conflictos que pudieran suscitarse entre el Reich y los estados miembros (länder), y los länder entre sí, debía someterse al cauce jurisdiccional, encomendándose su conocimiento y decisión al Tribunal del Estado del Reich.

Sin embargo, no fueron esos los aportes más relevantes que durante la República de Weimar se hicieron respecto del control judicial concentrado. “La reflexión alemana de estos años sobre el control de constitucionalidad abarca tanto las cuestiones que pueden ser consideradas como ‘constantes’ (límites de la ‘judicialización’ de la política, p.e.) como problemas más específicos (composición del órgano, legitimación activa, adopción de medidas provisionales, control de disposiciones de excepción). Si hubiera que reducir a un solo punto la aportación teórica de Weimar al control de constitucionalidad, esta sería, sin duda, la de haber puesto de manifiesto la relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional²⁰.

5) El Imperio Austro-Húngaro

La derrota de Sadowa (1866), a manos de los prusianos, no solo implicó relegar al Imperio Austríaco en la búsqueda de la Unidad

según la clase de conflictos que debía resolver y, mientras que no pudo ser organizado para decidir la primera clase de conflictos, sí lo fue para la segunda.

²⁰ Cruz Villalón, que completa la idea afirmando “muy concretamente: es algo muy distinto la jurisdicción constitucional según que se inserte en una Constitución exclusivamente reguladora de los órganos del Estado y de la distribución territorial de competencias, que el que lo haga en una Constitución que consagra además derechos fundamentales y principios constitucionales”, Cruz Villalón, Pedro, op.cit. en nota 6, pág. 227.

Alemana, sino que provocó una crisis interna zanjada en la Constitución de 1867.

Ella fue el fruto de un Compromiso por el que se estableció una Unión Real, con una monarquía dual en la que el Emperador de Austria, es también el Rey de Hungría. Va a conformarse el Imperio Austro-Húngaro que perdurará hasta 1918, derrotado en la Primera Guerra Mundial.

La Constitución de 1867 contenía una Carta de Derechos y creó el Tribunal del Reich, que tenía por misiones resolver los conflictos constitucionales y amparar los derechos otorgados.

Si buscamos los antecedentes más directamente vinculados al control concentrado, es aquí donde se encuentran.

III. ¿Por qué los europeos eligieron el sistema de control judicial concentrado?²¹

Corresponde aclarar, en primer término, que si bien es cierto que algunos estados de Europa como Dinamarca, Grecia, Suecia y Noruega cuentan con sistemas de control de constitucionalidad que guardan alguna proximidad con el sistema de control difuso de los Estados Unidos de América, los países europeos que cuentan hoy con un tribunal constitucional rechazaron –en forma expresa o implícita– al control judicial difuso.

1) Las tentativas de implantación del control difuso

²¹ Seguimos en este punto a Favoreu, Louis y Mastor, Wanda, *Les Coursconstitutionnelles*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2016, págs. 8/15.

La doctrina francesa, en el siglo XIX Alexis de Tocqueville²² y Edouard Laboulaye²³; Edouard Lambert²⁴ y André Tunc²⁵, en el Siglo XX, estudió minuciosamente al sistema de control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América.

La discusión sobre su aplicación en Francia fue una consecuencia de la publicación en 1921 de *“El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos”* por el penúltimo de los autores citados que, promovió el debate y, curiosamente, alimentó a la corriente favorable a la adopción del sistema americano, no obstante tratarse de una obra que enumera con precisión los riesgos del gobierno de los jueces, espectro que una y otra vez se agitará frente a cualquier iniciativa que pudiera postular al control judicial difuso.

En Alemania, bajo el régimen de la Constitución de Weimar (1919-1933), a partir de una decisión del Tribunal del Reich del 4 de noviembre de 1925, dictada bajo el fundamento del artículo 102 de la Constitución, los jueces ordinarios aceptaron la verificación de la constitucionalidad formal de las leyes, pero no avanzaron suficientemente por este camino, que, rápidamente, tuvo por respuesta gubernamental la iniciativa de insertar el control de constitucionalidad concentrado en un tribunal –incluyendo la prohibición del control difuso-, pero este impulso no tardó en decaer como consecuencia de los intensos avatares políticos acaecidos en la

²²Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Sarpe, 1984, Madrid.

²³Laboulaye, Edouard, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*. Brachet, Paris: 1866.

²⁴Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos – La experiencia americana del control judicial de constitucionalidad de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2010.

²⁵Tunc, André y Tunc, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de América - Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Imprenta Universitaria, México, 1957.

República de Weimar, durante el último quinquenio de su vida democrática (1928-1933).

Como resumen Favoreu y Mastor: “en Italia, la tentativa hecha después de la guerra de instaurar un control de constitucionalidad difuso, antes de que se instale la Corte Constitucional, se selló con su frustración”. Remitiendo a Mauro Capeletti y Cohen, consideran que ese período “fue dominado por la fuerte resistencia de aquellos que difícilmente se adaptaban a una nueva concepción del derecho y de la justicia” y los jueces ordinarios “realizaron un muy pobre trabajo en cuanto a la interpretación de una Constitución muy programática y muy progresista”. Sin embargo, en la redacción de la Constitución de 1947, la tesis de los partidarios del modelo kelseniano, fue la que terminó por prevalecer.

2) Los motivos de la frustración de la recepción

A – La sacralización de la ley

El mayor reparo a la implantación del control de constitucionalidad, tuvo un origen cultural que resultó del acatamiento –sin discusiones que alcanzaran a erosionarlo– del dogma de la “soberanía de la ley” y, por ende, del legislador. Ese dogma, nacido del pensamiento de Rousseau expresado en “El Contrato Social”, se volvió incontrastable a partir de la Revolución de 1789 y perduró en tal condición todo a lo largo del Siglo XIX, hasta comienzos del Siglo XX.

Parafraseando a Heráclito la ley –que debían defender los ciudadanos– era la muralla ante la que debían estrellarse los intentos de lesionar a los derechos y garantías individuales.

B – La discutible aptitud del juez ordinario europeo para juzgar la constitucionalidad de las leyes

Treinta años atrás Mauro Cappeletti sostuvo que: “los jueces de Europa continental son habitualmente magistrados de ‘carrera’, poco aptos para asegurar la misión del control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos que su función tradicional de ‘meros intérpretes’ y ‘fieles servidores’ de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales y, especialmente, de su núcleo central, que es la Declaración de Derechos Fundamentales o ‘Bill of Rights’, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Ella requiere un enfoque que se conjuga mal con la tradicional ‘debilidad y timidez’ del juez del modelo continental”²⁶.

Si bien Favoreu y Mastor diferencian a los jueces europeos de los jueces norteamericanos afirmando que los primeros son “de carrera” y los segundos “en la mayor parte” de los casos, “elegidos” (manifestaciones que merecerían una mayor precisión), atribuyen a esa generalización el carácter de un “argumento cultural” para contrastar a “(...) las campañas electorales muy mediatizadas (en Estados Unidos) de los candidatos disputando un mandato de juez, están muy alejadas de nuestro modelo de legitimidad meritocrática. Esta modalidad de acceso a la función de juzgar en el seno del Estado está tan profundamente anclada en la cultura americana como tan perfectamente extraña parece a la tradición francesa”²⁷.

Los autores citados cierran su argumentación afirmando que: “(...) el magistrado de carrera, especialmente en Alemania, Italia, Francia, España y Grecia, no ha estado jamás al abrigo de depuraciones y otras medidas coercitivas durante periodos

²⁶Cappeletti, Mauro, *Necesité et légitimité de la justice constitutionnelle*, en Favoreu, L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droitsfondementaux*, Economique et PUAM, 1987, pág. 461, citado en Favoreu, Louis, op. cit. en nota 7, pág. 23.

²⁷Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, pág. 11. Traducción del autor.

excepcionales. De allí que la creencia o sospecha de la ausencia de independencia, sea una forma de desconfianza popular sobre la judicatura”²⁸.

