

La jurisdicción constitucional en la actualidad(*)

Francisco Fernández Segado

I

NACIMIENTO Y EVOLUCION INICIAL DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1. Su aparición en el marco del Derecho Constitucional Occidental

En nuestros días, puede afirmarse de modo inequívoco que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en una pieza clásica del arsenal constitucional.

El origen de la referida institución no puede, sin embargo, hacerse coincidir, por lo menos en las democracias europeo-occidentales, con el

(*) Dentro del marco del Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en la Universidad de Lima en el mes de noviembre de 1987, el profesor Francisco Fernández Segado, actualmente catedrático en la Universidad de Santiago de Compostela, dictó un cursillo en cuatro lecciones sobre el tema que enuncia el título. La primera parte estaba dedicada al nacimiento y evolución de la jurisdicción constitucional; la segunda al desarrollo de dicha jurisdicción en la segunda postguerra; la tercera a la perspectiva actual, en la cual se consideran algunos casos de América Latina; y la cuarta y última parte, a la situación en España. Terminado el evento, y a mediados de 1988, el profesor Fernández Segado nos envió la versión completa de sus lecciones, a la cual seguía una amplia bibliografía sobre la materia, en donde se podía confrontar las numerosas referencias hechas en el texto. La idea fundamental que se tuvo en aquel momento era publicar estas lecciones en forma de libro, por la novedad y la amplitud panorámica que encerraba. Lamentablemente, diversos problemas surgidos con posterioridad y, sobre todo, la crisis de los últimos meses, hicieron imposible concretar dicho proyecto, por lo que al final quedó desechado el plan originario. No obstante, a fin de no perder este trabajo, y de común acuerdo con su autor, aquí se publica parcialmente, desgajándole la parte final correspondiente a la bibliografía y al desarrollo de la jurisdicción constitucional española; así como la referente a la parte peruana que, en forma independiente, ha sido publicada con anterioridad en esta misma revista. Así, aunque recortado el texto en una porción considerable para hacerlo apto para los espacios que debe observar una revista, conserva su unidad y sigue siendo un panorama de gran utilidad en nuestro medio. El profesor Fernández Segado es, como podrá apreciarse en la parte referente a los autores, uno de los más brillantes constitucionalistas españoles jóvenes, a lo que añade su conocimiento y simpatía de nuestros problemas, y la relación personal que guarda con los profesores de Derecho Constitucional en nuestro medio, en donde es altamente considerado.

(DOMINGO GARCÍA BELAUNDE)

inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos la institución de la "judicial review" admite ser considerada como algo consustancial a la propia constitución, pues, como manifestara Charles Evans Hughes, siendo gobernador del Estado de Nueva York, en palabras que han devenido clásicas: "Vivimos bajo una Constitución: mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es", en Europa no ha sucedido otro tanto. Y no por desconocimiento o indiferencia, pues, como advirtiera James Bryce a fines del pasado siglo, ningún otro rasgo del sistema americano de gobierno había despertado tanta curiosidad en el pensamiento europeo.

Muchas son las razones esgrimidas para justificar el rechazo europeo a la figura procesal del recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes. En 1920, Alvarado, tras poner de relieve que nunca había sido el de Europa ambiente propicio para el arraigo y desenvolvimiento de este recurso, apuntarí como clave de las opuestas orientaciones de Europa y América, a la diversidad de circunstancias en que surgieron sus respectivos códigos basales. Y más recientemente, Gottfried Dietze sintetiza las razones para el establecimiento de la "judicial review" en América y su rechazo en Europa, en la existencia de muy dispares condiciones sociales en el momento de sus respectivos procesos revolucionarios.

En América, el Parlamento inglés aparecía como "the great oppressor", siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los Tribunales correspondía "the role of the liberator". En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces y, precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de la cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular.

Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley, la Constitución, que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la "volonté générale", los individuos iban a ser protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento. La doctrina rusioniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, incidirá, pues, sobremanera en el posicionamiento europeo.

El liberalismo y el constitucionalismo primitivo —argumentará Otto Bachof en su célebre discurso rectoral— tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador sino, como ya dijera Montesquieu, del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cual se veía la garantía contra el ar-

bitrio de la autoridad. La ley era la "carta magna de la libertad"; el juez, sólo su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre Ley y Derecho.

En tal contextura, resulta evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes, al crear un órgano capacitado para decidir acerca de la nulidad de las normas legislativas de procedencia parlamentaria, conculcaba frontalmente la doctrina rusioniana.

Los institutos de la Justicia Constitucional vinieron así a quebrantar el dogma ochocentista de la omnipotencia de la ley y, con él, el de la soberanía de la asamblea parlamentaria; al unísono, como advierte Vezio Crisafulli, vinieron a constituir un elemento perturbador del modelo de la "democracia pura"; de modo especial, si los órganos a los que iba a corresponder el control de constitucionalidad quedaban privados de legitimación democrática.

Los argumentos precedentes condujeron, en especial en Francia, a acuñar la fórmula del "gouvernement des juges" para calificar el sistema norteamericano de gobierno. Un ejemplo de ello nos lo ofrece la clásica obra de Eduard Lambert, "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis", publicada en 1921, en la que tras analizar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano en aspectos sociales y económicos, llega a la conclusión de que la "judicial review" es un mecanismo conservador y reaccionario dirigido a frustrar los programas de bienestar social emprendidos por el Estado.

La primera postguerra marcará, sin embargo, un giro radical en los posicionamientos constitucionales europeos en torno a la revisión judicial. Se ha llegado a hablar de un auténtico acontecimiento revolucionario, aunque no falta quien, como Mirkine-Guetzévitch, enmarca la aparición del control de la constitucionalidad de las leyes en el proceso de racionalización del poder subsiguiente a la Primera Gran Guerra. En todo caso, es preciso significar que el cambio de perspectiva estará íntimamente vinculado a un eximio jurista, Hans Kelsen, a cuya concepción nos referiremos en detalle más adelante.

En cualquier caso, como vamos a ver de inmediato, en Norteamérica, la aparición de la Jurisdicción Constitucional se vincula a la necesidad de asegurar el orden fundamental, un orden al que se ha dotado de una especial rigidez formal. En la medida en que las normas constitucionales se aplican a casos concretos, se esclarece su ámbito de aplicación y se garantiza, siempre a través del control de constitucionalidad, el cumplimiento

de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria. En definitiva, la Justicia Constitucional viene a hacer posible el cumplimiento, la tutela y la aplicación de las normas jurídicas constitucionales.

2. La obra del Juez Marshall y la doctrina de la "judicial review"

Dietze ha sintetizado el devenir de la "judicial review" en estos términos: "Judicial review, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States, has returned to Europe elaborated and expanded by American judges". Y, en efecto, la idea de atribuir a unos órganos jurisdiccionales la función de "guardián de la Constitución" hunde sus raíces en Europa. Bástenos para comprobarlo con recordar la que Mauro Cappelletti llamara la batalla de lord Edward Coke por la supremacía del "common law".

Coke esgrimirá su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el Rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con Jacobo I, en los primeros años del siglo XVII. Frente al Monarca, que pretendía que los jueces eran meros delegados suyos, lo que, a su juicio, le legitimaba para ejercer personalmente la función judicial, Coke respondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función. Y, frente al Parlamento, Coke subrayaría la tradicional supremacía del "common law" sobre la autoridad parlamentaria:

"It appears in our books —proclamará Coke en su célebre 'Bonham's case' (1610)— that in many cases, the common law will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void".

La importantísima doctrina del juez Coke estaba, sin embargo, llamada al olvido tras el triunfo de la "Glorious Revolution" inglesa; pues, en 1688, se proclamaba precisamente la doctrina contrapuesta, de la soberanía del Parlamento. De ahí que, como subrayara James Grant, en una conocida obra, el depósito de la confianza en los Tribunales para hacer cumplir la Constitución, como norma superior a la legislación ordinaria emanada del Parlamento, deba ser considerado una contribución de las Américas a la Ciencia Política.

Es sabido que la "judicial review" no será explícitamente recogida

por la Constitución norteamericana de 1787, siendo el fruto de un largo rosario de decisiones judiciales; que, incluso, se inicia con anterioridad a la promulgación del propio texto constitucional. Se puede discutir, afirma al respecto Olivetti, a propósito de los "cases" anteriores a 1787, en los cuales se va a ejercitar de modo efectivo la revisión judicial; pero, está fuera de toda duda que entre 1776 y 1787 se consolidó el principio según el cual "issues of constitutionality might be raised in litigation".

