

PRÓLOGO

1. Del momento cuando, en 1968, Mauro Cappelletti propuso sus esquemas clasificatorios de la justicia constitucional,¹ muchas cosas han cambiado en la sistemática de los modelos.

La progresiva evolución de los regímenes latinoamericanos, anteriormente cargados (a menudo) de autoritarismo y populismo, ha contribuido a favorecer una parcial metamorfosis en las categorías clásicas del control de constitucionalidad de las leyes, por un lado, hacia formas de gobierno que responden en mayor medida a los cánones liberal-democráticos, y por otro, al repentino abandono, a caballo de los años ochenta y noventa, de la forma de Estado del socialismo real, de parte de los Estados del bloque soviético y su consecuente ingreso en el club de la democracia liberal.

La justicia constitucional pertenece ya a la estructura genética de la democracia liberal, al extremo que más de uno duda de la configuración de esta última, en ausencia de controles de conformidad de las leyes con la Constitución. No es casual que hasta en el Reino Unido alguno reivindique un órgano neutral que, cuando menos, dirima los conflictos entre el Parlamento de Westminster y el de Edimburgo. Forjado sobre esquemas clásicos —el norteamericano elaborado (sobre todo) en *Marbury vs Madison*, y el continental de matriz kelseniana—, el control de la constitucionalidad de las leyes ha sufrido múltiples transformaciones, sea en los ordenamientos de origen, sea sobre todo en la modelística construida con fines heurísticos por la doctrina constitucionalista.

Tales mutaciones han sido puntualmente señaladas por estudiosos pertenecientes a diversos países y diversas culturas. En los últimos tres lustros,

¹ Capelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle legge nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968.

más de un autor ha incitado a repensar las clásicas esquematizaciones *binarias* (sistema americano-sistema continental) poniendo al día del mismo modo la propuesta, sólo embrionaria en el citado volumen de Cappelletti, relativa a la existencia de un modelo híbrido, representado por el control incidental, tal y como se ha realizado en Alemania, Italia y España.

La sugerencia más radical, con la intención de subrogar las clasificaciones tradicionales ancladas en la fase del control, en la difusión o concentración del mismo, en la eficacia de las decisiones de las cortes (o tribunales) constitucionales, es aquélla que marca la dicotomía entre control preventivo y sucesivo o, utilizando las categorías históricamente plasmadas en la legislación actuativa del *Grundgesetz*, entre control abstracto y control concreto.

Acogida por estudiosos de varios países,² la simplificación así operada no parece inmune, en algunos autores franceses, a influencias por así decirlo *ideológicas* (o *nacionalistas*). La jurisdiccionalización del juicio de constitucionalidad en Francia, como consecuencia de la incorporación en el *bloc de constitutionnalité* del preámbulo de la Constitución, y de la introducción de la *saisine parlementaire*, ha dado lugar, de hecho, no ya reputar al francés un sistema desprovisto de control de constitucionalidad, o bien un sistema de control *político* (como difusamente se consideraba con anterioridad), sino hasta asumirlo como estereotipo de un modo de hacer justicia constitucional contrapuesto a todos los demás.

Así después de la publicación del volumen de Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*³ que distingue los modelos preventivos de los sucesivos, Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*,⁴ que además de definir tres fases de desarrollo de la justicia constitucional, acentúa la yuxtaposición entre procedimientos concretos y abstractos, respectivamente ejercitados delante de las cortes ordinarias o los tribunales especializados; y Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*,⁵ que también categoriza la justicia constitucional desde una perspectiva temporal y se ancla en las categorías tradicionales, insiste en la diferencia entre control preventivo y control sucesivo.

² Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 521 y ss.

³ Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, París, PUF, 1996.

⁴ Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996.

⁵ Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1998.

Todos estos autores no olvidan evidenciar los desarrollos de la justicia constitucional y la proliferación de las adaptaciones que ha experimentado. No obstante, debe observarse que, cuanto más simplificada, toda clasificación consigue en menor medida representar la abigarrada realidad de objetos que la componen (aunque es tarea de una clasificación el reducir a unidad, en la mayor medida posible, los elementos observados).

En el campo de la justicia constitucional, no sólo el control incidental parece haberse impuesto (en Alemania, Italia, y luego España) como modelo particular, imitado en algunos ordenamientos de Europa centro-oriental⁶ y latinoamericanos. Empero, nada más los acontecimientos que se han indicado en las primeras líneas han comportado la consolidación de un *quartum genus*.