C– La ausencia de unidad de jurisdicción

Puede añadirse a los argumentos el hecho de que la dualidad o pluralidad de jurisdicciones constituye un factor de fracaso de la recepción del sistema de control judicial difuso que funciona en los sistemas caracterizados por la unidad de jurisdicción. “Los Estados Unidos –afirman Favoreu y Mastor- y la mayor parte de los países del *commonlaw* no conocen la separación del contencioso, en consecuencia, la dimensión constitucional puede emerger en todos los procesos, sin necesidad de un tratamiento aparte. Aunque fuera difusa, la jurisdicción constitucional se sitúa dentro de un aparato jurisdiccional único, encabezado por una sola Corte Suprema, o sea concentrada en las manos de una jurisdicción constitucional única”²⁹, afirmación, que los citados autores recuerdan, debe ser matizada para su exacta comprensión³⁰.

²⁸Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, pág. 11. Traducción del autor.

²⁹Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, pág. 12. Traducción del autor.

³⁰“La clásica información según la cual los países anglosajones no conocen la división de contenciosos merece ser matizada. Es verdad que la gran distinción que en los Estados Unidos vale, no es aquella que se da entre el orden judicial y el administrativo, sino entre las jurisdicciones federal y la estadual (Zoller, 2001), como así también que en el organigrama inglés lo es la distinción entre las cortes superiores y las inferiores. La proximidad con el justiciable es un criterio más relevante que aquel de la especialización por materia. Es porque la justicia es la “primera deuda de la soberanía”, según la expresión de Portalis y fundamento mismo del célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1803, que hace que ella se ejerza lo más cerca de los justiciables. Proximidad de la cual los jueces de paz del Reino Unido o los jurados populares de los Estados Unidos son sus símbolos. Sin perder de vista jamás esta primera función de la justicia, los sistemas de derecho anglo sajón han

En efecto, tras repasar las características de la organización judicial de los países anglosajones expuesta en la anterior nota al pie, Favoreu y Mastor destacan el caso especial de Grecia, en el cual coexisten, en un entramado armónico, el control concentrado difuso y la pluralidad de jurisdicciones³¹.

desarrollado también la especialización. Esto se observa en el Reino Unido en el seno de las cortes superiores existentes con la creación de salas o divisiones especializadas (por no dar más que un ejemplo, la High Court of Justice está dividida en tres salas en las que se distribuye el contencioso: la Queen's Bench Division, la Chancery Division y la Family Division. A ellas deben agregarse las formaciones especializadas que son la Admiralty Court, la Commercial Court y la Technology and Construction Court). Tendencia a la especialización, acentuada por la creación, en 2007, de una verdadera jurisdicción administrativa (Tribunales, Courts and Enforcement Act).

La evolución es un poco diferente en los Estados Unidos donde el acento se ha puesto sobre el desarrollo de la aptitud, antes que de la especialización. Existen allí jurisdicciones especializadas –dotadas de un estatuto legislativo (no constitucional), tales como la US Tax Court, la Court of Claims o la US Court of International Trade-, en las que las decisiones pueden apelarse ante las jurisdicciones de derecho común. Pero el criterio de la especialización se inmiscuye en el sistema judicial sobre todo a través del recurso a los expertos. El carácter acusatorio del proceso y el régimen de pruebas hacen que sean las partes y no el juez quienes conducen en realidad el proceso. Los abogados de la defensa y de la acusación libran una áspera batalla, en la que el recurso a la Constitución es una de las claves de la victoria (Duffy et Mastor, 2014). Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, págs. 12 y 13. Traducción del autor. Los autores citados mencionan en el texto de esta nota a las obras de Zoller, E., *Le droit des États-Unis*, PUF coll. "Que sais-je", 2001 y Duffy, A. et Mastor W., *Regardscroisés sur le procèsau-delà des frontières*, Dalloz, Coll. "Thèmes et commentaires", 2014, pp. 71-91.

³¹Al margen del grupo de países dominados por el Common law, Grecia es una excepción. El artículo 87-2 de la Constitución de 1975 comienza por subrayar que "en el ejercicio de sus funciones los magistrados están sujetos solamente a la Constitución y a las leyes; ellos no están obligados, en ningún caso, a aplicar las disposiciones adoptadas en violación de la Constitución". El artículo 93-4 proclama también que "los tribunales están obligados a no aplicar una ley cuando su contenido es contrario a la Constitución". Tanto los tribunales administrativos (encabezados por el Consejo de Estado) como los tribunales judiciales (encabezados por la Corte de Casación), el Tribunal de Cuentas y los otros

D -Rigidez insuficiente de la Constitución

Fue también una de las causas del rechazo del modelo estadounidense por algunos países europeos durante el período de entreguerras. Para Favoreu y Mastor esto ha sido muy bien explicado para la Francia de la III^o República por Raymond Carré de Malberg en *La loi, expression de la volonté générale*, cuando afirmó que “en América, la decisión judicial que declara una ley inconstitucional tiene por efecto elevar, contra la voluntad de la legislatura a la cual se opone, una barrera que resulta para ella infranqueable, dado que la legislatura es impotente –por sí sola- para modificar la Constitución... Entre nosotros, al contrario, el Parlamento si se tropezase con una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad podría, sin gran dificultad, imponerse frente a esa resistencia: las mayorías parlamentarias que han adoptado la ley paralizada por una sentencia de la autoridad judicial, para hacer prevalecer su voluntad, no tendrían más que confirmar en Asamblea Nacional o, de tener prisa por hacerlo, emplear la simple vía legislativa...En esas condiciones, es probable que (la autoridad) judicial dudaría mucho antes de

tribunales no están exentos de las reglas precedentes, pueden ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y, si es preciso, declarar de oficio su inconstitucionalidad, durante el trámite de un proceso civil, penal o administrativo. Si la cuestión llega hasta las jurisdicciones supremas, podrían darse posturas divergentes en la interpretación de una norma constitucional. Para resolver estos conflictos la Constitución ha previsto un Tribunal Especial Superior (art. 100), cuyas atribuciones, curiosamente, se acercan a las de un tribunal constitucional: él es competente en materia de contencioso electoral (elecciones legislativas, referéndums, incompatibilidades y remoción de los diputados) y de resolución de conflictos, con una suerte de rol de armonización de jurisprudencias en materia de constitucionalidad. Es necesario destacar que, para el ejercicio de esta atribución, dicho tribunal debe integrarse con profesores de derecho designados por sorteo.

pronunciarse por el rechazo de la aplicación de las leyes por causa de la inconstitucionalidad”³².

Se puede remarcar que en la Alemania de Weimar las leyes, con una mayoría especial, podían “derogar materialmente” el texto constitucional en detrimento de la protección de los derechos fundamentales (art. 76 de la Constitución de Weimar).

IV La creación de los primeros Tribunales Constitucionales

1. La Primera Posguerra en Europa Central

En la Primera Guerra Mundial la mayoría de los principales países europeos se despedazaron entre ellos. Europa, en su conjunto, vista hasta entonces como un altivo, presumido e inalcanzable faro del progreso mundial, ya no podía ser la misma. Cuatro años de batallas erosionaron para siempre a aquella Europa que, orgullosa, confiada y rica, había pretendido, desde mucho tiempo atrás, llevar una “misión civilizadora” a otros pueblos ajenos al Continente, cuyo valor, con razón, era puesto ahora en tela de juicio.

La primera posguerra del Siglo XX muestra sumamente desgastados a los países europeos, calificación que puede alcanzar tanto a los vencedores, como a los vencidos. Desgaste que no solo ponía a la vista las pérdidas humanas y materiales –cuya reparación reclamaban los ganadores a los perdedores- sino también al valor de las normas jurídicas y la seguridad que hasta entonces inspiraban y que el conflicto situó desde entonces y hasta nuestros días en el sinuoso camino de la “emergencia”³³.

³² Citado en Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, pág. 14. Traducción del autor.

³³Sarrabayrouse, Eugenio C., *El Derecho penal de la Revolución Bávara de 1918/19 - ¿Características aisladas o propiedades de un modelo que aún hoy se aplica?*,

En términos generales también las sociedades –con problemas contenidos por el Gran Conflicto- sufrieron el larguísimo sacudón de la guerra. Mientras los varones estaban en el frente de la guerra, las mujeres sumaron a sus tareas el trabajo en las fábricas. No tardarían mucho en los años posteriores en alcanzar el derecho de votar y participar más activamente en la vida política. También ganaron terreno los sindicatos que, al igual que la clase a la que representaban y desoyendo el llamado del pacifismo y del internacionalismo, colaboraron activamente con el esfuerzo bélico de sus países, generando un vínculo hasta entonces tan inusual, como intenso, con los políticos, el ejército y las fuerzas económicas de sus propios países. La bandera de la justicia social se sumaba a las de la soberanía, la democracia y el mercado. La creación por el Tratado de Versalles de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), correspondía a la nueva realidad.