En la Convención Constituyente de 1787, muchos de los asistentes fueron conscientes del principio de la "judicial review"; y, algunos de ellos, dice David Deener, se mostraron claramente favorables a ella.

A nuestro modo de ver, quizá la última "ratio" de esta proclividad hacia la "judicial review" haya que buscarla en una concepción radicalmente nueva de la forma de gobierno, que ya late intensamente en la propia Declaración de Independencia, de 4 de julio de 1776, y que encuentra su soporte teórico en la que bien pudiéramos tildar de filosofía política de la libertad.

"Sostenemos como evidentes —puede leerse en el párrafo segundo de la Declaración de Independencia— estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. . ."

En resumen, el sistema norteamericano se construyó partiendo del concepto, autonomía y dignidad del hombre individual como irreductible realidad anterior a la sociedad.

La prueba más patente de que en la Convención de 1787 se abordó el principio de la "judicial review" nos la ofrecen los comentarios a la Constitución escritos por Hamilton, Madison y Jay en lo que, posteriormente, se publicará bajo el rótulo de "El Federalista".

Hamilton, en el artículo LXVIII, primero de los dedicados al Poder

Judicial, completando la Constitución y haciendo expreso lo que en ella era simplemente una posibilidad latente, sentaba las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución.

"El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la asamblea legislativa, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado —advierde Hamilton— ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo".

Planteado en estos términos el problema, Alexander Hamilton procederá a sentar la premisa sobre la que se edifica una solución al mismo:

"No hay proposición —razona— que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo. . ."

En lógica conexión con las consideraciones precedentes, Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produjere una discrepancia entre ésta y cualquier ley ordinaria.*

"La interpretación de las leyes —aduce Hamilton— es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquélla que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios".

La inequívoca opción a favor de la "judicial review" que manifiesta el triunvirato, oculto bajo el seudónimo de "Publio", durante la publicación (entre octubre de 1787 y mayo de 1788) de los ochenta y cinco ensayos en los tres periódicos de Nueva York, así como de los antecedentes descritos en el seno de la Convención Constituyente, no propiciarían,

sin embargo, la implantación del control de constitucionalidad de las leyes. Habría de ser la Administración republicana de Jefferson y de sus sucesores la que, repudiando las doctrinas de los federalistas, consagrara en sus actos y creara las tradiciones de supremacía federal que los federalistas no habían sabido establecer. Una tradición judicial ininterrumpida sería la clave del cambio de óptica respecto a la apreciación inicial antes comentada.

En 1803, John Marshall, tomando como soporte jurídico-constitucional la "cláusula de supremacía" (recogida en el Art. 6 de la Constitución, a cuyo tenor: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaron, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados"), proclamaba, en la celeberrima sentencia "Marbury versus Madison", el principio esencial en todas las constituciones escritas, de que "a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument".

Igualmente trascendental habría de ser la sentencia "Cohens versus Virginia", una de las más fértiles en sus consecuencias para la afirmación del poder federal y, sobre todo, para la consolidación de la autoridad del Tribunal Supremo; pues con ella Marshall lograba asegurar para el referido Tribunal el control de las decisiones de los tribunales estatales en todas las materias, cualquiera que fuese su naturaleza, siempre que a juicio del Tribunal, supusieran una interpretación de la Constitución. Todo ello propiciaría un poder cada vez más amplio por parte del supremo órgano jurisdiccional americano. Alexis de Tocqueville, en su clásica obra "La democracia en América", se haría eco de tal circunstancia, muy significativa a partir de 1865. "Cuando, después de examinarse en detalle la organización del Tribunal Supremo —dice Tocqueville— se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso".

Retornando al juez Marshall, diremos que este magistrado fundamentará su doctrina en los argumentos que pasamos a exponer.

Considerará el Presidente del Tribunal Supremo que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Pues bien, de nada serviría que ésta acotara las diferentes ramas del Poder si el Congreso de la Unión pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Se

imponía, pues, según Marshall, dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Deben los tribunales acatar y aplicar ese tipo de normas? La respuesta: no podía ser sino negativa, y ello, en tanto cuanto la misión de los Tribunales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra, dirá Marshall, es la esencia de la función judicial.

Como nos lo recuerda Herman Pritchett, Marshall explicó su pensamiento citando en su favor el argumento de Hamilton, contenido en el número LXXVIII de "El Federalista". De esta forma, partió del principio, ya comentado, de que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones. Hamilton habla de "Constitución limitada". "Por Constitución limitada entiendo — afirma — la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa". "Las limitaciones de esta índole — añade Hamilton — sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. A partir de esta premisa, el interrogante que se formula Marshall: ¿cuál es la obligación de un tribunal cuando se le solicita la aplicación de una ley opuesta a la Constitución?, tiene una respuesta evidente: "Si una ley resultara contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete al tribunal determinar cuál es el derecho aplicable, ya que ello constituye la esencia de la función jurisdiccional"; y, como antes indicamos, en el supuesto de referencia, el tribunal ha de inclinarse siempre a favor de la Constitución.

Con sus sentencias capitales, el juez Marshall puso de relieve que una Constitución escrita y rígida, como la norteamericana, representa el ápice y cumbre de la normación; puede afirmarse con Pérez Serrano que la Constitución no es solamente una ley más, sino una ley fundamental, la primera en jerarquía e importancia de todas las leyes; por donde resulta obligado proclamar su superioridad y su supremacía.

3. Control político versus control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Como ha puesto de relieve Trujillo, el problema más importante que plantea la organización de la función de control es, sin duda, el de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. La convenien-

cía de prevenir a reparar las violaciones del orden constitucional es una cuestión que, en sí misma, no suscita graves objeciones. Pero, supuesta esta necesidad, surgen discrepancias a la hora de instrumentar métodos o procedimientos eficaces de control.

El constitucionalismo histórico alumbró dos tipos básicos de sistemas de control de la constitucionalidad: el control por los órganos judiciales ordinarios, característico del sistema constitucional norteamericano, y el control por un órgano político, de impronta francesa. La opción por uno u otro modelo obedeció a precisas circunstancias socio-políticas y ambientales. Precisamente, la existencia de estos condicionamientos sugiere, a juicio del propio Trujillo, una ineliminable vertiente política inherente a todo control de constitucionalidad. En todo caso, lo que parece claro es que la función de control, independientemente del órgano que la lleve a cabo, no puede basarse sino en criterios jurídicos, lo que no obsta para reconocer la importancia del modo de organización de la misma.

Analizado ya el control jurisdiccional tal y como se nos presenta el sistema norteamericano, nos detendremos brevemente en los rasgos característicos del control político. Puede afirmarse que la exclusión de un control judicial de la constitucionalidad es una idea que siempre se ha afirmado en los textos constitucionales franceses; de ahí que sea Francia el país arquetipo de este control político. La historia constitucional la muestra, como común denominador, una arraigada tradición "antijudicialista". Cappelletti ha enumerado diversas razones para justificar la solución tradicionalmente adoptada en Francia:

a) Razones ideológicas. Basta con pensar en Montesquieu y en su doctrina de la división de poderes, doctrina que en su más rígida formulación se consideró de todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, que se considera como la emanación directa de la soberanía popular.

b) Razones prácticas. Es un hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal. Y la exigencia práctica que prevalece, sentida en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido la de asegurar, especialmente a través del Consejo de Estado, una tutela frente a la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo, más que contra los procedentes del Legislativo.

c) Razones históricas ante todo. Podrían subsumirse en la confianza sin límites en la "volonté générale" y el extremado recelo hacia los jue-

ces, fruto del permanente recuerdo de las graves interferencias que antes de la Revolución perpetraron los jueces frente a los restantes poderes, de modo verdaderamente arbitrario.

Frente a todo ello, el otorgamiento de una primacía jurídica a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, pudo conducir al establecimiento de una "revisión judicial". No fue así, aunque, desde luego, el tema suscitara durante la época revolucionaria una cierta controversia. Recordemos, por ejemplo, cómo en 1795 Sieyès proponía la creación de una "jurie constitutionnaire", cuya competencia esencial sería "juger les réclamations contre toute atteinte qui sérail portée à la constitution". En un segundo proyecto, Sieyès incluía un artículo clave (el artículo VIII), a cuyo tenor: "Les actes déclarés inconstitutionnels par arrêt du jury constitutionnaire, sont nuls et comme non avenues".

