

Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría
Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en
Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)
Papers

1-1-2004

LAS CONSECUENCIAS DE CENTRALIZAR
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY EN UN TRIBUNAL ESPECIAL.
ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL
ACTIVISMO JUDICIAL.

Victor Ferreres

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, Spain)

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Ferreres, Victor, "LAS CONSECUENCIAS DE CENTRALIZAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN UN TRIBUNAL ESPECIAL. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ACTIVISMO JUDICIAL." (2004). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 40.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

LAS CONSECUENCIAS DE CENTRALIZAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN UN TRIBUNAL ESPECIAL. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ACTIVISMO JUDICIAL.

1. INTRODUCCIÓN

Si examinamos el paisaje institucional de la Europa contemporánea, nos quedaremos impresionados por la relevancia de los Tribunales Constitucionales. A lo largo de una evolución que se inició después de la Primera Guerra Mundial y que alcanzó su clímax tras la caída del comunismo, la mayoría de los países europeos han creado esos tribunales especiales para garantizar la supremacía de sus Constituciones frente a la legislación ordinaria. Europa está hoy vinculada claramente al “modelo centralizado” de justicia constitucional, en el seno del cual un único tribunal es competente para invalidar las leyes, mientras que los Estados Unidos ejemplifican el “modelo descentralizado”, donde todos los tribunales pueden dejar de lado las leyes (a los efectos de resolver un caso) si las consideran contrarias a la Constitución¹.

Históricamente, la opción europea en favor del modelo centralizado está ligada al valor de la seguridad jurídica. Si todos los tribunales fueran competentes para enjuiciar y decidir la constitucionalidad de las leyes, inevitablemente surgirían discrepancias entre ellos. La aplicación del Derecho devendría más insegura para los ciudadanos y las autoridades públicas. Si, en cambio, sólo se otorga esa competencia de control al Tribunal Constitucional, no existe riesgo de divergencia de opinión entre los diversos tribunales. La centralización

¹ Así, por ejemplo, 17 de un total de 25 países de la Unión Europea (tras la ampliación de mayo de 2004) tienen Tribunales Constitucionales: Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Chipre, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia. Para una descripción muy completa de los diversos modos en que se ha articulado la justicia constitucional en Europa, véase Marco Olivetti y Tania Groppi (editores), *La giustizia costituzionale in Europa* (Milano, Giuffrè Editore, 2003).

aparece como un remedio eficiente frente al problema de las discrepancias judiciales en esta materia².

Pero aparte de esta razón fundacional del modelo centralizado, la decisión de centralizar el control de la constitucionalidad de la ley en un tribunal especial puede tener otros efectos (queridos o no). En este trabajo, trataré de ofrecer algunas reflexiones sobre las consecuencias de esta opción institucional en conexión con dos cuestiones: primero, el grado en que los Tribunales Constitucionales pueden evitar las cuestiones constitucionales; segundo, el grado en que pueden ejercer un control de constitucionalidad muy deferente hacia el legislador (es decir, un control de poca intensidad). Mi tesis principal es que, *ceteris paribus*, y en comparación con los tribunales de un modelo descentralizado, es menos probable que los Tribunales Constitucionales practiquen alguna de estas dos formas de “pasividad judicial”. Ciertos rasgos de los Tribunales Constitucionales les presionan, en efecto, en una dirección “activista”.

Quiero aclarar desde el primer momento que, además de la centralización, otros factores son relevantes para dar cuenta del grado de activismo de los tribunales de un determinado país. Así, por ejemplo, para tener un cuadro completo, es necesario examinar el proceso político del país en cuestión; cuáles son, en su cultura jurídica, las expectativas generalizadas acerca del papel que corresponde a los jueces; cuáles son las conexiones entre los tribunales nacionales y los supranacionales, etc... Estos factores pueden reforzar o, por el contrario, contrarrestar, las consecuencias potenciales que se derivan del establecimiento de un tribunal especial. Mi tesis es simplemente que si un país crea un Tribunal Constitucional, introduce un vector de activismo. Es decir, *ceteris paribus*, el país que cuente con un Tribunal

²Hasta cierto punto, esta justificación del modelo centralizado está hoy en crisis. En la Europa contemporánea existen fuerzas, tanto internas como externas, que presionan en una dirección descentralizadora. Me he ocupado de este tema en otro trabajo, al que me permito remitir: “The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?”, *I.CON. International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, number 3, July 2004, pp. 461-191.

Constitucional tenderá a tener un tipo de control de constitucionalidad de la ley más activista que si hubiera optado por un modelo descentralizado.

Antes de argumentar mi tesis, es necesario identificar algunos rasgos del modelo centralizado que son relevantes para la discusión.

2. UNA “ESTRUCTURA DUALISTA”

Propongo que digamos que el modelo centralizado de justicia constitucional está basado en una *estructura dualista*, por cuanto divide al poder judicial (entendido en un sentido amplio) en dos partes: los “tribunales ordinarios”, por un lado, y el “Tribunal Constitucional”, por el otro. Y asigna diferentes funciones a cada uno. Para simplificar, atribuye a los tribunales ordinarios la “función judicial ordinaria”, que consiste en aplicar la legislación a casos concretos, y asigna al Tribunal Constitucional la “función constitucional”, que consiste en controlar la validez de las leyes bajo la Constitución. Podemos decir que, en contraste, el modelo descentralizado (americano), está basado en una *estructura monista*, en la medida en que existe una única judicatura que ejerce las dos funciones al mismo tiempo.