Los años de conflicto y carestía, cuando la esperanza de una rápida victoria se había desvanecido en todos los participantes, dieron

Hammurabi, Buenos Aires, 2010. Entre otros datos que sirven para identificar el fenómeno y verificar su permanencia, el autor citado afirma que: “(...) muchas de las características encontradas en el Derecho penal alemán de la Primera Guerra Mundial y de la Revolución de Noviembre en Baviera están presentes aún hoy, *en nuestro sistema*: normas penales en blanco, dependencia del Derecho administrativo, expansión a todos los ámbitos de la vida social, simplificaciones procesales para descargar las tareas que esa propagación genera, tipos penales redactados con cláusulas cada vez más vagas, generales e imprecisas, pretensión de defensa ante nuevos peligros, derecho penal simbólico, manipulación política de la administración de justicia” (p.94). El autor recuerda que poco después del estallido del conflicto bélico, el Reichstag habilitó al Poder Ejecutivo del Imperio para que adoptara “medidas legislativas” para subsanar perjuicios económicos producidos durante la guerra. “Con la designación de ‘medidas legislativas’ – prosigue Sarrabayrouse- se distinguieron las reglas dictadas por la administración de las leyes propiamente dichas, dictadas por el Poder Legislativo. Durante la Primera Guerra Mundial el ejecutivo alemán dictó ochocientos veinticinco de estas ‘medidas’” (págs. 77/8).

lugar a nuevas ilusiones que nutrirían las demandas –la mayor parte de ellas justificadas- de la posguerra.

La “autodeterminación de los pueblos”³⁴, proclamada como principio durante la guerra por quienes resultaron vencedores ¿Alcanzaría de la misma forma a árabes y a bálticos? ¿A armenios y a kurdos?, ¿A corsos y a bretones? ¿A polacos e irlandeses? Un valioso e indiscutido principio era el emblema compartido por muchas ilusiones, algunas destinadas a configurar unidades, otras, separatismos, varias de ellas, controversiales.

Los cuatro años de la extensa y embrutecedora guerra, habían sido precedidos por cuatro largas décadas (1871-1914) de “Paz Armada”. Las nuevas ideas posbélicas lógicamente, al proponerse “poner fin a todas las guerras”, hablaban de pacifismo, desarme y de una Sociedad de Naciones, como un espacio donde la Comunidad Internacional encauzaría los conflictos sin violencia y promovería la cooperación entre los Estados.

La posguerra en Europa Central sumaba a esos rasgos generales otros particulares. Habían caído cuatro de los imperios que preexistieron al conflicto: El Imperio Ruso, el Imperio Alemán, el Imperio Austro-Húngaro y el Imperio Otomano. Con ellos caían muchas cosas, entre ellas, el orden europeo que el Congreso de Viena (1814-1815) había establecido para clausurar dos décadas de guerras napoleónicas.

Antiguas y consolidadas autocracias darán paso a nuevos, aunque condicionados, intentos de renovación.

³⁴ Es actualmente uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas (Art. 1. 3. de la Carta de las Naciones Unidas).

Para concentrarnos en Europa Central dejaremos de lado tanto a Rusia, donde el asalto del poder de los soviets estableció –en medio de una cruenta guerra civil- la expropiación sin indemnización de los medios de producción económica, el repudio de la deuda exterior del zarismo y la dictadura del proletariado, encabezada, de acuerdo con los dogmas del marxismo-leninismo, por su vanguardia partidaria, como al Imperio Otomano que, reducido a las dimensiones de la actual Turquía por la avidez de británicos y franceses y los reclamos de pueblos que, por las riquezas de sus subsuelos o su importancia estratégica, no pudieron “autodeterminarse”, se encaminaba, con las férreas riendas de Mustafá Kemal, a un proceso de secularización y modernización, no carente de rasgos autoritarios.

En los países de Europa Central, urgidos por la necesidad de darse una organización institucional que suplantara a los antiguos imperios, no eran pocas las cuestiones que debían atenderse.

En primer lugar, las responsabilidades por la promoción y participación en un sangriento conflicto, en el que habían sido derrotados. Sin duda que alguna respuesta tendrían que haber dado quienes estuvieron a cargo de la conducción política de las relaciones exteriores y de las operaciones bélicas. También las fuerzas económicas que alentaron el conflicto y que, posiblemente, se beneficiaron con él.

A ello hay que sumar el temor al bolchevismo. Los rasgos novedosos que presentaba la Revolución Rusa, con sus medidas económicas y sociales de fuerte intensidad y crudeza; el establecimiento de la Dictadura del Proletariado y los anuncios de una Revolución Internacional y Permanente, generaron una profunda preocupación, no sólo entre los sectores mencionados en el párrafo anterior, sino también en las fuerzas democráticas (católicas, protestantes, liberales, demócratas y socialistas), con simpatizantes en

todas las clases sociales, que eran mayoritarias en Alemania, Polonia, Hungría, Austria y Checoeslovaquia.

Este temor tenía muchos incentivos. Para empezar, la difusión directa e inmediata de los cercanos sucesos de Rusia no podía ser más alarmante, porque cotidianamente aludía a la persecución estatal a las antiguas clases poseedoras, despojadas de su libertad y de sus bienes en forma coactiva y sin reparación. Basta mencionar el impacto que debe haber provocado el fusilamiento de Nicolás II y su familia el 17 de julio de 1918, como así también que, a duras penas, la fuerza bolchevique (El Ejército Rojo), recién pudo ser detenida, en forma cruenta, en las proximidades de Varsovia en agosto de 1920.

Tampoco cabe descartar a la presencia de organizaciones políticas, algunas de ellas armadas, afines al bolchevismo en cada uno de estos Estados. Siempre minoritarias –como en Rusia- y con pocos reparos institucionales para imponer, incluso violentamente, sus ideas políticas al resto de la sociedad³⁵. No eran pocos los que pensaban en esta época que estas fuerzas podían alcanzar –aunque fuera momentáneamente- la mayoría en los parlamentos y aprobar, sin ningún control, leyes de contenido económico y social contrarias a los principios constitucionales.

Finalmente, y estas palabras valen tanto para la Alemania de Weimar, Austria, Checoeslovaquia, en la década de 1920, como para la Segunda República Española, diez años después, debe reconocerse el valioso esfuerzo de corrientes políticas modernizadoras que, en un tiempo de aturdimiento e incompreensión, del que fueron ajenas y que recibieron sin beneficio de inventario, coincidieron en armonizar los

³⁵ Así sucedió en Hungría entre marzo y agosto de 1919, con el gobierno marxista de Bela Kun. También en Baviera se formó un Gobierno de Consejos, de orientación izquierdista entre noviembre de 1918 y mayo de 1919,

ideales liberales con las aspiraciones de justicia social, empezando por el valor de la dignidad humana. Ello, dentro del marco de normas constitucionales originales e innovadoras que, a la par de establecer un gobierno representativo, parlamentario y democrático, se nutrían del pluralismo, la deliberación y el diálogo, no solamente como instrumentos valiosos en sí mismos, sino también necesarios para el progreso de la sociedad.

Todos ellos enarbolaron, prematuramente en los hechos, a la idea de la democracia constitucional como vía hacia una sociedad más justa y como única alternativa viable frente a una revolución violenta o una tiranía reaccionaria.

2) El proceso constituyente en la República de Austria. De octubre de 1918 a octubre de 1920

A) El inicio del proceso constituyente

En el tiempo que corre entre octubre y noviembre de 1918 estaba claro que las exhaustas potencias centrales de la Triple Alianza: El Imperio Alemán y el Imperio Austro-Húngaro, habían sido derrotadas en la Primera Guerra Mundial.

Con la renuncia del Emperador Carlos I el 11 de noviembre de 1918, cesaba en sus funciones el último monarca de la dinastía Habsburgo, que, sin interrupciones había reinado en Austria desde 1273.