Aunque Mario Battaglini, en su excelente "Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi", ha considerado la aportación revolucionaria francesa como "il primo tentativo serio di creare un controllo costituzionale in Europa", lo cierto será que esta tentativa fracasará.

Con la llegada de Napoleón cambiará el clima político; ello propiciará una mejor acogida del proyecto de Sieyès. Más aún, la Constitución del año VIII (1799) instituirá un "Sénat conservateur" al que atribuirá la facultad de juzgar los actos del Cuerpo legislativo y del Gobierno que le sean deferidos por el "Tribunat" por causa de una supuesta inconstitucionalidad. El control político se convertía, de este modo, en una realidad viva, bien que los resultados de este Senado fueran decepcionantes. Más que instrumento de conservación del orden constitucional, el Senado lo fue de transformación del mismo en sentido cesarista.

El Segundo Imperio propiciará (en la Constitución de 1852) el restablecimiento de un Senado al que se le atribuye la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes; en todo caso, su intervención de carácter obligatorio venía a frustrar toda posible naturaleza jurisdiccional de este órgano, aunque no hayan faltado autores (como el francés Marcel Waline) que hayan intentado demostrar que el referido órgano actuaba en realidad como un órgano jurisdiccional.

Con la Tercera República, desaparecerá este instituto. En la segunda postguerra, la Constitución de octubre de 1946 institucionalizaba un llamado "Comité Constitutionnel", integrado por el Presidente de la República, que lo presidía de oficio, los Presidentes de las dos Cámaras y diez

miembros elegidos por las propias Cámaras (siete por la Asamblea Nacional y tres por el Consejo de la República). Su función era definida por la Constitución en términos verdaderamente curiosos. A tenor del párrafo final del Art. 91 de la Constitución de 27 de octubre de 1946: "Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution". Como es obvio, su composición eminentemente política (no se exigía ninguna cualificación técnico-jurídica para poder ser miembro del Comité), unida al carácter preventivo del control, convertían a éste en un control de naturaleza política.

En definitiva, pues, el control político, tan arraigado en Francia, tiene como rasgos específicos los siguientes: a) la composición política del órgano encargado de llevar a cabo el control, fruto no tanto de la elección parlamentaria de los integrantes de ese órgano, cuanto de la inexigencia legal de una cualificación técnico-jurídica; b) el carácter preventivo del control, esto es, ese control debe producirse con anterioridad a que la ley entre en vigor; c) por último, el carácter, en muchos casos, puramente consultivo del control, al carecer la decisión del órgano que lo lleva a cabo de carácter vinculante.

Diremos, para terminar, que en la Constitución de 1958, que da vida a la Quinta República Francesa, este control político se matiza con nuevos rasgos que tienden a aproximarle al control jurisdiccional, bien que aún le separen de este último importantes diferencias, como en otro momento trataremos de mostrar.

4. La concepción de Kelsen y la recepción en Europa de la doctrina de la revisión judicial

Frente a la dicotomía primitiva control jurisdiccional —control político, los sistemas constitucionales han aportado nuevas soluciones que si bien pueden reconducirse, en último término, a la citada concepción dicotómica, no por ello dejan de ofrecernos rasgos originales. En esta perspectiva, cabe destacar en el ámbito europeo-occidental, como representantes de la tradición judicial, los Tribunales Constitucionales, aportación del constitucionalismo democrático de la primera postguerra.

Si hacemos abstracción de algunos aislados precedentes en el siglo XIX, de entre los que cabe destacar el intento de perfilar una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones llevado a cabo por la Constitución de 28 de marzo de 1849, sancionada en el curso de la revolución alemana de 1848-1849 por la Asamblea Nacional, reunida en la Iglesia de San Pablo, la Jurisdicción Constitucional, como acabamos de decir, surge

en Europa tras la Primera Gran Guerra. Ello, no obstante, ya desde bastante tiempo antes, se venía insistiendo por la doctrina acerca de la conveniencia de la institucionalización del control de constitucionalidad. Buena muestra de ello nos lo ofrece Jellinek, quien, como recuerda Charles Eisenmann en su clásica obra *"La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche"* (publicada en 1928, aunque recientemente reeditada en 1986) en 1885, en una obra titulada *"Ein Verfassungsgerichtshof für Oesterreich"* (Un Supremo Tribunal Constitucional para Austria), solicitaba la ampliación de las competencias del Tribunal del Imperio, que había sido creado por la llamada Constitución del Imperio, de 4 de marzo de 1849, y su transformación en una verdadera jurisdicción constitucional.

Finalmente, una Ley de 25 de enero de 1919 creaba un *"Verfassungsgerichtshof"* (Tribunal Constitucional); otra norma legal, de 14 de marzo del mismo año, además ya de modificar en profundidad la Constitución provisional de Austria, confería al citado órgano del conocimiento de los recursos interpuestos por el Gobierno central contra las leyes aprobadas por las Asambleas provinciales por inconstitucionalidad. Una última ley, ésta de 3 de abril de 1919, vino a modificar profundamente la organización del Tribunal: de un lado, añadió a sus atribuciones las propias de un Supremo Tribunal de Justicia; de otro, transfirió el nombramiento de sus miembros al Presidente de la Asamblea Nacional, previa propuesta del Gobierno; finalmente, dispuso que las sentencias por las que el Tribunal estimara que una decisión administrativa violaba un derecho constitucional garantizado, tuvieran como efecto jurídico la nulidad de la decisión vulneradora del derecho. Con tal organización permanecería el Tribunal hasta la entrada en vigor de la Constitución Federal de la República Austríaca, de 1.º de octubre de 1920.

La Constitución abordará, en sus artículos 137 a 148, la regulación del Tribunal que quedaba integrado por un presidente, un vicepresidente y un número indeterminado (la Constitución se limitaba a hablar del número necesario) de titulares y suplentes, elegidos por mitad por el Consejo nacional y por el Consejo federal (el presidente y el vicepresidente eran elegidos por el Consejo nacional); con posterioridad, el número de miembros sería fijado en doce miembros titulares y seis suplentes.

Entre otras atribuciones, el Art. 140 de la Constitución hacía competente al Tribunal para conocer sobre la inconstitucionalidad de las leyes provinciales a requerimiento del Gobierno federal y de la inconstitucionalidad de las leyes federales a requerimiento de un Gobierno provincial. Asimismo, instituyó una intervención *"ex officio"* del Tribunal, al

facultarle para conocer de la inconstitucionalidad de una ley, de oficio, cuando ésta sirviera de base a sus propias decisiones.

La aparición del "Verfassungsgerichtshof" (VfGH) está íntimamente conectada al pensamiento kelseniano; no en vano Kelsen fue el auténtico mentor de la Constitución austríaca de 1920, participando, asimismo, como miembro del Tribunal.

Entiende Kelsen, en su "Teoría General del Derecho y del Estado", que el orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada a su vez por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal "regressus" termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.

Kelsen sistematizará las líneas de su pensamiento en torno al tema en un artículo que, tras su traducción francesa por Eisenmann y ulterior publicación en la *Revue du Droit Public* (año 1928), "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La Justice Constitutionnelle) tendrá un enorme impacto en la doctrina europea.

En el referido trabajo, Kelsen parte de la consideración de que "la garantie juridictionnelle de la Constitution est un élément du système des mesures techniques qui ont pour bout d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques", funciones éstas que consisten en actos jurídicos de creación del Derecho o de aplicación del mismo.

El Derecho, a través de la vía que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de concretarse, de tal modo que cada grado del orden jurídico supone una creación de Derecho respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. Pues bien, la idea de regularidad, según el jurista austríaco, se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción del Derecho, pues "la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique".

Sin embargo, no es sólo a la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales (decisiones administrativas y sentencias

judiciales), ni tan siquiera a la de estos actos de ejecución con las normas generales, legales o reglamentarias, a lo que debe circunscribirse la idea de regularidad y las garantías técnicas encaminadas a asegurarla, sino que ese principio de regularidad debe postularse también respecto de las relaciones del reglamento con la ley, y de ésta con la constitución. Consecuentemente, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes pueden concebirse como verdaderas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

Tras las consideraciones precedentes, parece obvia la conclusión de Kelsen: las garantías de la Constitución, esencialmente, son las garantías de la constitucionalidad de las leyes.