Debe hacerse una anotación en este punto: en cada ordenamiento conviven normalmente más maneras de suministrar la justicia constitucional. En Alemania el recurso puede ser *abstracto* o *concreto* (aunque siempre sucesivo); en Italia sobre incidente (generalmente) o sobre recurso y, hasta la reforma del Título V de la Constitución, sucesivo (casi siempre) o preventivo (sólo para las leyes regionales); en España bien sobre incidente o recurso y, por un breve periodo, incluso preventivo (sobre las leyes orgánicas), etcétera. Así sucede en casi todo el resto del mundo e, inclusive, los ordenamientos que han imitado el arquetipo francés o estadounidense flanquean a los esquemas allí elaborados con modalidades ulteriores de acceso o de decisión. Por ejemplo, en algunas ex colonias francesas puede ser también incidental. Sólo en Francia se ha consolidado exclusivamente el sistema de control abstracto *a priori*, mientras en los Estados Unidos y, en general en los ordenamientos de *common law*, el control es siempre concreto y se resuelve en el ámbito de cada *case* o *controversy*.

En estas circunstancias, si se trata de justicia constitucional, podemos hablar de *ordenamientos* híbridos o mixtos.

Otra cosa, en cambio, es la mezcolanza de los modelos. Como ha sido escrito,⁷ el control incidental mezcla elementos (americanos) de difusión, ya que cada juez puede advertir la duda de que una norma es inconstitucional, con elementos de concentración (austriacos-kelsenianos), ya que la decisión está reservada a un tribunal *ad hoc*. Donde opera el control inciden-

⁶ Véase Verdussen, Marc (dir.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, París, Bruselas-LJDG, Bruylant, 1997.

⁷ Cappelletti, M., *op. cit.*, nota 1.

tal (Italia, Alemania, España, etcétera), por lo tanto, se tiene un sistema de control *híbrido* en el ámbito de un ordenamiento también híbrido o mixto.

Al contrario, en América Latina (pero también en Portugal, en Rusia y en otros países), cada juez puede desaplicar directamente la ley inconstitucional y, sin embargo, a menudo han sido instituidos tribunales o *salas* especializadas, con la finalidad de concentrar el juicio de constitucionalidad.⁸ La hibridación opera en modo diverso y mezcla Estados Unidos y Kelsen, no ya en la fase de instauración del juicio concentrado, sino directamente en la decisoria. En muchos de estos países, además, la presencia de procedimientos concretos de tutela de los derechos, como aquellos de *amparo*, *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *habeas data*, etcétera, hace convivir el control difuso-concentrado con estos particulares institutos que, aunque sea de manera subsidiaria, interesan al campo de la justicia constitucional.⁹

Las soluciones concretas para componer en cada país el cuadro del control de constitucionalidad son bastante abigarradas. La doctrina constitucional española e iberoamericana parece tener conciencia de la dificultad de anclarse en modelísticas clásicas y simplificadas.

A quien como F. Rubio Llorente¹⁰ prefiere yuxtaponer el control concentrado sobre las leyes al que tiene por objeto los derechos, se contraponen quienes, no desdeñando de servirse de las particiones clásicas, las reelaboran evitando esquematizaciones simplísticas. Es el caso de J. J. Fernández Rodríguez,¹¹ quien, valiéndose de las elaboraciones de otros autores, esgrime variados criterios (sistemas concentrados y difusos, mixtos y *duales* o *paralelos*, sobre la constitucionalidad de la ley o sobre los derechos, abstractos o concretos, objetivos o subjetivos). Y es, por otro lado, el caso de

⁸ Sobre este fenómeno, con referencia al subcontinente americano, véase Palomino Manchego, José F., “Los orígenes de los tribunales constitucionales en América Latina”, en García Belaúnde, Domingo *et al.*, *The influence of Europe and the United States on Latin American constitutionalism. Constitutional safeguards and presidentialism*, Bolonia, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, Librería Bonomo Editrice, 2003, p. 5 y ss.

⁹ Cfr. García Belaúnde, Domingo, “El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas”, p. 47 y ss. en el volumen arriba citado.

¹⁰ Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Varios autores, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, vol. II, p. 1416 y ss.

¹¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Civitas, 2002, p. 34 y ss.