De la consecuente disolución del Imperio Austro-Húngaro, se derivaron dos naciones, Austria y Hungría, dos creaciones: Checoslovaquia y Yugoslavia y tres devoluciones: Galitzia a Polonia, Transilvania a Rumania y el Trentino a Italia.

El Tratado de Saint Germain-en-Laye 10-IX-1919³⁶, además de concordar algunas de estas decisiones territoriales, reconoció que la porción del antiguo Imperio Austro-Húngaro de habla alemana de mayor homogeneidad, pasara a ser la República de Austria³⁷, que por expresa disposición contenida en el Tratado de Versalles no podía unirse a Alemania.

Paralelamente, desde el punto de vista institucional comenzaba a organizarse la nueva república. El 30 de octubre de 1918, una Asamblea Provisoria, conformada por 210 diputados de nacionalidad alemana del antiguo Reichsrat (Consejo Imperial), funda al nuevo Estado. La misma Asamblea, el 12 de noviembre de 1918, proclama la República.

En lo que concierne a este trabajo, cabe destacar que el 25 de enero de 1919 la Asamblea Provisoria, crea el Tribunal Constitucional. La novedad solamente era el nombre (*Verfassungsgerichtshof*), porque quedó integrado por los ocho jueces de habla alemana del antiguo Tribunal Imperial y, más importante, no se le atribuyó el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes.

El 16 febrero de 1919 se realizaron las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente. De un total de 170 escaños en discusión, el Partido Social Demócrata, cuyo liderazgo correspondía a Karl Renner, tuvo el 40,8% de los votos, que le otorgaron 72 bancas en la Asamblea y fue seguido muy de cerca -anunciando un claro

³⁶ Se trata del tratado de paz, coetáneo con el Tratado de Versalles, firmado entre Austria y las potencias vencedoras.

³⁷ De los cincuenta millones de habitantes que el Imperio tenía en 1914, solamente 13 millones eran de "habla alemana". Su heterogénea distribución en el territorio hizo que, tras la guerra, poco más de la mitad de ellos integrasen la República de Austria.

bipartidismo- por el Partido Social Cristiano (conducido por Michael Mayr), que tuvo el 35,9% y 69 bancas en la Asamblea. Muy detrás quedaba un partido nacionalista con 8 representantes.

Los partidos con mayor cantidad de votos formaron un gobierno de coalición, encabezado por Renner y secundado por Mayr, cuyos objetivos eran la elaboración de la Constitución de Austria y afrontar las negociaciones que concluyeron con el Tratado de Saint Germain.

Estas negociaciones constituyeron la mayor preocupación de ambos políticos y de los partidos que dirigían que fijaron los puntos a los que atribuían importancia esencial. Para los Socialdemócratas: era indispensable el establecimiento de una república parlamentaria, otorgando un rol primordial a los partidos políticos, a ello añadían la necesidad de fortalecer al poder central en el sistema federal. En el caso de los Social Cristianos, era decisivo asegurar la autonomía de los Länder en el sistema federal y garantizar las relaciones armónicas entre la Iglesia y el Estado, que comprendían a la enseñanza religiosa en las escuelas.

Una vez reunida, la Asamblea Nacional Constituyente dictó una Ley, del 14 de marzo de 1919, que estableció un control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional sobre los proyectos de ley aprobados en los Länder. Esta institución –poco utilizada- fue la base para incorporar el control concentrado en la futura Constitución de Austria.

También la Asamblea Nacional Constituyente aprobó, el 3 de abril de 1919, una ley por la cual aumentó a catorce –incluidos el Presidente y el Vicepresidente- el número de jueces del Tribunal Constitucional.

En estas iniciativas y en el trámite constituyente posterior tuvo una participación fundamental un jurista de 38 años, cercano a Karl Renner, aunque había cumplido funciones relevantes en el Gobierno Imperial en los últimos años de la guerra, Hans Kelsen.

B - Las ideas de Kelsen sobre el control de constitucionalidad

Nacido en Praga en 1881, tres años después su familia se instaló definitivamente en Viena, capital del Imperio Austro-Húngaro. Hans Kelsen fue un producto de esa brillante capital imperial, y tuvo su formación intelectual –fines del Siglo XIX y principios del siglo XX- en el período en el que Viena –una de las capitales europeas, situada también entre las capitales mundiales- vivía su momento de máximo esplendor. No era por cierto el mejor momento del Imperio –una extensa amalgama que, de Bohemia a los Balcanes y del Tirol hasta Ucrania, comprendía decenas de pueblos e idiomas diferentes- que llevaba –al menos- cuarenta años de decadencia en los que la hegemonía de quienes tenían al alemán por lengua materna –la cuarta parte de sus habitantes- iba desapareciendo gradualmente.

El brillo de Viena no estaba solo en los palacios, los paseos, los templos y los teatros, era una ciudad, que, a pesar de ser conservadora y antisemita, vio nacer a muchos de los cambios del Siglo XX. Lo atestiguan los nombres de varios referentes de la cultura, en sus más diversas ramas, que, en ese tiempo, convivieron allí: Sigmund Freud, Ludwig Wittgenstein, Martin Buber, Gustav Klimt, Stefan Zweig, Ludwig Von Mises, Joseph Schumpeter, Gustav Mahler, Arnold Schönberg. Hans Kelsen, jurista en cuyo derredor comenzaba a formarse la “Escuela de Viena”, no era ajeno a esta pléyade.

Cuidado, tampoco puede olvidarse que, a su manera, también allí se formó un vagabundo que, posiblemente, en su deambular por la capital, se habrá cruzado con varios de ellos: Adolf Hitler.

Luego de esta introducción sinteticemos el pensamiento de Hans Kelsen sobre el control de constitucionalidad de las leyes, durante el desarrollo del proceso constituyente de la República de Austria.

Es pertinente aclarar que fue Kelsen quien teorizó sobre los rasgos, las virtudes y bondades del sistema del control judicial concentrado, a partir de su experiencia de constituyente, legislador y juez constitucional en Austria, cuando publicó en 1928: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*.³⁸³⁹

A partir de esta referencia cabe recordar que en Austria, en 1920 había acuerdo entre los partidos principales representados en la Asamblea Nacional Constituyente (los Socialdemócratas y el partido Social Cristiano) en el sentido de que Austria debía organizarse como un Estado Federal, en cuyo caso las normas constitucionales debían regular la distribución de competencias entre el Gobierno Central y los Länder. A ello añadía Kelsen que la noción de Constitución debe ser entendida en un sentido amplio, pues “las Constituciones

³⁸ Hay una versión del texto en español publicada por la Universidad Autónoma de México en el año 2001 (Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán).

³⁹ Esta publicación tiene dos antecedentes relevantes. El primero de ellos, fue la intervención que le cupo en el quinto encuentro de la Asociación de profesores alemanes de Derecho Público celebrado en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928. Esa intervención llevó a que Charles Eisenmann, uno de sus discípulos, suizo de nacionalidad, publicara *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, París 1928. A este texto siguió la publicación de Kelsen.

modernas contienen no sólo las reglas sobre los órganos y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales...La Constitución no es entonces una regla de procedimiento, sino también una regla de fondo”⁴⁰.

Lógicamente que la generalidad de los textos normativos y la diversidad de los supuestos en los que debían aplicarse darían lugar a divergencias en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, habría, en consecuencia, diversas posturas –muchas veces opuestas, para solucionar esos conflictos, que indudablemente, son conflictos de derecho.

Como ocurre con los demás conflictos de derecho, Kelsen postula que los conflictos cuya decisión requiera de la interpretación y aplicación de normas constitucionales sean resueltos por órganos judiciales.

Para Kelsen es claro que la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes únicamente puede hallarse garantizada cuando un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo verificar si una ley es constitucional, y la potestad de anularla cuando –de acuerdo con la opinión de ese órgano- sea inconstitucional.

Cuando Kelsen habla de un “órgano distinto”, claramente se está refiriendo a que la tarea de controlar no puede encomendarse a quienes participan en el proceso legislativo.

En cuanto a los alcances de la decisión del órgano de control, una vez comprobada la inconstitucionalidad, la anulación de un acto

⁴⁰ Kelsen, Hans, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*”, *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'étranger*, p. 226. Citado por Favoreu, L., Mastor W., op. cit. en nota 21, pág. 16.

inconstitucional es, para Kelsen, la garantía principal y más eficaz de la Constitución.