"Garanties de la Constitution signifie donc: garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois".

Y entre las medidas técnicas orientadas a garantizar la regularidad de las funciones estáticas, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.

La cuestión subsiguiente que había de plantearse Kelsen era la de concretar a qué órgano había de corresponder la competencia de, en su caso, decidir la anulación del acto inconstitucional. Kelsen rechaza que esa facultad deba atribuirse al Parlamento, defendiendo, por el contrario, su atribución a una "jurisdicción o tribunal constitucional":

"Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation ses actes inconstitutionnels, c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel".

Ahora bien, la anulación de la ley a que se refiere Kelsen presenta un valor muy distinto al de la mera desaplicación característica de la "judicial review" norteamericana. "Annuler une loi —afirma el jurista vienes— c'est poser une norme générale", y ello, porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo, por así decirlo, más que la confección con un signo negativo; en definitiva, pues, una función legislativa. Y un tribunal que tiene la potestad de anular las leyes es, consecuentemente, un órgano legislativo. Queda enun-

ciada, de esta forma, la teoría kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo. Tal concepción, como veremos a continuación, entrañará conjunto de diferencias muy acusadas entre el sistema kelseniano-europeo y el norteamericano.

A partir de la doctrina vertida por Kelsen, el instituto del control de constitucionalidad y su atribución a un órgano "ad hoc" comenzará a expandirse aceptándose, de modo general, por lo menos en amplios sectores doctrinales, aunque su generalización, a nivel de derecho constitucional positivo, sólo tendrá lugar tras la Segunda Guerra Mundial. Taylor Cole pondrá de manifiesto que las discusiones doctrinales en torno al instituto que nos ocupa se circunscribirán al tipo de tribunal, a su organización y composición, y al método de selección de los jueces.

Ello, no obstante, a fines de los años veinte tendrá lugar en Europa una apasionada polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, controversia ésta que si bien desde entonces puede estimarse apagada, al menos como cuestión de principio, se enciende de nuevo periódicamente con una asombrosa capacidad de permanencia.

Lo cierto será que Schmitt, en 1929, en su trabajo "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung", afirmará de modo categórico:

"Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales e instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos".

Como puede apreciarse, la preocupación de Schmitt gira en torno a la politización de la justicia ("Politisierung der Justiz"). De ahí que propugne que el custodio de la Constitución ha de ser el Jefe del Estado, "pouvoir neutre" por excelencia.

Kelsen combatirá con dureza los argumentos schmittianos. Desde el punto de vista del Derecho positivo, considerará que la afirmación de Schmitt, de que el Jefe del Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la Constitución no encaja en el articulado del texto de Weimar. Negará, asimismo, Kelsen consistencia a la crítica de Schmitt de que la acción de un tribunal no es democrática, pues entrega a la aristocracia de la toga la protección de la Constitución. Lo que Schmitt pretende, dice Kelsen, es sobrevalorar la competencia del Presidente del Reich e infravalorar la función del Parlamento. La consecuencia política de los argumentos schmittianos es que el pluralismo parlamentario pone en peligro la

seguridad y el orden público, mientras la unidad del Presidente representa la unidad del pueblo. Así, los dos grandes poderes creados por la Constitución de Weimar de 1919 aparecen como enemigos. Digamos, por último, que Kelsen no propugna un tipo de democracia en que el Ejecutivo sea débil y el Legislativo fuerte; lo que desea, como advierte La Pergola, es un sistema de equilibrio característico, por lo demás, de toda democracia constitucional, y que en las tesis schmittianas resulta quebrantado.

Terminaremos significando con García de Enterría que toda la polémica sobre los Tribunales Constitucionales que, como antes lo dijimos, resucita periódicamente, incluso con virulencia, verla siempre sobre las mismas dos cuestiones, bien conocidas. Por una parte, la cuestión de la tensión entre política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. ¿Es, por tanto, el Tribunal, a pesar de su nombre, una verdadera jurisdicción; o, es más, bien un órgano político que decide políticamente bajo capa de sentencias? Por otra parte, una segunda cuestión, íntimamente ligada a la anterior: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?

Klaus Schlaich, en un magnífico trabajo sobre el Tribunal Constitucional Federal y el control de la constitucionalidad de las normas en la R.F. de Alemania, publicado en los "Quaderni Costituzionali", se plantea al efecto los tres siguientes interrogantes, con los que cerramos este epígrafe:

"Il controllo costituzionale —significa Schlaich— delle norme non comporta il rischio di un'attività politica sempre più dipendente dalla giurisdizione? Non impedisce il necessario processo democratico di risoluzione dei conflitti in seno al popolo e al Parlamento? Non vi è il pericolo che forze politiche —particolarmente l'opposizione che si trova in minoranza— ricorrano precipitosamente alla Corte costituzionale invece di farsi carico di un confronto in Parlamento?"

5. La Jurisdicción Constitucional en el constitucionalismo europeo de entreguerras

Junto al Tribunal austríaco, al que ya nos hemos referido, y que sería objeto de una importante modificación en 1929, alterándose el procedimiento de nombramiento, fijándose una fórmula legal que seguía muy

de cerca las tesis kelsenianas. El presidente, vicepresidente, seis miembros y tres suplentes eran nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno Federal, mientras que los seis miembros y tres suplentes restantes eran designados por el Presidente a propuesta en ternas formuladas por el Consejo Nacional ("Nationalrat") para tres miembros y dos suplentes, y por el Consejo Federal ("Bundesrat"), para otros tres miembros y el suplente restante. Todo ello se completaba con la exigencia —sobre la que Kelsen hiciera mucho hincapié— de una notable cualificación profesional para poder acceder como miembro del VfGH.

Pues bien, junto al referido Tribunal iban a surgir otros órganos análogos, aunque bien es verdad que no muy profusamente, por lo menos en el período de entreguerras. En la Alemania de Weimar, aunque es cierto que la Constitución de 11 de agosto de 1919 encomendaría (en su Art. 19) al Tribunal Supremo de Justicia del Reich el conocimiento de litigios "que no sean de derecho privado entre diferentes Länder o entre el Reich y los Länder", la idea de la justicia constitucional no llegaría a jugar un papel importante hasta el fin de la segunda gran guerra.

Desde luego, los constituyentes de Weimar se plantearon el tema de la apreciación de la constitucionalidad formal de la ley. Más aún, un considerable número de miembros de la Asamblea Constituyente, incluyendo al propio Hugo Preuss, auténtico arquitecto de la Constitución, se mostraron proclives a la constitucionalización de este control. El debate se desarrolló al hilo de la interpretación de la facultad de promulgación de las leyes, que el Art. 70 del texto atribuiría al Presidente del Reich en estos términos: "El Presidente del Reich promulga las leyes elaboradas, de conformidad a las prescripciones de la Constitución".

Un sector doctrinal, representado particularmente por Jellinek, Thoma y Anschütz, haría oír su opinión acerca de que una ley ordinaria materialmente disconforme con la Constitución debía ser considerada como una ley constitucional (en el sentido material del término) adoptada en violación del procedimiento previsto para el ejercicio del poder constituyente derivado. En tal hipótesis, el Presidente del Reich debería rehusar su promulgación, esgrimiendo la falta de competencia del legislador ordinario. Sin embargo, una solución de este tipo hubiera investido al Presidente de una función, del todo impropia, de control del contenido de las leyes.

Lo que la Constitución no había contemplado, sería, sin embargo, admitido por la jurisprudencia. En efecto, el Art. 102 de la Constitución prescribía: "Los jueces son independientes. No están sometidos más que

a la ley". La doctrina, mayoritariamente, estimaba que el juez, al menos, debía verificar que la ley a aplicar había sido elaborada de modo regular. Pues bien, sería el "Reichsgericht" (Tribunal del Reich) quien tomase la iniciativa.

Una ley de 8 de abril de 1920 le había atribuido competencia para contrastar la compatibilidad de una norma jurídica de un Land con el Derecho del Reich que, según el Art. 13 de la Constitución, prevalecía sobre el Derecho de los Länder, pudiendo, caso de dudas o divergencias sobre el punto de saber si una disposición del Derecho de un Land es conciliable con el Derecho del Reich, la autoridad central competente del Reich o del Land interesado, según las reglas que estableciera una ley del Reich, provocar la decisión de una jurisdicción suprema del Reich, jurisdicción que no era otra sino la del "Reichsgericht".