F. Fernández Segado, quien —atento ya hace tiempo a los cambios concu-
rridos en el panorama mundial de la justicia constitucional,¹² en su trabajo
*La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de
los sistemas americano y europeo-kelseniano*¹³ injerta ulteriores subparti-
ciones en una dicotomía fundamental, basada en la *contraposición que hoy
nos parece de mayor relevancia: la que atiende a si el control de constitu-
cionalidad es un control de la ley, al margen ya de su aplicación, o por el
contrario, se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley.*
Ello como el mismo autor escribe a fin de

diferenciar un muy plural conjunto de variables, asentadas en la mayoría de
los casos, aunque no en todos, en binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta
articulación, con las que ofrecer pautas explicativas de las muy distintas mo-
dalidades del control de la constitucionalidad, modalidades que, por lo gene-
ral y como ya se ha podido constatar, se presentan entremezcladas en los muy
heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece.

2. Múltiples elementos concurren a complicar el cuadro de la justicia
constitucional en el mundo, pero también a demostrar la extraordinaria adap-
tabilidad a las exigencias prácticas de cada ordenamiento: no ya la forma
de Estado (la liberal-democrática no sólo acoge, sino presupone para su
completo desarrollo la presencia de un control de las leyes), cuanto la forma
de gobierno y, sobre todo, el modo de repartición vertical del poder. El pri-
mero en cuanto a la presencia de una rígida partición de los poderes —como
en los Estados Unidos— obsta a la introducción de un órgano *ad hoc* y
favorece, en vez, la atribución de la *Judicial Review* a la magistratura ordi-
naria (mientras al mismo tiempo no es verdad lo contrario, esto es, que el
control concentrado a la par del difuso no pueda arraigar cualquiera que sea
la forma de gobierno, parlamentaria, directorial, semipresidencial). El se-
gundo porque la disposición concentrada o descentralizada ha influido bast-
tante sobre la génesis, el desarrollo y los varios modos de hacer justicia
constitucional.

Al menos al inicio, de hecho, sólo donde el ordenamiento estaba organi-
zado sobre una base federativa fueron superadas las tenaces resistencias a

¹² Cfr. García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción cons-
titucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

¹³ Bolonia, Center for Constitutional Estudios and Democratic Development, Lecture
Series, Librería Bonomo Editrice, núm. 5, 2003.

la introducción de un juez de la ley, y la justicia constitucional se pudo configurar en sus actuales términos.

Ignorada a nivel de Constitución federal, antes de *Marbury vs. Madison*, la *Judicial Review of legislation* había sido teorizada por Hamilton y Madison en algunos ensayos de *El federalista*, propia (o principalmente) en conexión con la exigencia de tutela de los estados particulares. En tan célebre compilación se reputan obligatorias para los estados miembros las solas leyes federales conforme al reparto de competencias diseñado por la Constitución. Se pregunta cómo las prohibiciones puestas por la Constitución a cargo de los estados (imponer tasas, acuñar moneda) pueden ser observadas en ausencia de un poder central que frene o corrija las infracciones; se opina que el primer juez, de la necesidad y conveniencia de las leyes aprobadas para actuar los poderes de la Unión, es el mismo gobierno central; se observa, empero, que al ser insuficiente tal garantía, no conviene confiar el juicio a la misma asamblea que aprobó las leyes, sino al judicial y, en definitiva, a la Corte suprema (ensayos, 33, 45, 81).

El vínculo entre justicia constitucional y descentralización es estrecho también en Europa. En las Constituciones de los estados alemanes aprobadas después de 1830, la jurisdicción constitucional de las controversias entre órganos del Estado o aquéllas materia de derecho estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) no podía arraigar en defecto de instancias federales. Es en la estructura federal de la Confederación alemana de 1815 donde se puede hallar el germen de la justicia constitucional, precisamente en términos de regulación de competencias entre los estados participantes de la confederación misma, pero también de conflictos entre la federación y los estados federados.¹⁴ Tal esquema aparece luego en la Constitución Suiza de 1874, en la de Weimar de 1919 y, finalmente —racionalizado por Kelsen— en la Constitución austriaca de 1920, donde el núcleo central de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* estaba, como hasta ahora, representado en la regulación de las competencias de *Bund y Länder*.