El jurista vienés tuvo presente que esto podría comprometer la vigencia del principio de separación de poderes, porque tanto sancionar una ley, como anularla, son actos de carácter general, con efectos erga omnes, propios de una decisión legislativa.

Para superar esa objeción Kelsen distingue a dos clases de legisladores. Por un lado, aquel que participa en el proceso de creación de una ley, en el cual aplica la Constitución para elaborar una nueva norma. Sus posibilidades de creación –dentro del marco constitucional- son amplísimas. No ocurre lo mismo, por otra parte, cuando se trata de anular una ley que ha sido aprobada. Para Kelsen esta potestad de anulación presupone la existencia de una norma que condiciona la anulación y ello implica que quien anula sólo puede anular esa creación, sin hacer ningún agregado, porque actúa – aplicando una denominación que caracteriza a la teoría kelseniana del control concentrado de constitucionalidad- como un “legislador negativo”.

Este pensamiento es el que predominó al aprobarse la Constitución de Austria el 1° de octubre de 1920. En ella se estableció el control de constitucionalidad concentrado a cargo del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), regulado en el Título VI de la Constitución. El artículo 140, que regula el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal, estableció:

“Art. 140. 1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de los länder a instancia del gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia del Gobierno de un land, así como de oficio en la medida

en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

2. El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de land o federal.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller Federal o al correspondiente presidente del land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.

4. Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional”.

Se ven claramente en el texto citado los rasgos esenciales del pensamiento kelseniano en la materia: La atribución con exclusividad del control de constitucionalidad de las leyes (federales o locales) a un órgano constitucional distinto de los que participan en su aprobación y la actuación del Tribunal Constitucional como un “legislador negativo”, al anular la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*.

Pero no habría que limitar a la argumentación de Kelsen solamente a estos aspectos, sino encuadrarla dentro de la concepción de la democracia representativa con los partidos políticos, como actores de la mayor relevancia en el proceso de gobierno, que esbozó el jurista vienés. En efecto poco tiempo después Hans Kelsen (1930) publicó «Esencia y Valor de la Democracia», donde señaló que no se

trata solamente de dar un remedio judicial a los conflictos constitucionales, sino que el control judicial de constitucionalidad de las leyes se encamina a garantizar la regularidad de funciones estatales que se van democratizando.

Según el pensamiento de Kelsen frente a los diversos ataques que se dirigen contra la república democrática, esta forma de Estado no tiene mejor remedio para defenderse que organizar todas las garantías posibles de regularidad de las funciones estatales. Cuanto más se democraticen éstas, más debe reforzarse el control. La justicia constitucional debe apreciarse también desde este punto de vista.

Como contrapartida a las posturas que, como Carl Schmitt, alentaban al decisionismo por unánime aclamación, Kelsen afirma la necesidad de que se respeten los compromisos que se formulan en un parlamento de representación plural. Tan necesario para la democracia como es que la mayoría decida, es que lo haga únicamente dentro de las posibilidades que da la Constitución y que se permita a las minorías acceder a una instancia de control independiente –un órgano jurisdiccional especial- para que se verifique si ello ha sucedido y, de no ser así, anule lo decidido en forma contraria a lo establecido por la Constitución⁴¹.

Ese es entonces –en términos de un debate que es muy actual- el equilibrio entre democracia y libertades, propio del Estado Constitucional de Derecho, que armoniza, por medio del control, a la realización de la voluntad de la mayoría y la vigencia de los derechos de las minorías.

El 13 de julio de 1921 fue promulgada la Ley del Tribunal Constitucional. En los hechos se mantuvo la continuidad de los jueces

⁴¹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México, 2005.

de habla alemana que integraban el antiguo Tribunal Imperial y se sumaron nuevos magistrados con carácter vitalicio, entre ellos Hans Kelsen, que renunció en 1930, disconforme con la reforma de su integración, en 1929 juzgando, con acierto que se volvería al Tribunal Constitucional más dependiente de los poderes políticos, en especial del partido gobernante. El Tribunal se conformó con el Presidente, el Vicepresidente, doce magistrados vitalicios titulares y seis suplentes.

En 1929 se incorpora el control concreto, habilitando al Tribunal Supremo o al Tribunal Administrativo para solicitar la intervención del Tribunal Constitucional, frente al planteo de una cuestión de inconstitucionalidad en un caso judicial.

Los giros de la Historia hicieron que del optimismo de los años 20 se pasara a la acritud de los años 30. En un proceso parecido a los últimos años de la República de Weimar, se produce en Austria un proceso de concentración del poder en favor del Canciller Engelbert Dollfuss, que comienza a ejercer funciones legislativas mediante decretos de necesidad. Ante los planteos de inconstitucionalidad de estas normas y la posibilidad de una sentencia adversa del Tribunal Constitucional, el Gobierno, por medio de otro decreto de necesidad terminó por “desactivar”, en la práctica el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Un golpe de estado en 1934, canceló la democracia parlamentaria en Austria y, con ella al Tribunal Constitucional. Anexada por Alemania en 1938 Austria seguiría la suerte del Tercer Reich en la Segunda Guerra Mundial hasta la derrota en 1945⁴².

⁴² La reseña de estas frustraciones de los años treinta debe completarse con una mención del Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, creado el 29 de febrero de 1920, es decir, con anterioridad a la creación del Tribunal Constitucional austríaco. Cargado de esperanzas en el texto constitucional, las ilusiones comenzaron a desvanecerse con una ley orgánica restrictiva. Constituido en 1921,

V. La Segunda Posguerra

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el mundo no era –ni de lejos- el mismo que había sido con anterioridad al conflicto. Las dos dictaduras europeas que formaban el «Eje» (Alemania e Italia), derrotadas por completo en la guerra, se organizaron como repúblicas parlamentarias y, sin discusiones innecesarias, establecieron el control de constitucionalidad de las leyes, judicial concentrado a cargo de Tribunales Constitucionales.

En Italia la Constitución Republicana de 1947, en la Parte Orgánica, Título VI, de las Garantías Constitucionales, Sección I, instauró y reguló a la Corte Constitucional.

Cabe tener presentes, en este caso, tres datos curiosos: Primero, no había antecedentes. Segundo no hubo discusiones en la Asamblea Constituyente, porque se tuvieron en mente los ricos debates que hubo en la materia durante la República de Weimar. El tercer dato, que demuestra que el camino no era tan llano, es que recién comenzó a funcionar en 1956, cuando se destrabó el conflicto

su primera integración se mantuvo hasta 1931, prácticamente en la inactividad, al no ser instado por los legitimados para solicitar su convocatoria. Solamente en 1922 dictó una sentencia que fue mal recibida por los poderes políticos. Vencido el mandato de los primeros integrantes en 1931, sus reemplazantes no fueron designados, situación que se mantuvo tras el desmantelamiento de la República Checoslovaca en los años 1938/9 que siguió las vicisitudes del Tercer Reich hasta 1945.

Otra gran frustración de la época fue el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española, creado en 1931 y constituido en octubre de 1933, presentó serios defectos en su integración -26 vocales- y se vio comprometido en las permanentes discusiones políticas del momento, restándole legitimidad a su actuación. Concluyó en 1939 con la derrota de la República en la Guerra Civil y el fin de las instituciones democráticas.

que había por los bloqueos parlamentarios que impedían las decisiones sobre su integración.

En Alemania Occidental la Ley Fundamental de Bonn, aprobada en 1949, encomendó el control de constitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional Federal, cuya sede –alejada del asiento de otros poderes del Estado- se mantiene hasta la actualidad en la ciudad de Karlsruhe, donde viene funcionando ininterrumpidamente desde 1951. Posiblemente, por su prestigio el Tribunal Constitucional Federal Alemán ocupa un lugar de preeminencia entre los Tribunales Constitucionales.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea Nacional reunida en Austria, en diciembre de 1945, declara vigente el Derecho Constitucional que regía hasta el 5 de marzo de 1933. Esto significa que el Tribunal Constitucional revive y vuelve a regirse por las normas de la Constitución de 1920, con las reformas de 1925 y 1929. En 1953 se aprueba la Ley Orgánica, que sustituye a la ley de 1921 y que, con varias modificaciones, actualmente está vigente.