Una de las ventajas potenciales de la estructura dualista es que es posible (aunque no necesario) configurar el Tribunal Constitucional de modo distinto que los tribunales ordinarios. Así, se puede optar por un procedimiento más “político” para seleccionar a los miembros del Tribunal Constitucional, mientras que se recurre a un procedimiento más “burocrático” o “profesional” para designar a los jueces ordinarios. Asimismo, se puede establecer un mandato limitado en el tiempo para los jueces del Tribunal Constitucional, mientras que se otorga a los jueces ordinarios un cargo vitalicio, o hasta la edad de jubilación marcada por la ley. Varias combinaciones son posibles, y el grado en el que el diseño del Tribunal Constitucional se apartará finalmente del que se establece para el poder judicial

ordinario variará de un país a otro. La idea básica, sin embargo, es que la estructura dualista, en comparación con la monista, ofrece un mayor margen de maniobra para variaciones institucionales de este tipo.

Hay que tener en cuenta que la estructura dualista que caracteriza al modelo centralizado puede ser más o menos rígida. En este sentido, deben ponderarse dos factores. Podemos llamarlos la *pureza* de Tribunal Constitucional, y su *autonomía*.

a) La *pureza* se refiere a la cuestión de si el control de constitucionalidad de la ley es o no la única función que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Como vimos, es un rasgo definitorio del modelo centralizado el hecho de que el Tribunal Constitucional es el único tribunal que puede invalidar las leyes. Pero esto no significa necesariamente que el control de constitucionalidad de la ley sea la única función de ese Tribunal. Puede tener atribuida otras funciones, las cuales le exigirán aplicar leyes a casos concretos. Así, por ejemplo, el Tribunal puede ser competente para supervisar la regularidad de las elecciones; para aplicar la ley penal a los altos cargos; para controlar la validez de las decisiones administrativas desde el punto de vista del reparto de competencias en el seno de un Estado (cuasi) federal; para proteger los derechos fundamentales frente a actos administrativos o resoluciones judiciales que los lesionen, etc... En la medida en que el Tribunal Constitucional ejerza alguna de estas atribuciones, compartirá con los tribunales ordinarios la función “ordinaria” de aplicar la legislación para resolver casos concretos³. La distinción entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios no es entonces un reflejo perfecto de la distinción fundacional entre la función constitucional y la función judicial ordinaria. Podemos decir que un Tribunal

³ La diferencia principal entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios se produce en el caso en que la disposición de ley aplicable es inconstitucional. Mientras que el Tribunal Constitucional puede dejar de lado esa disposición por su propia autoridad, los jueces ordinarios no pueden hacer tal cosa. Acerca del modo en que el Tribunal Constitucional reacciona ante la ley inconstitucional aplicable al caso concreto, véase el estudio comparado de Luis Javier Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)* (Madrid: Civitas-IVAP, 1998).

Constitucional no es *puro* si, aparte del control de constitucionalidad de la ley, tiene encomendadas otras funciones. Será tanto menos puro cuanto más importantes sean esas otras funciones, y cuanta mayor sea la carga de trabajo que generen.

En la Europa occidental, por ejemplo, podemos situar a los Tribunales Constitucionales de los diversos países en distintos puntos dentro del espectro de pureza. En un extremo, nos encontramos con Tribunales absolutamente puros, cuya única función es el control de la ley (Bélgica y Luxemburgo). Luego tenemos Tribunales que llevan a cabo otras funciones, aunque la principal sigue siendo el control de la ley (Francia, Italia). En el otro extremo se sitúan Tribunales que tiene tantas competencias sobre asuntos relevantes que sería incorrecto sostener que, en la práctica, su función principal es el control de la ley (Alemania, Austria, España y Portugal).

b) El segundo factor a considerar es la *autonomía*, esto es, el grado en que el Tribunal Constitucional está desligado del poder judicial ordinario. Ello depende, en parte, del tipo de procedimiento para acudir al Tribunal Constitucional.

Así, tomemos en consideración dos posibles vías para impugnar una ley ante el Tribunal Constitucional. La primera vía es el “recurso de inconstitucionalidad”, que permite a determinadas instituciones públicas acudir al Tribunal para atacar la constitucionalidad de la ley⁴. No existe caso concreto que motive la interposición del recurso. Tampoco se exige a esos órganos que acudan primero a la jurisdicción ordinaria: el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional. La segunda vía para acceder al Tribunal es la “cuestión de inconstitucionalidad”. Si un juez ordinario estima que la ley aplicable al caso que debe resolver es (o puede ser) inconstitucional, debe suspender el procedimiento antes de

⁴ En algunos países, también los individuos que resulten afectados de manera particular pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad.

dictar sentencia y elevar una cuestión ante el Tribunal Constitucional. Éste decidirá si la ley es o no válida, para que luego el juez ordinario pueda finalmente resolver el caso concreto.