Todavía hoy, en todos los ordenamientos descentralizados, una de las funciones de mayor relieve desarrolladas por el Tribunal Constitucional es precisamente la solución de los conflictos legislativos: de Bélgica a Italia, de Austria a Brasil, de Alemania a España, a Rusia, etcétera. No es casual que las reticencias a la introducción de un pleno control jurisdiccional de cons-

¹⁴ Luther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turín, Giappichelli, 1990.

titucionalidad de las leyes sean peculiares de ordenamientos centralizados como Francia y Gran Bretaña. Además de conflictos determinados por la recíproca invasión de competencias legislativas, algunas Constituciones disciplinan también diversas controversias que se refieren a actos centrales o periféricos de otra naturaleza (en particular administrativos). Tal sentido se dispone, por ejemplo, en las Constituciones suiza, austriaca, italiana, española, brasileña, venezolana y sudafricana. El esquema es tan difuso que algunos ordenamientos prevén un papel arbitral de la corte incluso entre *centro* y menores entes territoriales como comunidades, provincias, condados, agrupaciones de entes, etcétera (Alemania y España, por ejemplo).

Por hay otra interrogante: ¿en qué medida la disposición federal (o bien descentralizada) de un ordenamiento se concilia con el ejercicio de la jurisdicción constitucional, prescindiendo de la *actio finium regundorum*, de las competencias respectivas de *centro* y *periferia*? En otras palabras: en presencia de una jerarquía normativa que ve en su vértice la Constitución federal, ¿qué papel juegan las otras fuentes federales, las Constituciones estatales y las fuentes de los entes periféricos?

Es sabido que el problema ha sido superado tiempo atrás en los Estados Unidos de América, desde *Fletcher vs. U.S.*, y sucesiva jurisprudencia, especialmente la madurada después de las denominadas *Civil War Amendments*. Así, en Alemania y Suiza las respectivas jurisdicciones se ejercitan sin traumáticos choques, habiéndose alcanzado ya un satisfactorio nivel de equilibrio. No siempre, empero es así, como demuestra la reciente experiencia de México analizada por César Astudillo Reyes en el presente volumen.

3. El libro aparece orgánicamente estructurado con corte monográfico y con una sistematicidad propia, y contiene una serie de ensayos dedicados al encuadramiento general de los modelos de justicia constitucional; a la jurisdicción constitucional en los cuatro estados mexicanos que han intentado concentrar, en alguna medida, el control sobre las leyes (Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas); y a las conclusiones sobre las posibles tensiones y equilibrios entre la doble jurisdicción constitucional generada, la federal y la local (a los cuales se agregan dos *excursus* sobre los modelos de Constitución y sobre la interpretación constitucional).

El análisis de los cuatro ordenamientos parciales, al que se dedica la parte central de la obra, se encuadra de hecho en el más amplio marco comparatístico, en el cual aflora la extraordinaria polivalencia de las solu-

ciones adoptadas en todo el mundo y en particular en América Latina, concluyéndose no sólo con el cotejo de los sistemas analizados, sino, del mismo modo, de éstos con el sistema federal, marcando analogías y diferencias entre los unos y entre los unos y el otro.

Se afronta en primer lugar uno de los temas que más interesa a los comparatistas: el de la circulación de los modelos y de su adaptabilidad. No sólo *desde fuera* de México hacia él (con particular referencia a la institución de órganos constitucionales *ad hoc* o de salas especializadas en algunos países iberoamericanos), sino también entre los cuatro estados mexicanos objeto de la investigación y, potencialmente, entre éstos y el ordenamiento global. Comparación horizontal por tanto desde Colombia, Chile, Guatemala, Ecuador, Perú, etcétera, con Veracruz, y de este estado con Coahuila, Tlaxcala y Chiapas; y comparación vertical del ordenamiento federal mexicano con los locales y de éstos con el central.

El punto trivial viene representado por el examen del *trend* —inaugurado ahora también en México a nivel subfederal— hacia una concentración del control, bien sea con formas diferenciadas que (por la presencia en Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas de la acción de inconstitucionalidad) sólo en parte recorren aquéllas introducidas en otros países de América Latina: órgano puesto *fuera* de los tres poderes; o especialización del vértice de la magistratura ordinaria en el control de constitucionalidad, con la consecuente erosión del poder paralelo de todos los jueces. Parece evidente que esta tendencia (en particular encarnada en la primera forma) pone fuera de juego la tesis de Montesquieu de los tres poderes, no casualmente definida por Astudillo, hoy, como una *aberración* en el cuadro del constitucionalismo moderno. Sin embargo, optándose en México por la segunda solución se comprende por qué se otorga tanto énfasis al análisis del elemento estructural del juez de la ley, y las numerosas páginas consagradas a las garantías de independencia, de incompatibilidad, de inamovilidad y de especialidad de los jueces.