Entre las novedades de la Constitución de la Vta. República Francesa, de octubre de 1958, está la creación del Consejo Constitucional, que sustituyó al opaco Comité Constitucional, establecido en la Constitución de 1946. Fue un paso importante en un sistema político reacio al control de la constitucionalidad de las leyes. El funcionamiento del Consejo Constitucional, a lo largo de un proceso evolutivo gradual marcado con hitos jurisprudenciales y encuadrado en reformas constitucionales, ha llevado al algunos autores, con comprensible entusiasmo, a situar al Consejo

Constitucional francés entre los Tribunales Constitucionales europeos⁴³⁴⁴.

VI. El último tercio del siglo XX

Dos países, tras largos períodos de dictaduras, aprobaron constituciones democráticas. En efecto, una monarquía, España, con la Constitución de 1978⁴⁵, y una república, Portugal, con la Constitución de 1976, en especial tras la reforma de 1982, establecieron Tribunales Constitucionales. Bélgica se sumó al club en 1980.

VII. El apogeo de la creación de Tribunales Constitucionales. La caída del Muro de Berlín (1989) y la descolonización

Una nueva oleada en el Este de Europa se produjo a partir de la década de 1990, tras la caída del Muro de Berlín. Desde entonces en Europa se han establecido Tribunales Constitucionales en: Andorra, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumania, Rusia, Moldavia, Bosnia –Herzegovina, Croacia, Ucrania y Belarús.

Fuera de Europa, cabe mencionar en América la creación de Tribunales Constitucionales en Guatemala, Perú, Colombia, Chile, Bolivia y de Salas Constitucionales en los tribunales supremos de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

⁴³ Favoreu, L., Mastor, W., op. cit. en la nota 21.

⁴⁴ Esta reseña quedaría incompleta si omitiéramos a los tribunales constitucionales creados por la Constitución de Turquía de 1961 y la de Yugoslavia de 1963.

⁴⁵ El Tribunal Constitucional Español comenzó a funcionar el 12 de julio de 1980, su primer presidente fue Manuel García Pelayo.

El contagio también se dio en Asia: Corea del Sur, Tailandia, Armenia, Kazajstán, Azerbaiján, Indonesia, Líbano, etc. y en África: Sudáfrica, Gabón, Senegal, Marruecos, Líbano, Mauritania, Argelia (Consejos Constitucionales), Angola, Cabo Verde, Egipto, etc.

Sin embargo, semejante expansión territorial del sistema de control judicial merece alguna reflexión.

Hemos visto con detalle las dificultades que tuvieron los Tribunales Constitucionales en Europa, en la primera mitad del Siglo XX y las razones que llevaron a que –en algunos países europeos– arraigaran con firmeza en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial.

En otros casos es necesario un examen minucioso de las razones que llevaron a su implantación. No es suficiente con la incorporación normativa fundada sólo en la imitación de un modelo que ha sido exitoso en otras latitudes. El control concentrado exige un estudio profundo acerca de la idea que se tiene en ese país de la Constitución; de la interpretación constitucional; del control de constitucionalidad; de la separación de poderes y de los derechos y las garantías. Las conclusiones de ese estudio son las que servirán para fundar debidamente la inserción de un Tribunal Constitucional en un sistema político determinado y advertir los riesgos de dar un paso que puede ser, a todas luces, imprudente.

VIII. Los tiempos actuales. La crisis de 2008 y sus efectos

Si una visión muy optimista después de la caída del Muro de Berlín y del sistema soviético, entre 1989 y los primeros años de la década de 1990, aventuró que podíamos encontrarnos en el “Fin de la Historia”, el ataque a las Torres Gemelas en septiembre de 2001 y la crisis financiera global que comenzó en septiembre de 2008

demonstraron que la Historia seguía muy vigorosa y que el Mundo, en los nuevos tiempos, volvía a llenarse de conflictos e incertidumbres cuya intensidad –por la cercanía en el tiempo- no puede todavía medirse con precisión.

Concentrándonos en algunos aspectos de la convivencia política, puede observarse que las reglas de la democracia constitucional, hasta entonces claras, firmes y vigorosas, comenzaron a trastabillar, con un traspié tras otro, sin reencontrarse, hasta ahora, con la confianza y seguridad que, con orgullo, exhibían en el pasado.

Cierta analogía –que no deja de ser escalofriante- con los acontecimientos que, con parecida secuencia, se sucedieron en las décadas de 1920 y 1930, parece decirnos que han desaparecido las condiciones institucionales que permitían reconducir los conflictos dentro de un orden superior que se ha puesto en tela de juicio. Episodios como las crisis financieras globales, cuyos causantes, con notoria injusticia, no se ven tan perjudicados como la mayoría de aquellos que –sin haberles dado causa- padecen sus efectos; el aumento geométrico del número de refugiados y migrantes con las consecuencias sociales y políticas –generalmente críticas- que ellos desencadenan en el punto de partida y en el lugar de llegada y los efectos globales de desastres naturales, ecológicos y sanitarios, sirven para poner en evidencia que las personas y aquellos que son sus allegados, desvanecida la eficacia de las instituciones que contribuyen a formar para su resguardo, se topan con la intemperie y las incertidumbres que esta genera, al encontrarse con los límites de un contrato social que se percibe insuficiente.

Las respuestas a estos problemas son disímiles y muchas veces contradictorias, lo que se acentúa por la carencia de liderazgos globales, individuales e institucionales, cimentados en acuerdos.

Lo cierto es que entre las respuestas que no pueden aceptarse –por retrógradas- deben situarse a las soluciones en las que la libertad política no descansa en el pluralismo político y donde la protección jurídica de las minorías sea una ilusión.

Posiblemente, nos encontremos ante una crisis en la cual las instituciones de control constitucional serán parte importante de las soluciones. El control de los órganos de control –como los Tribunales Constitucionales- es una evidencia incontrovertible de los comienzos de un régimen despótico, en el cual órganos concebidos para garantizar las libertades de las personas y proteger a las minorías, se transforman en la vanguardia de la opresión y el autoritarismo. Decenas de ejemplos contemporáneos así lo atestiguan, entre ellos podemos mencionar a Venezuela, Belarús, Rusia, Polonia y Hungría.

IX Regulación constitucional

Entre las muchas cosas que diferencian al control judicial concentrado del control difuso está su regulación positiva –no implícita- en el texto constitucional. Como demostró la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso “Marbury vs. Madison”, el control difuso surge casi con naturalidad del ejercicio de la función judicial de decidir un conflicto (“caso judicial”), conforme a derecho y la atribución inherente a la jurisdicción de “decir” cuál es el derecho que va aplicar (*iuranovit curia*).

En cambio el control concentrado nace de una decisión expresa del constituyente, insertada en el texto de la Constitución. Desde las creaciones de Checoslovaquia y Austria en sus constituciones de 1920, hasta las regulaciones más recientes y

variadas, como las que sucedieron en todos los continentes después de la caída del Muro de Berlín, el establecimiento y la regulación básica de los Tribunales han sido materias que siempre retuvo el poder constituyente.

Se trata de una condición necesaria destinada a asegurar la independencia del Tribunal Constitucional, que correría serios riesgos si su existencia, su funcionamiento y su continuidad quedaran libradas a las decisiones de los órganos cuyos actos debe controlar, tal como puede atestiguarlo la historia de los Tribunales Constitucionales Europeos en la década de 1930. Razón por la cual una prudente regulación constitucional del Tribunal Constitucional debe preservarlo del arbitrio de los poderes constituidos, rara vez interesados en que sus actos puedan ser controlados y, menos aún, dejados sin efecto.

Esa regulación debe comprender:

1) Los rasgos esenciales de su organización:

A - En primer término, la regulación deberá contener la denominación del Tribunal y establecer si forma parte, o no, del Poder Judicial.