Pues bien, este último Tribunal, en su célebre decisión de 4 de noviembre de 1925, abordaba el problema admitiendo que la sumisión del juez a la ley no excluye que el juez pueda recusar la validez de una ley del Reich o de algunas de sus previsiones en la medida que se encuentren en oposición con otras disposiciones preeminentes, que deben ser observadas en todo caso por el juez. En último término, el "Reichsgericht" precisaba que no conteniendo la Constitución del Reich ninguna disposición con arreglo a la cual, la decisión sobre la constitucionalidad de una ley del Reich hubiera de ser retirada al juez y transferida a otro órgano determinado, el derecho y el deber del juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich debían ser reconocidos.

Ahora bien, la Constitución de Weimar, ni tan siquiera en lo relativo a los derechos fundamentales establecía previsión alguna de la que pudiera inferirse una especial prevalencia formal del articulado constitucional. Ningún precepto, por ejemplo, impedía que por ley pudieran limitarse los derechos hasta el extremo de privarles de su esencia última. A este respecto, Anschütz afirmaría que "la Constitución del Reich no representa, respecto de la ley ordinaria, una norma de rango superior a la que aquellas instancias que aplican el derecho debieran obedecer antes que a la ley". Esta circunstancia coadyuvará a que difícilmente pueda hablarse de una jurisdicción constitucional en la Alemania de Weimar.

No sucederá así en Checoslovaquia. Una Ley de 29 de febrero de 1920, preliminar a la Carta Constitucional, creaba un Tribunal Constitucional (Art. 3o.) que se incorporaba al código constitucional como parte integrante del mismo. Este órgano "ad hoc", al que se encomienda la función de apreciar la conformidad de las leyes de la República checos-

lovaca y de las leyes de la Dieta de Rusia subcarpática con las disposiciones de la Carta Constitucional, queda integrado por siete miembros, de los que dos han de ser jueces del Tribunal Supremo Administrativo y otros dos, jueces del Tribunal de Casación, elegidos en ambos casos por sus Colegios respectivos; los dos miembros restantes y el presidente serán nombrados por el Presidente de la República.

Como puede apreciarse, los constituyentes checos pusieron énfasis especial en el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con exclusión de toda intervención de las cámaras que componían la Asamblea Nacional, esto es, del órgano puramente político, en el nombramiento de los componentes del Tribunal.

Aunque si hacemos abstracción de la Constitución de la Segunda República Española, de 1931 (a la que nos referiremos más adelante) no encontramos en el constitucionalismo de entreguerras ningún otro órgano encargado de decidir directamente acerca de la constitucionalidad de las leyes; ello, no obstante, son varias las constituciones de esa época que, admitiendo el instituto del control, opten por el sistema norteamericano.

Es el caso de la Constitución del Estado Libre de Irlanda, de 6 de diciembre de 1921, cuyo Art. 65 atribuye a un Tribunal Supremo (investido de toda jurisdicción en primer grado) la facultad de apreciar la validez de toda ley según las disposiciones de la Constitución. También la Constitución de Rumania, de 1923, otorga (Art. 103) al Tribunal de Casación el derecho de estatuir en pleno sobre la constitucionalidad de las leyes, declarando inaplicables las que fueren contrarias a la Constitución.

Por lo demás, otros textos constitucionales, de modo implícito, suministran una apoyatura legal sobre la que hacer posible el control de constitucionalidad. Es el caso de la Constitución de Finlandia, de 17 de julio de 1919, aun hoy vigente, cuyo Art. 19, según interpretación generalizada —como constata Voitto Saario en su trabajo sobre el "Control of the constitutionality of laws in Finland"— posibilitaba el referido control, en especial, una vez puesto en conexión con el Art. 58, a cuyo tenor: "El Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo Administrativo deben proponer al Presidente de la República, cuando lo estimen necesario, la modificación o fiel interpretación de una ley o decreto".

La Constitución Helénica, de 2 de junio de 1927, se sitúa en esta línea. El párrafo primero de su Art. 50. prescribe: "El Poder Judicial lo ejercen Tribunales independientes, únicamente sometidos a las leyes". Tal precepto, según la interpretación dada por Mirkine-Guetzévitch, debía

ser interpretado en el sentido de que los Tribunales venían obligados a no aplicar leyes contrarias a la Constitución.

En cuanto a América Latina, Carpizo y Fix-Zamudio nos han recordado cómo el sistema de revisión judicial se introdujo, ya en el siglo XIX, en algunas constituciones debido al influjo del sistema constitucional norteamericano. El primer documento que consagró el referido instituto jurídico fue la Constitución del Estado de Yucatán, en la República Mexicana, promulgada el 16 de mayo de 1841.

En el período de entreguerras a que venimos refiriéndonos, la "judicial review" se asentará en muchos Estados de América Latina. Destacaremos la Carta Constitucional de Chile, del año 1925, que creará el Tribunal Constitucional chileno. Igualmente, la reforma constitucional de 1935, en Guatemala, y la Constitución uruguaya, de 1934, entronizarán en sus respectivos países el instituto de referencia. Otros textos, como la Constitución de Paraguay de 1940, fijarán el principio de nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, aun cuando no concretarán los cauces específicos a los que acudir en un supuesto hipotético de tal naturaleza.

Especial importancia tendrá la introducción por la Constitución Federal Mexicana, de 5 de febrero de 1857, de una modalidad particular del sistema de control de constitucionalidad: el llamado "amparo contra leyes", que el texto hoy vigente, de 5 de febrero de 1917, hará suyo.

De conformidad con el Art. 103.I de la Carta de 1917, los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. Burgoa ha puesto de relieve cómo el "juicio de amparo", desde su creación hasta nuestros días, ha observado una notable evolución teleológica que lo distingue en la actualidad como el medio más perfecto de tutela constitucional. Su objetivo de preservación se ha ido ensanchando hasta convertirlo en un elemento jurídico de protección a "todo el orden establecido por la Ley Fundamental", comprendiendo en su estructura unitaria a todas las instituciones de otros países que parcial y distintamente persiguen análogos fines.

A modo de resumen final, queda claro, pues, que en el período de entreguerras buen número de países van a dar en sus textos constitucionales los primeros pasos para la entronización del instituto del control de constitucionalidad. En otros, este mecanismo procesal comenzará a ser utilizado con mayor o menor fortuna, presentando nuevas aristas que lo diferenciarán con nitidez del modelo norteamericano. Y aun en aque-

llos países que, como Francia y Alemania, no lo incorporan a su acervo jurídico, aparecerán, como reconoce Dietze, "tendencies toward the acceptance of judicial review".

6. Los sistemas de Jurisdicción Constitucional concentrada y difusa. Sus diferencias

Frente a la dicotomía control jurisdiccional-control político, la racionalización jurídica del período de entreguerras, como acabamos de ver, va a posibilitar unos modelos nuevos que, aun alineándose en la tradición judicialista, se separan del esquema seguido en Norteamérica de modo bastante sustancial. Puede hablarse así, según una terminología generalmente admitida, de dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: el sistema difuso y el sistema concentrado.

Cappelletti los ha diferenciado del modo siguiente:

- a) Il "sistema diffuso", ossia quello nel quale il potere di controllo spetta a *tutti gli organi giudiziari* di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza.
- b) Il "sistema accentrato", nel quale il potere di controllo si concentra invece in un *organo giudiziario soltanto*.

Si el sistema difuso ha sido considerado como el sistema de tipo norteamericano, el concentrado bien puede ser designado como el modelo austriaco-kelseniano. Desarrollaremos ahora sus diferencias.

1. En el sistema norteamericano, todos los órganos judiciales ordinarios pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias suscitadas ante ellos. Se trata, pues, de una jurisdicción "difusa" que, sin embargo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa y contradictoria; pues la fuerza vinculante del precedente actúa de correctivo del sistema. Como recuerda Trujillo, el principio del "stare decisis", característico de los países de "common law", implica que las posibles divergencias entre los distintos tribunales sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y, en especial, por el Tribunal Supremo, cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales.