El presupuesto para la introducción de un *verdadero* control de constitucionalidad a nivel de estados federados es, según el autor, de una parte, la existencia actual de un efectivo pluralismo político; de otra, el reconocimiento de la superioridad normativa de la Constitución bajo una renovada lectura democrática.

Aquí radica propiamente el problema de la compatibilidad de órganos de control de constitucionalidad descentralizados a nivel local con la presencia de un ordenamiento federal cuyas cortes no están llamadas (sólo) a

dirimir controversias, sino también a hacer respetar la Constitución en su conjunto.

Si, cuando menos en el origen, el papel de las cortes constitucionales como árbitros de conflictos prevalecía en gran medida sobre la denominada jurisdicción de la libertad, hoy no es así. Ese papel permanece, pero la progresiva incorporación en los textos constitucionales de cartas de derechos cada vez más extensas (o su *parametrización*), la necesidad de hacer operante el principio de igualdad, la exigencia de balancear o rebalancear los valores contrastantes a medida que muta la sensibilidad del cuerpo social en sus preocupaciones, ha vuelto poco a poco más agresiva una jurisprudencia constitucional que, incitada por la demanda de los ciudadanos, ha puesto en todos lados la tutela de los derechos en el centro de su propia actividad. Cualesquiera que sean los instrumentos utilizados, hoy en día la mayoría de las cortes, si bien no todas, están llamadas a pronunciarse en gran medida sobre discriminaciones arbitrarias que atañen a particulares, pero de reflejo a enteras categorías, y casi en todos lados las normas-parámetro más utilizadas son aquéllas que expresan el principio de igualdad y la tutela de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Debe observarse en México la presencia de instrumentos como el *amparo* que incorpora el elemento difusión, y el *amparo contra leyes*, que incorpora el elemento difusión conjugado con el concentrado dentro del órgano vértice de la magistratura, hace todavía más compleja la situación. Sobre todo en un contexto en el cual el proceso de jurisdiccionalización y concentración de la justicia constitucional se ha movido *desde abajo* y no viceversa, ante lo cual la instancia federal aparece más reticente a asumir todas las competencias que hoy se toman en otro lugar los jueces de las leyes.

Este *clash* se refleja naturalmente sobre la tutela de las autonomías, a la luz de la *supertutela* ejercitada por las cortes federales, y en particular por la Corte Suprema, en comparación con la *tutela* ofrecida por las cortes (o tribunales) constitucionales a nivel estatal.

La misma suerte había tocado también a los Estados Unidos, con la progresiva afirmación de la jurisprudencia federal en materia de derechos económicos (la *commerce clause*) y luego de derechos en general (en particular después de la guerra civil y sobre todo en la era Kennedy con la Corte Warren), cuya consecuencia ha sido la erosión de los poderes periféricos a favor de la federación.

Por lo tanto, *Nihil sub sole novi*, con una diferencia: según demuestra el libro de César Astudillo, si los grandes temas de la justicia constitucional

son recurrentes, diacrónicamente o sincrónicamente; si los influjos de los grandes modelos —*Judicial Review* y *Verfassungsgerichtsbarkeit*— siempre son recurrentes, cualesquiera que sean las soluciones escogidas en cada país o en cada ordenamiento parcial, de vez en vez las peculiaridades históricas, jurídicas, institucionales, políticas, imponen hibridaciones, adaptamientos e innovaciones.

No siempre los resultados aparecen *prima facie coherentes*. La circulación de principios comunes, la condivisión de innumerables valores, el cada vez más extendido conocimiento de otros sistemas, permite que la jurisprudencia constitucional de otros ordenamientos pueda ser de verdadero auxilio a fin de resolver los casos más controvertidos, al tiempo de disolver antinomias, colmar lagunas, muchas de ellas legislativas, y mejorar globalmente un sector de importancia crucial en todas las democracias modernas.

LUCIO PEGORARO*

Facultad de Derecho, Universidad de Bolonia.

* Catedrático de derecho público comparado.