Obviamente, existe una diferencia importante entre estos dos procedimientos. En el contexto de los recursos abstractos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional no está ligado al poder judicial ordinario, mientras que sí existe tal vínculo cuando resuelve una cuestión planteada por el juez ordinario. Si tenemos en cuenta este dato, podemos decir entonces que la estructura dualista es más rígida en Francia (donde sólo existe recurso abstracto de inconstitucionalidad) que en Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Luxemburgo y España, donde los jueces ordinarios pueden reaccionar ante la ley inconstitucional poniendo el marcha el procedimiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal (“Consejo”) Constitucional francés se encuentra así en una posición de mayor “autonomía” frente al poder judicial ordinario en comparación con lo que ocurre con los Tribunales Constitucionales de esos otros países.

Algunos Tribunales Constitucionales tienen, además, la competencia para revisar las resoluciones de los jueces ordinarios. Así, en España y Alemania los individuos pueden interponer “recursos de amparo” ante el Tribunal Constitucional frente a los actos de los poderes públicos que lesionen derechos fundamentales. Normalmente, antes de acudir al Tribunal, deben agotar la vía judicial ordinaria. (La violación del derecho fundamental puede provenir de una decisión del poder ejecutivo, decisión que los tribunales ordinarios no supieron anular, o de una resolución del propio poder judicial ordinario). A través del recurso de amparo, se establece una fuerte conexión entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional. Éste se convierte, en la práctica, en el verdadero tribunal supremo del sistema judicial, aunque con una jurisdicción limitada al problema de si se han vulnerado o no los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la estructura dualista es menos rígida en

España y Alemania, por ejemplo, que en Austria, Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo, países en los que no existe el procedimiento del recurso de amparo⁵.

En suma, la estructura dualista puede ser más o menos rígida, en función del grado de pureza del Tribunal Constitucional, y del grado de autonomía de éste con respecto al poder judicial ordinario. Cuantas más funciones deba desempeñar el Tribunal (aparte del control de constitucionalidad de la ley), y cuantos más fuertes sean sus lazos con el poder judicial ordinario, tanto menos rígida es esa estructura dualista. Cuanto menos rígida sea, más se aproxima a la estructura monista que caracteriza al modelo descentralizado (americano) de justicia constitucional. Y, en esta medida, más relativas serán las diferencias entre el “modelo europeo” y el “modelo americano”, diferencias que trataré de enfatizar a lo largo de mi exposición.

Con este marco conceptual como trasfondo, ofreceré ahora algunas ideas acerca de las consecuencias que es más probable que se produzcan si un país opta por erigir un Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución.

3. LA “CONCIENCIA” DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Aunque no es crucial para la defensa de mi tesis, conviene señalar, en primer lugar, que un país puede recurrir a la estructura dualista con una finalidad “expresiva”. Una comunidad política puede decidir expresar su pleno compromiso en favor de la Constitución como norma suprema (o interpretar que existe un tal compromiso subyacente) a través del establecimiento de una institución que se crea con el *específico propósito* de proteger la Constitución frente al legislador. Para hacer visible el superior rango de la Constitución, se

⁵ En Austria existe un procedimiento de amparo para atacar actos administrativos, pero los casos se llevan directamente al Tribunal Constitucional, sin pasar previamente por los tribunales ordinarios.

erige una institución que destaca como órgano especialmente encargado de protegerla. Del mismo modo en que un país, consciente de la importancia de preservar el medio ambiente, puede decidir establecer una nueva institución para tal fin, algunos países europeos que sufrieron dictaduras expresaron su compromiso en favor de las nuevas Constituciones democráticas a través del establecimiento de Tribunales Constitucionales. Una analogía más próxima la encontramos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tras el desastre moral del nazismo y el fascismo, los países europeos decidieron edificar una nueva institución que salvaguardara los derechos humanos frente a las violaciones perpetradas por los Estados. Aparte de las funciones técnicas que ejercita, el Tribunal Europeo desempeña también una función expresiva: simboliza la cultura de los derechos que los países europeos trataron de generar tras la Segunda Guerra Mundial.

Pero aunque no haya un fundamento “expresivo” detrás de la decisión de crear un Tribunal Constitucional, en todo caso un Tribunal de esta naturaleza tenderá a ser particularmente sensible ante las cuestiones constitucionales. No puede olvidarse fácilmente de las razones que llevaron a los constituyentes a ponerlo en pie como Tribunal especial: garantizar la supremacía de la Constitución frente a la ley.

En concreto: *ceteris paribus*, resultará difícil para un Tribunal Constitucional evitar las cuestiones constitucionales que se le presentan; y también le resultará difícil aplicar estándares de control muy relajados cuando revisa la validez de las leyes impugnadas. Cuanto más rígida sea la estructura dualista (es decir, cuanto más “puro” y “autónomo” sea el Tribunal Constitucional), tanto más arduo será para el Tribunal recurrir a cualquiera de estas dos formas de “pasividad” judicial. Veamos por qué.

4. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA EVITACIÓN DE PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

En los Estados Unidos, Alexander Bickel escribió extensamente acerca de lo que denominó “virtudes pasivas”. Argumentó que, dado que las cuestiones constitucionales son altamente controvertidas, el Tribunal Supremo sólo debería encararlas cuando el tiempo estuviera maduro para ello. En este sentido, celebraba el hecho de que, gracias a su jurisdicción discrecional (a través del *writ of certiorary*, básicamente), el Tribunal Supremo puede seleccionar los casos y “decidir no decidir”. También sugirió que el Tribunal debería enjuiciar la validez de una ley en la medida en que ésta sea aplicable a un determinado tipo de caso, sin ir más allá. Asimismo, argumentó que las consideraciones constitucionales solo deberían examinarse cuando el caso no se pueda resolver de acuerdo con argumentos de legalidad ordinaria. Y abogó por el “canon de la evitación”, que exige a los jueces que elijan, si es posible, una interpretación de la ley que evite que se plantee un problema de constitucionalidad⁶.

Pues bien, a los Tribunales Constitucionales les resulta difícil cultivar estas “virtudes pasivas”. No lo tienen fácil para evitar las cuestiones constitucionales que se les presentan (y, por tanto, para huir de zonas peligrosas). El modelo centralizado es estructuralmente “anti-Bickeliano”. Varios rasgos institucionales del modelo explican este resultado.

4.1. AUSENCIA DE JURISDICCIÓN DISCRECIONAL

Dado que el Tribunal Constitucional es la única institución competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, no tendría sentido otorgar a ese Tribunal el poder de seleccionar los asuntos sobre los que decidir. Si el Tribunal declinara controlar la ley, eso

⁶ Véase Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale University Press, 1962). Una defensa más reciente de estas tesis puede encontrarse en Cass Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999). Las diversas reglas de evitación fueron enumeradas por el Juez Brandeis en su voto concurrente en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S 288 (1936), 346.

significaría que la ley no sería controlada por nadie. Por ello, si una institución pública interpone un recurso de inconstitucionalidad, o si un juez ordinario eleva una cuestión, el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse en cuanto al fondo (siempre que se cumplan los requisitos procesales). Si el Tribunal declinara examinar la ley en cuestión, ésta escaparía del control de constitucionalidad, pues nadie más es competente para pronunciarse⁷.

Las cosas son distintas, sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional comparte jurisdicción con los jueces ordinarios. Así, si el Tribunal tiene competencia para conocer de recursos de amparo en material de derechos, por ejemplo, existe la posibilidad de introducir algo parecido al *writ of certiorary*.⁸ Aquí el Tribunal opera básicamente como tribunal de última instancia en relación con ciertas cuestiones jurídicas. En este contexto, es posible sostener que el hecho de que el Tribunal Constitucional inadmita un recurso de amparo no significa que no haya habido tutela judicial, pues el caso habrá sido examinado con plenitud por los tribunales ordinarios⁹.

En los Estados Unidos, en cambio, la situación es distinta. En el contexto de un modelo descentralizado, el Tribunal Supremo puede seleccionar los casos (a través del *writ of*

⁷Ciertamente, no cabe desconocer que en ocasiones los Tribunales Constitucionales se abstienen de entrar a conocer de la validez constitucional de una ley. En Italia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional se niega a veces a dar respuesta a una cuestión planteada por un juez ordinario, con el argumento de que el problema de si la ley es o no constitucional es un problema con respecto al cual el legislador debe gozar de un amplio margen de discreción. Estas decisiones son interpretadas por la comunidad jurídica como la afirmación, no de que la ley es constitucional, sino de que es el legislador quien debe decidir. Una descripción de esta práctica se encuentra en Paolo Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi* (Torino: G. Giappichelli editore, 2000), pp. 238-262. Así pues, es posible para un Tribunal Constitucional encontrar modos de abstenerse de entrar a pronunciarse acerca de si una ley es o no constitucional. Pero la cuestión es que ese Tribunal deberá buscar trabajosamente un camino para llegar a la abstención, ya que, por razones estructurales, el modelo centralizado está inclinado en la otra dirección.

⁸ De hecho, dado el exceso de trabajo del Tribunal Constitucional, existe una tendencia doctrinal en Alemania y España favorable a un sistema que permita al Tribunal rechazar los recursos de amparo que no planteen objetivamente un problema constitucional que merezca la atención del Tribunal. Sobre este tema, véase Pablo López Pietsch, "Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 53 (1998), pp. 115-151.

⁹ La excepción a esta posibilidad se debería producir en el caso relativamente raro en que la queja de amparo se basa en la tesis de que la ley aplicable es inconstitucional. El Tribunal Constitucional no puede entonces negarse a decidir el recurso de amparo, pues este rechazo significaría que el litigante no ha obtenido respuesta de la única institución que puede dejar de lado una ley por razones de constitucionalidad.

certiorary, fundamentalmente). Si el Tribunal Supremo declina conocer de un determinado caso en el que está en cuestión la validez de una ley, eso no significa que no haya habido control de constitucionalidad de esa ley. Los tribunales inferiores se han pronunciado plenamente acerca de la cuestión, pues comparten con el Tribunal Supremo el poder de dejar de lado una ley por inconstitucional.