Frente a esta pluralidad de órganos intervinientes en la función de

control, podía sostenerse la concentración de esa función en un Supremo Tribunal de Justicia: sin embargo, no habría de ser así, pues sería un órgano "ad hoc" el encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes; aparte ya de que ello respondía, por lo menos en el pensamiento kelseniano, a la peculiar concepción de ese órgano "ad hoc" como legislador negativo, es evidente que existían otras razones que parecían conducir a la conveniencia de que fuese un órgano "ad hoc" el encargado de ejercer este control de constitucionalidad: así, la insuficiente cualificación técnica, y hasta política, de los jueces de carrera para ejercer con eficacia esta función, inconvenientes que han tendido a ser superados por los Tribunales Constitucionales. Con ellos asistimos a un verdadero esfuerzo de racionalización por parte del legislador, al objeto de adaptar la "judicial review" a sistemas jurídicos muy diferenciados del norteamericano, tratando a la par, de corregir los defectos de este último sistema.

En definitiva, pues, el sistema de jurisdicción "concentrada" otorga a un órgano "ad hoc", a un Tribunal Constitucional, el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes. No se trata, desde luego, de un monopolio riguroso, pues, como advierte Gumer-sindo Trujillo, los órganos judiciales inferiores intervienen, indirectamente, en el ejercicio de la función de control en la medida en que tienen el poder y el deber de suspender el curso de un proceso en el que se ha planteado una cuestión de constitucionalidad respecto de la ley aplicable, hasta que decida el Tribunal Constitucional al que se ha de diferir la resolución de la misma. En todo caso, estos Tribunales son órganos de naturaleza jurisdiccional que circunscriben su competencia a conocer de los recursos de constitucionalidad, aun cuando les compete asimismo la realización de otras funciones de garantía constitucional.

II. En el modelo norteamericano, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente. Ello implica que sólo en el curso de un proceso en el que haya de aplicarse la norma presuntamente inconstitucional, podrá procederse a analizar la existencia del supuesto vicio de inconstitucionalidad. En cualquier caso, todos los órganos judiciales norteamericanos, inferiores o superiores, federales o estatales, tienen el poder y, a la par el deber, de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su juicio. En definitiva, el control de constitucionalidad se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

Por el contrario, en el modelo europeo-Kelseniano, el procedimiento

ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad. Nos hallamos, pues, en presencia de un procedimiento de impugnación directa, lo que amplía enormemente las posibilidades del control de constitucionalidad en cuanto que la impugnación de una norma legal no se vincula a la existencia de una "litis", facilitándose de esta forma la anulación de leyes inconstitucionales que, sin embargo, pueden no suscitar controversia.

III. Las mayores posibilidades de utilización del recurso que permite el modelo de jurisdicción "concentrada" hacían aconsejable cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal. Tal fin podía conseguirse a través de la restricción de los sujetos legitimados para acudir al recurso directo de inconstitucionalidad. Y en efecto, los ordenamientos constitucionales europeos, que siguen el modelo de jurisdicción "concentrada", han acotado en mayor o menor medida los órganos legitimados para recurrir a la acción directa de inconstitucionalidad. Aunque cada ordenamiento nos ofrece una solución peculiar, lo cierto es que el común denominador de todos ellos nos viene dado por la limitación de la legitimación para recurrir a aquellos órganos que se supone están encargados de velar por el interés general. Contrasta tal extremo con la legitimación existente en el modelo "difuso" norteamericano, en el que son las partes del litigio en cuyo marco debe aplicarse la norma supuestamente inconstitucional las legitimadas para plantear la excepción de inconstitucionalidad.

IV. Una última diferencia entre los dos modelos examinados nos viene dada por los efectos de las sentencias que ponen fin a la acción o excepción de inconstitucionalidad.

En el modelo difuso-norteamericano, en sentido estricto, puede afirmarse que el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son, lógicamente, retroactivos (efectos "*ex tunc*") y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos "*inter partes*"). Esto, como sostiene Gumersindo Trujillo, al que seguimos, no quiere decir que todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de una determinada ley estén pendientes de una condición resolutoria consistente en la inconstitucionalidad de dicha ley, sobrevenida a consecuencia de un cambio de orientación jurisprudencial.

El Tribunal Supremo norteamericano ha temperado las consecuencias del principio de la retroactividad en el sentido de entender que la Constitución es un documento vivo, "a living constitution", sujeto a mutaciones de significado, lo que supone que lo que en un cierto momento

pudo ser conforme a dicha Constitución puede llegar a estar en desacuerdo con ello en un momento ulterior.

Por otra parte, aunque los efectos de la sentencia se circunscriben a las partes de la "litis" (efectos "inter partes"), la incidencia del principio del "*stare decisis*" puede llegar a alterar esta circunstancia. Por virtud del referido principio, como señalan Adams y Cappelletti, "a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction"; ello implica la posibilidad de solventar las divergencias interpretativas que puedan producirse entre los distintos órganos judiciales en cuanto a la constitucionalidad de una determinada norma legal. De esta forma, el principio del "*stare decisis*", como el propio Cappelletti indica, en su clásica obra sobre "Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato", puede llegar a operar de modo semejante a la acción de inconstitucionalidad, terminando, indirectamente, por asumir una auténtica y verdadera eficacia "*erga omnes*"; y no limitándose a generar un mero efecto de desaplicación de la ley a un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada.

En contraposición a la inaplicación al caso concreto a que, en general, conduce la excepción de inconstitucionalidad, la impugnación en vía directa o principal de una norma legal ante un Tribunal Constitucional conduce —de prosperar la tesis del recurrente— a la cancelación definitiva de la ley o disposición impugnada del ordenamiento jurídico. Esta eficacia "*erga omnes*", como recuerda Trujillo, opera en el sistema austriaco-kelseniano con efectos "*ex nunc*" (irretroactividad), mientras que los sistemas alemán e italiano se retrotraen dichos efectos (eficacia "*ex tunc*").

Diremos, por último, con Louis Favoreu, que mientras el Tribunal Supremo de tipo americano es un tribunal situado en la cima de un edificio jurisdiccional único y que ejerce una autoridad definitiva sobre el conjunto de este edificio con competencias al unísono propias de un tribunal de casación, un Consejo de Estado y un juez constitucional, el Tribunal Constitucional —de tipo austriaco, germano-federal, italiano o español— es una jurisdicción constituida especialmente para conocer los litigios constitucionales e independiente del sistema jurisdiccional ordinario.

En todo caso, parece evidente que la técnica norteamericana es menos apta en Europa para asegurar la legitimidad del control jurisdiccional de las leyes que la técnica construida por los propios europeos. Cappelletti se ha referido en su obra "Judicial Review in the Contemporary World" a un conjunto dispar de razones que explican el porqué de la me-

jor adaptación a Europa del sistema de "jurisdicción concentrada". Nos referiremos para poner punto final tan sólo a una de ellas: la que atañe a los jueces encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Los magistrados europeo-continenciales son, por lo general, magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de la constitucionalidad de las leyes; pues ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de "simples intérpretes" y de fieles servidores de la ley.

En todo caso, no podemos finalizar sin hacernos eco del fenómeno expuesto por amplios sectores doctrinales, y que Pizzorusso describe como "il superamento dell'alternativa sistema americano-sistema austriaco di controllo di costituzionalità delle leggi"; sin embargo, el análisis de este punto lo postergamos para un momento ulterior.

II

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LA SEGUNDA POSTGUERRA

1. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Terminada la Segunda Guerra Mundial, los nuevos textos constitucionales que comienzan a proliferar por Europa van a hacer suya de modo generalizado, quizás con la sola salvedad de Francia, la institución del control de la constitucionalidad de las leyes. La reacción de los europeos no se producirá tan sólo contra las formas dictatoriales de gobierno, sino, también, contra la omnipotencia de las asambleas legislativas que, apoyadas en un positivismo nominalista, habían preparado el terreno para los sistemas totalitarios y el desastre ulterior.

Por lo demás, muy varios son los factores que contribuirán a un desarrollo sin fronteras de la Justicia Constitucional. De la enumeración que hace Cascajo pueden destacarse los que siguen:

- a) La superación de la primitiva concepción mecanicista de la separación de poderes con la correlativa preferencia acordada al sistema de "checks and balances".
- b) La difusión de las estructuras constitucionales rígidas.
- c) La extraordinaria "vis" expansiva del instituto de la "judicial review" norteamericana.
- d) Las notorias disfunciones y transformaciones que va a experimentar el Parlamento.