B - En cuanto a la composición del Tribunal, deben precisarse en las normas constitucionales:

a) El número de integrantes (en el Derecho Comparado, el número es variable, dieciséis son los jueces en Alemania, quince en Italia, catorce en Austria, doce en España, etc.).

b) Además, deben establecerse los requisitos que deben reunir aquellos que pueden integrar el Tribunal, relativos a la nacionalidad, a su edad, a su título profesional, a sus aptitudes éticas. En cuanto a las profesiones, en general los Tribunales Constitucionales se

caracterizan por la pluralidad de procedencias: magistrados, abogados, funcionarios, profesores universitarios (hay un número elevado de ellos en los Tribunales Constitucionales), con altas exigencias de antigüedad en la actividad profesional.

c) Deben precisarse las autoridades de designación. En general son órganos políticos resultantes de la elección popular. Tratándose de órganos parlamentarios se exigen mayorías agravadas. Hay casos, como Italia y Chile, en los cuales una porción de los integrantes, nunca hegemónica, es nombrada por tribunales judiciales. Con excepciones –como ocurre en Alemania donde son designados por los legisladores de ambas cámaras, o en Perú, por un Congreso unicameral- se intenta combinar las autoridades, tanto de propuesta como de designación, para procurar el equilibrio y evitar la hegemonía de cualquiera de ellas.

d) Asimismo, debe regularse la forma de designación (presentación de ternas, selección fundada de uno de sus integrantes, realización de audiencias públicas y participación ciudadana en ellas). Las normas deberán precisar el momento en que se produce la incorporación del nuevo magistrado al Tribunal.

e) Debe establecerse el plazo de duración en el cargo, la posibilidad de reelección y si esta puede ser, o no, inmediata.

C - A fin de preservar la independencia del Tribunal Constitucional y de sus integrantes, en la Constitución deben establecerse las incompatibilidades que operan como un impedimento para el desempeño de sus miembros (actividad política, gremial, profesional).

D - La Constitución debe también establecer las inmunidades de las que gozan los miembros del Tribunal Constitucional (opinión, arresto,

proceso, etc.) a fin de preservarlos de todo tipo de presión que pudiera afectar su independencia de juicio.

E- Han de contemplarse también deberes específicos de los miembros del tribunal (imparcialidad, guardar reserva sobre el contenido de las causas que tramiten, mantener una conducta decorosa acorde con la importancia de su investidura) y las responsabilidades que podrían derivarse del incumplimiento de esos deberes.

F - Han de preverse también en las reglas constitucionales las circunstancias relativas a la remoción de los integrantes del Tribunal Constitucional (causales de remoción, autoridades de enjuiciamiento, procedimiento que ha de seguirse y efectos de la remoción de un magistrado).

2) Las reglas de funcionamiento:

A - Las normas constitucionales deben regular cuáles son las autoridades del Tribunal Constitucional, quiénes las nombran, cómo es el procedimiento de designación, su duración en la función y sus atribuciones.

B - También deben establecer si su funcionamiento es permanente y continuo, o por períodos, en cuyo caso corresponde precisar, en qué circunstancias y por quién puede ser convocado durante el receso.

C - Asimismo, deberán definir cuándo el Tribunal actúa en pleno y si puede dividirse en salas y secciones. Tratándose de un órgano colegiado es preciso establecer el quórum para que el tribunal o las salas puedan sesionar y las mayorías para resolver, pudiendo preverse, mayorías especiales según la naturaleza de las decisiones que haya que adoptar.

D - Ha de establecerse la publicidad de los actos del Tribunal Constitucional y los supuestos en que su actividad sea reservada. Las normas deberán expedirse acerca de la admisibilidad de publicar los votos particulares y las disidencias de los jueces.

3) Un aspecto esencial de la regulación constitucional del órgano que ejerce el control concentrado, es la determinación de sus competencias.

A - El control de constitucionalidad de las leyes.

Se trata de la razón de ser del establecimiento de un Tribunal Constitucional, su rasgo esencial, definitorio y compartido por todos los Tribunales Constitucionales.

a) En esta materia han de preverse las formas en que el control debe ejercerse, si ha de ser preventivo o reparador, si ha de ser abstracto o concreto.

b) Cada una de las formas de control que se establezcan determinará quiénes están legitimados para solicitarlo. Cuando el control es preventivo, puede ser impuesto en forma obligatoria por la Constitución (como ocurre en Francia con el control de los reglamentos de las cámaras legislativas), o puede ser solicitado por legitimados orgánicos (órganos de los gobiernos, gobiernos locales en los estados federales o unitarios con descentralización, un grupo de legisladores, más o menos numeroso, según se quiera dificultar o facilitar el acceso de las minorías parlamentarias al control preventivo), lo mismo ocurre si el control es abstracto. Cuando el control es reparador, son los órganos jurisdiccionales los encargados de solicitarlo (como ocurre en Austria, Alemania, Italia y España), lo que no excluye, en algunos casos, la solicitud e intervención de las partes en el juicio (España, Italia, Portugal).

c) Vías para practicar el control. Es preciso determinar si el control puede realizarse a partir de una acción autónoma, estableciendo quiénes son los legitimados para interponerla (esto es lo corriente en el control *a priori* y en el control abstracto), o si puede practicarse también por vía de un recurso deducido en una causa judicial en las que es necesario un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de una ley, a los efectos de decidir el caso (lo que sucede en el control concreto y *a posteriori*).

d) Bases del procedimiento del control. Deben establecerse los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de control. La bilateralidad del procedimiento. La actuación del gobierno y su representación. La publicidad de las audiencias. La intervención de “*amicus curiae*”.

Un capítulo especial en este punto es la deliberación de los jueces. Si la discusión debe ser pública, o no. Deberán precisarse también las mayorías ordinarias y especiales para decidir y, en caso de admitirse, los votos particulares y las disidencias.

e) Los efectos de sus decisiones. La obligatoriedad de la declaración de inconstitucionalidad de una ley: sus alcances subjetivos y temporales. La eventual actuación ulterior del legislador.

B - Otras competencias además del control de constitucionalidad. Varios son los rasgos que reúnen estas competencias, no son esenciales, no definen al Tribunal Constitucional, como sí lo hace el control de constitucionalidad, pero son frecuentes, variadas e importantes, a tal punto que algunas de estas competencias adquieren, para las autoridades de designación, un rol de mayor importancia que el control de constitucionalidad, a la hora de elegir a un candidato para la Magistratura Constitucional. Estas competencias, diversamente

poseídas por los Tribunales Constitucionales, hacen a su especificidad.

a) Decidir conflictos de competencias entre órganos del Gobierno Estatal, como ocurre en los sistemas parlamentarios, cuando se discute si una competencia corresponde al legislador o se encuentra en la órbita reservada al Gobierno. Precisamente, el motivo tenido en cuenta en la Constitución de la Vta. República Francesa, de 1958, para crear el Consejo Constitucional e iniciar su largo recorrido, fue contener al Parlamento, para que no avanzara sobre competencias del Gobierno.

b) Decidir conflictos de competencias entre órganos centrales y locales, tanto en estados federales (Austria, Alemania, Bélgica) como en estados unitarios con descentralización regional (España, Portugal, Italia).

c) Resolver Tutelas (Colombia), Amparos (España), Reclamaciones de inconstitucionalidad (Alemania), que tienen lugar cuando un particular acude directamente al Tribunal Constitucional, frente a decisiones de los más altos órganos del Estado (incluidos el Parlamento y jurisdiccionales –supuesto muchas veces conflictivo, que acerca el rol del Tribunal Constitucional al de una Corte Suprema-) que se estiman lesivas de derechos fundamentales, garantizados por la Constitución.

d) Potestades de juzgamiento para la defensa del sistema democrático. Algunos ordenamientos (Alemania) atribuyen a los Tribunales Constitucionales la facultad de privar –previo proceso- a un ciudadano de algunos derechos constitucionales, cuando su ejercicio abusivo pusiera en peligro el sistema democrático y los derechos fundamentales. También pueden disponer la cancelación de la

personería y la prohibición de partidos antisistema (Alemania y Chile).

e) Control sobre los procesos electorales. Como sucede en Francia y en Italia, en este último caso, por ejemplo, para verificar la regularidad de la convocatoria a un referéndum.

f) Decisión de los conflictos en los que se planteen en materia electoral (Alemania, Austria).

g) Control de los mandatos electivos, incluido el del Presidente (Francia y Chile).

h) Control durante las emergencias, como es el caso de la fiscalización de los actos del Presidente, por parte del Consejo Constitucional durante el estado de emergencia, regulado en el art. 16 de la Constitución de la Vta. República Francesa.

i) También está prevista en algunos casos la competencia de los Tribunales Constitucionales, como autoridades de juzgamiento de altos funcionarios del Estado que puede incluir el ejercicio de competencia penal (Austria, Italia, Alemania).