4.2. AUSENCIA DE CASUISMO MINIMALISTA

Como ya se indicó, una de las vías típicas para acceder al Tribunal Constitucional es el recurso abstracto de inconstitucionalidad. Cuando se interpone este tipo de recurso, el Tribunal no puede reducir el alcance del ataque que sufre la ley. Dado que no existe ningún caso que motive la interposición del recurso, la institución que lo interpone puede identificar las disposiciones de la ley que a su juicio son inválidas e impugnar tantas de ellas como lo estime oportuno.

Además, como no existe caso concreto que circunscriba el problema constitucional, el recurrente puede obligar al Tribunal a examinar todas las consecuencias jurídicas que se desprenden de la ley impugnada. Es decir: aunque sea posible distinguir diferentes tipos de casos a los que la ley resulta aplicable, el Tribunal no puede decidir que, de momento, el problema de la validez de la ley sólo se examinará en relación con uno de los tipos de casos, dejando sin juzgar la cuestión de si esa misma ley sería válida en su aplicación a los otros tipos de casos. Dado que no existe un caso concreto, no existe justificación alguna para dejar sin respuesta el problema de si la ley es constitucional en sus diversos aspectos y consecuencias¹⁰.

¹⁰ Conviene señalar que, precisamente porque el alcance de la impugnación es ilimitado en el caso del recurso abstracto de inconstitucionalidad, en la mayoría de los países este tipo de recurso sólo puede ser formulado por un círculo restringido de sujetos. De esta manera se “protege” a las leyes. Dada la dignidad democrática de la ley, únicamente determinadas instituciones deben poder

Ello contrasta con lo que sucede en el sistema americano, en el que los tribunales pueden abstenerse de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley, si ésta no resulta aplicable al caso a resolver. Y los tribunales pueden limitarse al problema de si la ley es válida en la medida en que es aplicable a un determinado tipo de caso, del que el caso concreto a resolver constituye un ejemplo, sin prejuzgar la cuestión de si esa ley sería constitucional en su aplicación a otro tipo de caso.

Lo que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia *Bowers v. Hardwick*, por ejemplo, puede servir como ilustración¹¹. La ley relevante criminalizaba la sodomía, e incluía tanto a la homosexual como a la heterosexual. El Tribunal Supremo sostuvo que la ley era válida, pero dejó claro que sólo se estaba pronunciando acerca del problema de si era válida la ley en su aplicación a la sodomía homosexual, que era el tipo de sodomía presente en el caso concreto a resolver. No expresó opinión alguna acerca de si sería válida la ley en su aplicación a la sodomía heterosexual¹². Esta estrategia de evitación parcial no le resultaría posible a un Tribunal Constitucional cuando conoce de un recurso abstracto de inconstitucionalidad. El recurrente tiene el privilegio de requerir al Tribunal que se enfrente de manera completa a los problemas constitucionales suscitados.

Con todo, no debe exagerarse en este punto el contraste entre los dos modelos que estamos comparando. Por un lado, la mayoría de los Tribunales Constitucionales son competentes para decidir, no sólo recursos de inconstitucionalidad, sino también cuestiones

impugnarlas, cuando no existe un caso concreto que justifique el control de constitucionalidad de la ley aplicable. Pero esta protección de la ley sólo se produce en el contexto de los recursos abstractos de inconstitucionalidad, en que la impugnación se puede extender a cualquier disposición, por cualquier motivo de constitucionalidad, y en que el Tribunal deberá analizar la disposición impugnada en toda su extensión aplicativa. Una tesis similar defiende Luis Javier Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, op. cit., pp. 191-192.

¹¹ 478 U.S. 186 (1986). Este precedente ha sido revocado posteriormente por el Tribunal Supremo en el caso *Lawrence v Texas*, June 26, 2003.

¹² El Tribunal dijo, en efecto: "The only claim properly before the Court... is Hardwick's challenge to the Georgia statute as applied to consensual homosexual sodomy. We express no opinion on the constitutionality of the Georgia statute as applied to other acts of sodomy", 478 U.S. 186, 196, nota a pie de página número 2.

planteadas por los jueces ordinarios. En el contexto de estas cuestiones, existe un caso concreto que da lugar al proceso de control de la ley, y el Tribunal Constitucional puede decidir jugar al juego minimalista: no tiene por qué examinar todos los aspectos y consecuencias de la ley, sino sólo los que resulten relevantes para resolver el caso. Por otro lado, en los Estados Unidos existe alguna forma de control abstracto. Aunque normalmente el control de la ley se produce en conexión con un caso concreto, es a veces posible que individuos y grupos impugnen una ley que les afecte en abstracto (*on its face*), antes incluso de que se aplique¹³. De todos modos, mientras que el control abstracto es típico del modelo europeo, es más raro en el modelo americano.

4.3. LA DIFICULTAD DE EVITAR LOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES RECURRIENDO A ARGUMENTOS DE MERA LEGALIDAD ORDINARIA

Por razones estructurales, los Tribunales Constitucionales encuentran obstáculos para decidir casos con arreglo a argumentos de pura legalidad ordinaria. Normalmente, tienen que apelar a la Constitución.