- e) La crisis del positivismo legalista, a la que se unirá una cierta correlativa euforia "pan-judicialista", que se traduce en una relativa jurisdiccionalización de la actividad jurídica y estatal, desembocando en una función jurisdiccional con nuevos perfiles constitucionales.
- f) El paso de la soberanía parlamentaria a la soberanía de la Constitución, que implica una crisis de la concepción parlamentaria de la democracia y un reforzamiento del principio de legalidad en todo Estado de Derecho.
- g) Por último, la búsqueda de una protección verdaderamente eficaz de los valores constitucionales.

Un repaso a los textos constitucionales de la postguerra nos dirá Ollero, nos permite asegurar que en ellos se ofrece una extensa gama de modalidades sobre la institución que nos ocupa, si bien el ejercicio del control asignado a los Tribunales Constitucionales es la solución preponderante.

La Justicia Constitucional ha llegado a ser una característica fundamental de los sistemas constitucionales germano-federal (a partir de 1949), italiano (a partir de 1948 y, sobre todo, desde 1956) y austriaco (desde 1945) ha penetrado en otros países europeos, como la República de Chipre (desde 1960), Turquía (desde 1961), Yugoslavia (desde 1963), y, más recientemente, Grecia (desde 1975), Portugal (desde 1976) y España (desde 1978). Y aun puede apuntarse en nuestros días un nuevo aspecto del fenómeno de la Justicia Constitucional, muy nuevo, y, como indica Capelletti, fascinante, pero al mismo tiempo discutido y discutible: su expansión a nivel transnacional o supranacional.

Desde la perspectiva de este trabajo, ofrecen primordial interés para nosotros los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, y a ellos prestaremos especial atención, sin perjuicio de atender a veces a otros modelos.

A) La problemática del perfil orgánico de los Tribunales Constitucionales

Uno de los más arduos problemas que presenta el control de constitucionalidad es el de encontrar el órgano o instancia idónea para su más eficaz desempeño. Ello nos conduce a la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la Jurisdicción Constitucional. Ya, en mayo de 1933, el ilustre jurista don Luis Recaséns Siches manifestaría ante las Cortes Constituyentes de la Segunda República Española, con motivo del

debate del proyecto de ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, que el asunto de la composición de un órgano como el que nos ocupa no era cuestión baladí. "Muchas veces —añadiría el que fuera diputado de las Constituyentes por la Derecha liberal republicana— el buen éxito y la eficiencia de una institución, más que de las directrices generales que la orientan, depende del acuerdo acerca de su estructuración mecánica en la práctica". Y el norteamericano Taylor Cole, en su trabajo "Three Constitutional Courts: a comparison", publicado en la prestigiosa revista "The American Political Science Review", advierte que la problemática a que nos estamos refiriendo es lo que más ha preocupado siempre en Europa.

La primera cuestión suscitada por la doctrina fue la de que ¿por qué optar por un órgano "ad hoc", antes que atribuir el control de constitucionalidad a un órgano judicial ya existente. Aunque ya en el tema anterior abordamos este punto, recordaremos ahora con brevedad que, como ha puesto de relieve Cappelletti, es la peculiaridad de la hermenéutica constitucional, en buena medida, lo que ha conducido a esos órganos "ad hoc". Los magistrados europeo-continentales están acostumbrados por decenios a interpretar la ley como una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del "*policy-making decisions*", que está, en cambio, inevitablemente implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Junto a este argumento, no podemos dejar de referirnos al influjo que ejercerá en la opción por un órgano único de control el pensamiento kelseniano. En un trabajo ya referido ("La garantie juridictionnelle de la Constitution", según la traducción de Eisenmann) el propio jurista vienes abordará, entre otros aspectos, el estudio de los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un Tribunal Constitucional.

Parte Kelsen de que no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones; por el contrario, la organización de la Jurisdicción Constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada código fundamental. Ello, sin embargo, no será obstáculo para que Kelsen efectúe algunas consideraciones de alcance y valor generales. Destacaremos algunas de ellas:

- a) En primer término, entiende que el número de miembros de un Tribunal de esta índole no habrá de ser muy elevado.
- b) En segundo lugar, en lo que al modo de reclutamiento de los magistrados integrantes del Tribunal se refiere, considera que no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamenta-

ria, ni el nombramiento exclusivo por el Jefe del Estado o el Gobierno. Quizá, apunta Kelsen, podrían combinarse ambas fórmulas.

- c) En tercer término, el que ha sido considerado como "el jurista del siglo XX", subraya especialmente la conveniencia de una cualificación técnica de los magistrados. En la Jurisdicción Constitucional deben tener asiento los juristas de profesión.
- d) En cuarto lugar, el fundador de la Escuela de Viena se inclina por la conveniencia de excluir de la Jurisdicción Constitucional a los miembros de instancias políticas.
- e) Por último, Kelsen rechaza todo posible influjo político en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, admite como posible el que los especialistas, consciente o inconscientemente, puedan dejarse influir por consideraciones políticas en sus sentencias. Si este peligro fuera particularmente notorio, el jurista vienés se inclina por aceptar, más que una influencia oculta y, por tanto, incontrolable, de los partidos políticos, una forma de participación legítima de éstos en la formación del Tribunal, por ejemplo, cubriéndose una determinada parte de los jueces a través de una elección parlamentaria en la que se habrá de tener en cuenta la fuerza relativa de los diferentes partidos.

En cualquier caso, como ya indicamos, Kelsen, en su conocida controversia con Schmitt, rechazará la consideración de éste de que la Justicia Constitucional no conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. En todo caso, no podemos por menos de admitir que esa polémica en torno a la "politicidad" del juez constitucional está permanentemente abierta. Nos referiremos a ella de modo somero.

El punto de partida clásico de esta controversia es la cuestión de la tensión entre política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial.

Por nuestra parte, creemos, con Heinrich Triebel, que es preciso partir de la clásica consideración de que el Derecho público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos tales como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad, . . . etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Consiguientemente, la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia

puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es, no lo olvidemos, dinamismo político. De ser así, el logro de *"a living constitution"*, una constitución viva, viviente, acorde en definitiva con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la *"judicial review"*, sería una mera utopía.

Cappelletti ha llegado a admitir que, en ocasiones, la hermenéutica constitucional es una actividad más próxima a la actividad del legislador y del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes. Ahora bien, esta consideración, por lo demás irrefutable, no puede hacernos incurrir en el extremo opuesto de pensar que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se han de adoptar por motivos de oportunidad o conveniencia políticas. De ser así, se incurriría en lo que Eduard Lambert denominara —en referencia anteriormente hecha— *"el gobierno de los jueces"*. Bien al contrario, como advierte Hans Joachim Faller, las decisiones de los Tribunales Constitucionales son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política.

A la vista de cuanto hemos dicho, se impone una reflexión final. La interdependencia entre *"lo político"* y *"lo jurídico"* contribuirá decisivamente a perfilar la peculiar fisonomía de los Tribunales Constitucionales, tal y como en relación a Alemania ha reconocido Theodor Maunz. Y Gerhard Leibholz, en similar dirección, significa que el conflicto latente entre el elemento político, en movimiento constante, y el jurídico, preferentemente en inalterable reposo, o, para expresarlo de otra manera, entre existencialidad y normatividad, dará tanto al Derecho Constitucional como a la Jurisdicción Constitucional su propia y peculiar impronta.

B) Composición y estatuto jurídico de los miembros de algunos órganos de la Jurisdicción Constitucional, con especial referencia al *"Bundesverfassungsgericht"* y a la *"Corte Costituzionale"*

Tras las consideraciones generales que preceden, hemos de centrarnos ahora en un estudio comparado de la composición y estatuto jurídico de los magistrados constitucionales, tomando como elementos de la comparación el *"Bundesverfassungsgericht"* germano-federal (Tribunal Constitucional Federal) y la *"Corte Costituzionale"* italiana; y, en menor medida, el Tribunal Constitucional portugués y el *"Conseil constitutionnel"* francés, aun a sabiendas, respecto de este último, que estamos ante un órgano más próximo, en cuanto a su naturaleza (más aún en cuanto a su funcionamiento y atribuciones), a los órganos de control político que a los órganos propiamente jurisdiccionales. En todo caso, teniendo presente esta precisión, creemos que es ilustrativo incluir el *"Conseil constitutionnel"* den-

tro de este estudio comparativo. También recordaremos al Tribunal austriaco.