X. Luces y sombras

1) Luces

A - Contribuyen a la pacificación al dar a la oposición la certeza de que cuenta con un medio de presión respecto de la mayoría que pudo haber perdido de vista los límites constitucionales.

B - Aseguran la regulación y asimilación de los cambios y las alternancias políticas, evitando que las transiciones sean demasiado abruptas.

C - Refuerzan la cohesión de la sociedad política.

D - Actúan como interlocutores necesarios en el diálogo con los legisladores y con la magistratura.

E - En los estados federales y en los estados unitarios con descentralización regional son interlocutores en el diálogo entre el gobierno central y las autoridades locales.

F - Facilitan, mediante aportes creativos, la adaptación a los cambios, a veces limitada excesivamente por una constitución demasiado rígida.

2) Sombras

A - Pérdida de la independencia del Tribunal Constitucional por la partidización de las designaciones.

B - Actitud excluyente de los partidos en las designaciones, cuando la mayoría requerida para designar a los integrantes corresponde a uno o dos partidos, sin dejar espacio para que otras tendencias políticas tengan posibilidades de designar algún magistrado constitucional (Alemania, España).

C - Bloqueo de las designaciones por los partidos, cuando no se alcanzan las mayorías requeridas para nombrar a un magistrado constitucional por la rigidez de las relaciones interpartidarias (Italia).

D - Pérdida de independencia por la partidización en las decisiones, cuando se percibe que los votos en el Tribunal Constitucional y la composición de las mayorías y minorías, refleja casi con exactitud y sin matices las posturas esgrimidas durante la discusión parlamentaria de la ley cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio.

E - Expectativas desmedidas de la sociedad y de la ciudadanía respecto de las posibilidades de su actuación.

F - Tendencia al desborde, cuando olvidando las advertencias de Kelsen sobre el rol de “legislador negativo”, el Tribunal Constitucional, indica, sugiere o determina cuáles deben ser las características de la ley para que su constitucionalidad merezca su aprobación. Peor aún, cuando por medio de una sentencia, con efectos *erga omnes*, se vuelve –con descuido de la división de poderes- un “legislador positivo”, sin investidura constitucional.

G - Saturación y lentitud. El aumento de la litigiosidad, unido a la aspiración -casi ilusoria- de que la instancia más alta pronuncie la palabra definitiva en cada conflicto, trae como consecuencia una enorme concentración de presentaciones ante el Tribunal Constitucional, que carece de posibilidades reales de tratar pormenorizadamente y en tiempo oportuno a cada una de ellas. Con ello también limitan la aptitud del Tribunal Constitucional para la consideración, en término, de asuntos en los que su intervención tiene un rol fundamental y decisivo.

H - Como consecuencia de lo expresado en el párrafo anterior no ha sido infrecuente la búsqueda de soluciones imperfectas (“filtros”), pero razonables, a los inconvenientes que provoca la saturación de la actividad del Tribunal Constitucional. Entre ellas, pueden mencionarse a la división del tribunal en Salas y Secciones, para que se adopten en ellas las decisiones de menor trascendencia. También suele acudir al empleo de fórmulas para declarar la inadmisibilidad de planteos insustanciales. Finalmente, se acude a procedimientos simplificados para resolver pretensiones de menor importancia. Las tres posibilidades enunciadas muchas veces pueden concurrir y no son excluyentes de otras alternativas.

I - Planteos y resoluciones disfuncionales de conflictos con otros órganos del poder, nacionales y trasnacionales.

J - Distanciamiento del Tribunal Constitucional de la ciudadanía y de la sociedad. Además de que el empleo de filtros genera contrariedad en sus destinatarios, en otros casos, la complejidad técnica de la tarea reservada al Tribunal Constitucional, requiere que el conflicto se comprenda debidamente en todas sus facetas por los integrantes del órgano de control; que necesita que se delibere sobre él y que gradualmente se vaya proyectando su resolución, lo que implica un trabajo metódico, prudente y mesurado que contrasta muchas veces con la ansiedad de la sociedad y la ciudadanía, cultivada con peligrosas e irreflexivas simplificaciones, que pueden generar dudas sobre la aptitud del Tribunal para resolver adecuadamente sus conflictos. Esta recíproca incompreensión acarrea como consecuencia el distanciamiento entre el Tribunal Constitucional, la sociedad y la ciudadanía.

XI. ¿Un Tribunal Constitucional para la República Argentina?

Hace más de diez años un ex – Director de este Instituto, el Académico Dr. Fernando Barrancos y Vedia, dirigió una comunicación a la Academia⁴⁶ en la cual, con sólidos argumentos que comparto totalmente, daba una respuesta negativa al interrogante que da título a esta sección. Cabe remitirse a ella porque nada más puede agregarse a lo que allí se dijo. Solamente cabe advertir que un Tribunal Constitucional, como también el Consejo de la Magistratura, son instrumentos demasiado delicados como para ponerlos, sin peligros, en manos de quienes no lo son tanto. En la búsqueda de

⁴⁶Barrancos y Vedia, Fernando N., *¿Un tribunal constitucional para la Argentina?*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires), XXXIV-I, 2007, págs. 257/80.

remediar problemas institucionales el establecimiento de un Tribunal Constitucional (que cuenta entre nosotros con el fallido intento de la Constitución de la Provincia de Tucumán), difícilmente sea una prioridad cuando en la actividad política se exagera con la judicialización de todas las cuestiones; cuando se califica que deben decidirlas como “amigos” o “enemigos”, o cuando la desobediencia de una decisión judicial no recibe un repudio unánime, limitando las objeciones al ámbito de lo que se conoce como “justicia constitucional”.

En ese caso la verdadera e impostergable prioridad pasa por promover con tenacidad e intensidad aquello que Karl Loewenstein denominó “el sentimiento constitucional”⁴⁷ para que conductas como las reseñadas y las que, con los mismos trazos, pretendan sustituirlas jamás puedan superar el umbral de los malos recuerdos.

⁴⁷“Con la expresión ‘sentimiento constitucional’ (Verfassungsgefühl) –escribía el autor de la “Teoría de la Constitución”- se toca uno de los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, económico-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. Este fenómeno pertenece a los imponderables de la existencia nacional y no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser fomentado por una educación de la juventud llevada a cabo consecuentemente” Loewenstein, Karl, *“Teoría de la Constitución”*, Ariel, Barcelona, 1982, pág. 200.

Bibliografía.

- Barrancos y Vedia, Fernando N., *¿Un tribunal constitucional para la Argentina?*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires), XXXIV-I, 2007, págs. 257/80.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.
- Bianchi, Alberto, B., *Control de constitucionalidad*, 2ª. Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1992.
- Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes – Un estudio desde el Derecho Comparado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.
- Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1987.
- Cappeletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, Palestra, Lima, 2010.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 -1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- De Miguel Bárcena, Josu, Tajadura Tejada, Javier, *Kelsen versus Schmitt – Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018.
- Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.

- Favoreu, Louis, Mastor, Wanda, *Les cours constitutionnelles*, 2e, éd. Dalloz, París, 2016.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- Laboulaye, Edouard, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*. Brachet, Paris: 1866.
- Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos – La experiencia americana del control judicial de constitucionalidad de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982
- Mairal, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- MacMillan, Margaret, *París, 1919*, Fábula Tusquets Editores, Buenos Aires, 2011.
- Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional Francés – La jurisdicción constitucional en la Quinta República*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Pizzolo, Calógero, Mezzetti, Luca (coord.), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- Sagüés, Néstor P., *Recurso Extraordinario*, 4ª ed., Buenos Aires, 2002.
- Sagüés, Néstor P., *El tercer poder – Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

- Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ma. ed. revisada, Universidad de Madrid, Madrid, 1988.
- Sarrabayrouse, Eugenio C., *El Derecho penal de la Revolución Bávara de 1918/19 - ¿Características aisladas o propiedades de un modelo que aún hoy se aplica?*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- Schmitt, Carl, Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009.
- Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Sarpe, 1984, Madrid.
- Tocqueville, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Alianza Editorial, 1982.
- Tunc, André y Tunc, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de América - Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Imprenta Universitaria, México, 1957.
- Vanossi, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- Vita, Leticia, *La legitimidad del derecho y del estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires – Eudeba, Buenos Aires, 2014.