En el contexto de los recursos de inconstitucionalidad, es evidente que los Tribunales Constitucionales no pueden recurrir a argumentos de pura legalidad ordinaria. La finalidad de este procedimiento es medir la validez de la ley bajo la Constitución, por lo que el Tribunal no puede huir del problema constitucional planteado.

En el contexto de las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los jueces ordinarios, la situación es similar. En general, es difícil que el Tribunal decline pronunciarse acerca de la ley cuestionada. Existe una división del trabajo que subyace a la estructura dualista. En síntesis simplificada, es el juez ordinario quien selecciona la ley aplicable al

¹³ Véase Alec Stone Sweet and Martin Shapiro, "Abstract and Concrete Review in the United States", incluido en Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization* (Oxford University Press, 2002), pp. 347-375.

caso, mientras que el Tribunal Constitucional es el encargado de declarar si esa ley es constitucional, en caso de que el juez ordinario tenga dudas al respecto. La estructura dualista obliga al Tribunal Constitucional a ser deferente hacia el juez ordinario en cuanto a la selección de la legislación aplicable al caso. No es habitual que el Tribunal le diga al juez que, en realidad, la disposición aplicable es otra, y evitar de esta manera el tener que pronunciarse acerca de la norma inicialmente elegida por el juez¹⁴. (Si alguien puede “evitar” la cuestión constitucional, ése es el juez ordinario, pero no el Tribunal Constitucional, una vez que aquél decide plantearle una cuestión).

Por último, en el procedimiento del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional tiene un mayor margen de maniobra, pues no enjuicia una ley bajo la Constitución, sino que resuelve un caso concreto a la luz de los derechos fundamentales. Pero incluso en este contexto existe una tendencia estructural a constitucionalizar los problemas jurídicos. Para que el Tribunal pueda revocar una sentencia de un juez ordinario, debe aducir una objeción *constitucional* frente al modo en que ese juez ha aplicado el Derecho al caso. Si el Tribunal desea aumentar su capacidad para revisar las resoluciones judiciales, tiene que constitucionalizar los problemas jurídicos, lo que lleva a veces a una “sobreconstitucionalización” del Derecho¹⁵.

En los Estados Unidos, en cambio, todos los tribunales ejercen las dos funciones que distinguimos en un primer momento, la “función judicial ordinaria” y la “función constitucional”. Cada tribunal se encarga de seleccionar y aplicar la legislación relevante, y de controlar esa legislación bajo la Constitución. El juez puede así tratar de buscar vías para

¹⁴ Acerca del nivel de deferencia del Tribunal Constitucional español en este aspecto, véase Javier Jiménez Campo, “Cuestiones irrelevantes”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, number 7 (1995), pp. 79-101.

¹⁵ Ello impacta de manera un tanto complicada en el debate acerca de si los derechos constitucionales vinculan a los particulares directamente, o de manera indirecta (forzando a los jueces ordinarios a interpretar la legislación relevante de manera que resulten resguardados los derechos fundamentales en la esfera privada). No podemos entrar aquí a examinar este problema. Para un lúcido análisis del mismo, véase Mark Tushnet, “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”, *I.CON. International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Number 1, January 2003, p. 79, especialmente pp. 84-88.

resolver el caso concreto sin necesidad de afrontar la cuestión constitucional. También el Tribunal Supremo puede hacer esto, pues también él es un tribunal ordinario.

4.4. LA DIFICULTAD DE EVITAR CUESTIONES CONSTITUCIONALES POR VÍA INTERPRETATIVA

Es práctica común entre los Tribunales Constitucionales tratar de preservar la validez de las leyes a través de una interpretación de las mismas “conforme a la Constitución”, cuando tal interpretación es posible. Así, el Tribunal puede sostener que la ley examinada es *constitucional* en la medida en que se interprete de determinado modo (o en la medida en que no se interprete de determinado modo). Alternativamente, el Tribunal puede emplear una fórmula negativa: puede decir que la ley es *inconstitucional* si se interpreta de determinada manera, o si no se interpreta de determinada manera. (Dado que, desde un punto de vista teórico, nada importante depende de la fórmula que se utilice, me referiré siempre a la primera fórmula, y asumiré que es equivalente a la segunda)¹⁶.

Es crucial observar que cuando el Tribunal Constitucional dicta una “sentencia interpretativa” (que establece las condiciones interpretativas bajo las cuales la ley puede permanecer en el sistema), *el Tribunal no evita en absoluto la cuestión constitucional*. Se encara a ella, y ofrece una respuesta. El Tribunal lee la Constitución, le atribuye un significado concreto, y decide entonces cómo debe ser interpretada la ley examinada para que

¹⁶ A veces existe una diferencia práctica, sin embargo. En Italia, por ejemplo, sólo las decisiones del Tribunal que declaren que la ley es inconstitucional tienen reconocido formalmente en el sistema el carácter vinculante *erga omnes*. De manera que los jueces ordinarios sólo se sienten vinculados por la interpretación que de la ley hace el Tribunal Constitucional cuando la decisión que éste ha dictado es técnicamente una decisión que declara la inconstitucionalidad de la ley. Es decir, para que el Tribunal se pueda imponer a los jueces ordinarios, debe decir que la ley examinada es *inconstitucional* si se interpreta de determinado modo (o si no se interpreta de determinado modo). Este requisito no rige en España. Sobre esta diferencia, véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional* (Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001), pp. 80-81, 99-112.

esté en armonía con la Constitución. Al hacer esto, el Tribunal evita la *invalidación de la ley*, pero no evita *el examen de la cuestión constitucional*.