I. Ante todo, señalaremos que el número de miembros integrantes de estos órganos oscila entre los 9 del Consejo Constitucional francés y los 16 del Tribunal Constitucional Federal, pasando por los 13 del Tribunal portugués, los 14 del austriaco y los 15 de la Corte italiana.

II. En todos estos órganos participa el Parlamento en la elección. En la República Federal Alemana es especialmente destacada su intervención, pues los 16 miembros del Tribunal son elegidos, por mitad, por el Bundestag y el Bundesrät, esto es, por las dos Cámaras del Parlamento Federal. Otro tanto cabe decir de Portugal, en donde la Asamblea de la República elige a 10 de los 13 componentes del Tribunal Constitucional, accediendo los otros tres restantes por cooptación de aquellos 10 miembros elegidos parlamentariamente. En Austria, aunque también intervienen las dos Cámaras del Parlamento, el papel preponderante corresponde al Gobierno federal, quien propone al Presidente de la República el nombramiento del presidente, vicepresidente y 6 de los miembros, del total de 14 que (incluyendo al presidente y vicepresidente) integran el Tribunal Constitucional.

En cuanto a Italia y Francia, la composición de sus respectivos órganos encargados del control de constitucionalidad es más equilibrada, pues en su elección participan tres instancias diferentes: el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (por tercios cada una de estas tres instancias), en Italia; y los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado, en Francia (también aquí la elección es por tercio. En definitiva, a la vista de la procedencia de los jueces constitucionales puede decirse que se aprecia con nitidez una clara primacía parlamentaria. Nosotros destacaríamos, asimismo, la funcionalidad del procedimiento tripartito italiano que, según Pizzorusso, se vincula a la función arbitral que está llamada a cumplir, entre los diversos poderes del Estado, la "Corte Costituzionale".

III. La primacía parlamentaria en el nombramiento de los magistrados constitucionales nos conduce a la problemática de la influencia de los partidos políticos en las propuestas de aquéllos. Hemos de decir, al respecto, que en una democracia de partidos, el influjo de éstos en cuantas decisiones competen al Parlamento es evidente, está fuera de toda duda. Esta circunstancia suscita el temor ante el peligro de "politización partidista", que puede propiciar que el Tribunal Constitucional se con-

vierta en una especie de tercera cámara: lo que, por supuesto, frustraría de raíz su posible funcionalidad.

A evitar ese peligro se enderezan, sin embargo, un conjunto de mecanismos legales, entre los que debemos referirnos ante todo a la exigencia de mayorías cualificadas. La necesidad de alcanzar esas mayorías ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso entre las fuerzas políticas, lo que, a su vez, conduce a que los magistrados constitucionales puedan gozar de una amplia legitimación parlamentaria.

Ello es importante, pues no cabe ignorar que, como pusiera de relieve Costantino Mortati, al referirse a los debates constituyentes italianos, un control de constitucionalidad que se llevase a cabo por un órgano que fuese un simple reflejo de las fluctuaciones de la opinión pública, limitándose a registrar la voluntad de los partidos de la mayoría, perdería su razón de ser, que sólo quedará satisfecha cuando se confiera a los jueces una relativa independencia de las fuerzas políticas. "Una Corte *'longa manus'* de las Cámaras y de los partidos, ha señalado recientemente el profesor La Pergola, sólo es concebible en un régimen asambleario, no en una democracia constitucional".

IV. De cierta importancia en orden a la independencia y calidad de la Jurisdicción Constitucional son el período de duración del cargo y la posibilidad de reelección.

De la duración del cargo depende, como dice Albrecht Weber, la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la Jurisdicción Constitucional. Contra lo que pueda pensarse, la independencia de los jueces constitucionales no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que podrá garantizarse, asimismo, por medio de un nombramiento de duración limitada. En todo caso, quizá tenga más trascendencia para la independencia judicial la imposibilidad de reelección.

En cuanto a la elección vitalicia, al margen ya del Tribunal Supremo norteamericano, cuyos miembros desempeñan sus cargos según la conocida fórmula de "mientras observen buena conducta", fórmula defendida por Alexander Hamilton en la Convención Constituyente, y respecto de la cual, como recuerda Charles Evans Hughes, habría una sorprendente unanimidad de opiniones. Al margen, decimos, de este caso, la elección vitalicia se conoce también en Austria, en donde, sin embargo, se fija como límite máximo la edad de 70 años.

En todo caso, no cabe ignorar los graves inconvenientes que se deri-

van de la duración vitalicia del cargo de juez constitucional. A ellos se ha referido Gustavo Zagrebelsky, quien advierte acerca de la dificultad que ello entrañaría para garantizar un mínimo de correspondencia entre las orientaciones del juez constitucional y aquellas otras que emergen de los órganos representativos.

En los órganos de la Jurisdicción Constitucional de los restantes países, el período de nombramiento varía sustancialmente, oscilando de los 12 años de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal a los 6 del portugués, pasando por los 9 años de los miembros de la "Corte Costituzionale" italiana y del "Conseil constitutionnel" francés.

Especial interés para la salvaguarda de la independencia del Tribunal tiene, asimismo, como ya dijimos, la imposibilidad de reelección de los magistrados constitucionales. La doctrina, en general, se ha inclinado a favor de esta apreciación.

Tanto en Italia como en la República Federal Alemana, puede hablarse de una irreelegibilidad absoluta; y, a nuestro modo de ver, otro tanto puede decirse de Francia, pese a que el Art. 56 de la Constitución de la Quinta República, de octubre de 1958, no deje del todo clara esta cuestión, que, como nos recuerda François Luchaire, por lo demás, nunca ha sido del todo zanjada.

No sucede así en Portugal, en donde la Ley 28/1982, de 15 de noviembre, de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, ha venido a posibilitar la reelección de los jueces del Tribunal, lo que puede comprenderse si se advierte que el período de ejercicio de sus funciones es de tan sólo 6 años.

V. Otro aspecto de interés nos viene dado por la cualificación técnico-jurídica exigida para poder acceder como miembro del Tribunal. A este respecto, hemos de decir que la normativa constitucional o, en su caso, de desarrollo constitucional, se nos aparece en todos los países analizados, con la sola salvedad de Francia, como especialmente homogénea. En efecto, siguiendo los consejos de Kelsen, se trata de exigir que quienes se incorporen a los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes sean personas dotadas de un determinado bagaje de conocimientos jurídicos. La doctrina ha considerado imprescindible esta cualificación llegando, incluso, a considerarla, como es el caso de Pietro Virga, como la única circunstancia capaz de evitar que los órganos de la Jurisdicción Constitucional incurran en un acentuado carácter político.

VI. Debemos referirnos, por último, a la independencia y "status" jurídico de los magistrados constitucionales.

Como recientemente ha puesto de manifiesto Albrecht Weber, la independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia, unas veces se encuentra explícitamente consagrada; mientras que, las más de las ocasiones, es fruto de la independencia judicial, constitucionalmente garantizada, de todos los magistrados.

En todo caso, de forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como miembros del Poder Judicial, esto es: al de los jueces y magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria.

C) Las competencias del "Bundesverfassungsgericht" y de la "Corte costituzionale"

El Art. 93 de la "Grundgesetz" alemana (Ley Fundamental de Bonn de 1949) enumera hasta cuatro bloques competenciales distintos sobre los que ha de resolver el Tribunal Constitucional Federal. Estos bloques fueron ampliados hasta seis tras la importante reforma constitucional de 29 de enero de 1969 que, entre otros puntos, incorporó al texto constitucional un procedimiento inicialmente contemplado por la "Bundesverfassungsgerichtsgesetz" (Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal), de tutela de los derechos fundamentales, que se conoce con la denominación de "*Verfassungsbeschwerde*" (literalmente, "queja constitucional", aunque, como recuerda Fix-Zamudio, se le suele calificar con la expresión de "recurso constitucional").

Así pues, las competencias del Tribunal que nos ocupa son las que siguen:

a) Decidir sobre la interpretación de la Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan poderes o facultades propias, otorgadas por la Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo.

b) Decidir, en casos de discrepancia o de dudas, sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Land con la Ley Fundamental, o acerca de la compatibilidad del derecho de