Para ilustrar esta afirmación, permítaseme un ejemplo: En su sentencia 74/1987, el Tribunal Constitucional español tuvo que examinar una disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reconoce el derecho de los detenidos a la asistencia de intérprete si son extranjeros que no entienden o hablan el castellano. Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra este precepto, al que se reprochaba no incluir a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano. Aunque el castellano es la lengua oficial en todo el territorio español, y los ciudadanos españoles tienen el deber de conocerla, otras lenguas son también oficiales en determinadas regiones, y no es imposible (aunque raro) que un ciudadano español tenga dificultades para entender o hablar el castellano. El Tribunal sostuvo que sería contrario a los derechos constitucionales a la igualdad y al proceso debido que se negara a los detenidos que sean ciudadanos españoles el derecho a la asistencia de intérprete en esas circunstancias. Concluyó entonces que el precepto impugnado “no es inconstitucional interpretado en el sentido de que no priva del derecho de ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano”. Es obvio que el Tribunal no evitó la cuestión constitucional. Al contrario: se pronunció plenamente sobre ella; sostuvo, en efecto, que la Constitución exige al legislador reconocer a los ciudadanos españoles que no entiendan o hablen el castellano el derecho a ser asistido por intérprete. Y luego buscó el remedio: impuso una determinada interpretación de la ley para salvar su validez constitucional.

¿Podría un Tribunal Constitucional, sin embargo, recurrir a una determinada interpretación de la ley para evitar la propia cuestión constitucional? Por las razones estructurales ya examinadas con anterioridad, es difícil que ello ocurra. El Tribunal Constitucional no tiene autoridad para imponer a los jueces ordinarios una determinada

interpretación de la ley, *salvo que esa interpretación derive de la propia Constitución*. Es decir, para que el Tribunal pueda imponer su interpretación de la ley, debe declarar que la ley *sería inconstitucional* si se interpretara de manera diferente de como indica el Tribunal.

En los Estados Unidos, en cambio, los tribunales (incluyendo al Tribunal Supremo) pueden evitar las cuestiones constitucionales a través de la interpretación de la ley. Como ha declarado el Tribunal Supremo, “cuando una ley es susceptible de dos interpretaciones, bajo una de las cuales surgen graves y controvertidas cuestiones constitucionales, y bajo la otra de las cuales esas cuestiones pueden ser evitadas, el deber [del tribunal] es seguir esta segunda interpretación”¹⁷. Cuando los tribunales hacen tal cosa, no dan respuesta a la pregunta de qué dice la Constitución con respecto a determinado asunto. No prejuzgan la cuestión de si sería o no constitucional una ley que claramente expresara el significado normativo que se ha descartado.

Si el Tribunal Supremo puede recurrir a esta estrategia de la evitación, ello es debido a que, siendo un tribunal ordinario, puede decidir qué significado asignar a una ley como cuestión de legalidad ordinaria. Como tiene esta autoridad, puede tratar de buscar una interpretación de la ley que haga innecesario afrontar un problema de constitucionalidad. Además, como es al mismo tiempo el supremo intérprete de las leyes federales y el supremo intérprete de la Constitución, la autoridad de sus interpretaciones de la ley vis-à-vis los tribunales inferiores es siempre la misma, con independencia de que el fundamento de esa interpretación resida en la Constitución o se base en meros argumentos de legalidad ordinaria¹⁸.

¹⁷ *Delaware & Hudson case*, 213 US 366, 408 (1909), citada en *Jones v. United States*, 526 US 227, 239 (1999).

¹⁸ Es verdad, como han puesto de relieve algunos autores estadounidenses, que la Constitución no es completamente irrelevante cuando los tribunales recurren al canon de la evitación. Aunque técnicamente los tribunales no declaran que la interpretación que descartan es efectivamente inconstitucional, sí dicen que daría lugar a dudas de constitucionalidad. Esto implica que, hasta cierto punto, han tenido en cuenta la Constitución, pues de lo contrario no habrían podido avistar la presencia de un problema constitucional en el horizonte. Como dice Frederick Schauer, cuando los tribunales recurren al canon de la evitación, llaman a la Constitución, no con un “grito”,

Así pues, mientras que los Tribunales Constitucionales en Europa no pueden evitar las cuestiones constitucionales a través de la interpretación de la ley, existe espacio para esta estrategia en el modelo americano.

5. LA VISIBILIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Hasta ahora he destacado la medida en que los Tribunales Constitucionales no pueden evitar las cuestiones constitucionales. A continuación me voy a referir a otro rasgo de estos Tribunales: el contexto de alta visibilidad pública en el que suelen operar. Varios factores institucionales presionan en esta dirección:

a) En primer lugar, como únicamente existe un tribunal que puede declarar la invalidez de la ley, la atención de los partidos políticos y de la opinión pública se centra en él. Es sólo en el Tribunal Constitucional donde se juega la suerte de la decisión democrática del Parlamento. El drama se desarrolla en ese escenario, y todo el mundo es consciente de ello. En los Estados Unidos, en cambio, hay que seguir las decisiones de todos los tribunales, pues todos ellos tienen el poder de control de constitucionalidad, y todos ellos contribuyen a

pero sí con un "susurro". Frederick Schauer, "Ashwander Revisited", *The Supreme Court Review* 1995 (University of Chicago Press), p. 88. Además, es poco probable que el legislador insista en una lectura de la ley que genera en los tribunales dudas de constitucionalidad. Aún así, existe una diferencia entre soslayar una interpretación de la ley porque surgiría una mera duda de constitucionalidad, por un lado, y rechazar esa interpretación porque se considera que la ley sería efectivamente inconstitucional, por el otro. Técnicamente, no existe un precedente constitucional cuando el Tribunal hace lo primero (o, al menos, el precedente no tiene la misma fuerza que si la cuestión constitucional hubiera sido directa y francamente resuelta por el tribunal). De hecho, ha habido casos en los que el Tribunal Supremo ha aceptado más tarde una determinada interpretación de la ley (o un determinado contenido normativo) que en un primer momento había sido descartado, evitado, por las dudas de constitucionalidad que suscitaba. Véase, en general, William Kelley, "Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem", 86 *Cornell Law Review*, 831 (2001), especialmente pp. 857-858, 864. Kelley explica que en los Estados Unidos ha habido una importante evolución en el modo de entender el canon de la evitación. Hasta principios del siglo XX, el canon de la evitación consistía en preferir una interpretación de la ley que pasaba el test de constitucionalidad, frente a otra interpretación *que era efectivamente inconstitucional*. Más tarde, en cambio, el canon pasó a consistir en dejar de lado una interpretación *que simplemente suscita dudas de constitucionalidad* (pp. 839-840). Nótese que la concepción más antigua históricamente es la única que, por razones estructurales, pueden llevar a la práctica los Tribunales Constitucionales.

decidir si hay que dejar de lado una determinada ley (hasta que el Tribunal Supremo zanja la controversia, si llega a hacerlo). Como ya observó Alexis de Tocqueville, en los Estados Unidos una ley es atacada gradualmente: “sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega al fin a sucumbir”¹⁹.

b) En segundo lugar, dado que el Tribunal Constitucional está especializado en asuntos constitucionales, los comentaristas no tienen que esforzarse por aislar los casos constitucionales y separarlos de los casos ordinarios. La especialización simplifica el debate público. Además, en la medida en que el Tribunal decide en abstracto, hace abstracción de las circunstancias de los diversos casos a los que podría aplicarse la ley, aislando de esta manera la cuestión relativa a la validez de la ley, y desligándola de otras cuestiones jurídicas. En los Estados Unidos, en cambio, los casos constitucionales son al mismo tiempo casos ordinarios. Las cuestiones constitucionales quedan sumergidas en un conjunto más amplio de cuestiones jurídicas. De nuevo, como decía Tocqueville, “cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque”. Ello contrasta con lo que ocurriría si “el juez hubiera podido atacar a las leyes de una forma teórica y general” (que es lo que ocurre cuando se impugna una ley en abstracto): el juez “habría entrado brillantemente en la escena política”²⁰.

No debe exagerarse, sin embargo, la diferencia entre los dos modelos en este punto. Pues, por un lado, algunos Tribunales Constitucionales se alejan del “modelo puro”, ya que tienen jurisdicción sobre diversos asuntos (más allá del control de constitucionalidad de la ley), con lo que las cuestiones jurídicas ordinarias se funden con las constitucionales. Por otro lado, gracias al *writ of certiorary*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha podido centrar en los casos que plantean cuestiones constitucionales, que actualmente integran un

¹⁹ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (1835), Volumen I (Madrid: Alianza Editorial, 1993), p. 96.

²⁰ Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, p.96.

alto porcentaje de los casos que resuelve cada año. Además, cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley, la decisión del Tribunal Supremo puede atraer tanta publicidad como una decisión de un Tribunal Constitucional.

c) En tercer lugar, en la medida en que órganos públicos pueden interponer recursos abstractos ante el Tribunal Constitucional, atraen la atención de los medios de comunicación. Además, esos órganos públicos tienen un importante papel a la hora de establecer la agenda del Tribunal. Sería impropio que el Tribunal tuviera jurisdicción discrecional cuando conoce de recursos abstractos interpuestos por instituciones públicas importantes. Si el legislador democrático tiene el “privilegio” de que su producto normativo sólo puede ser sometido a juicio de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, las instituciones legitimadas para interponer un recurso abstracto también tienen un privilegio: pueden exigir al Tribunal que se pronuncie sobre las objeciones que han articulado contra la ley. De esta manera, las instituciones públicas desempeñan un papel relevante en la configuración de la agenda del Tribunal Constitucional, en contraste con lo que ocurre en Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo crea su propia agenda a través del *writ of certiorary*.

Todos estos rasgos empujan a los Tribunales Constitucionales hacia una mayor visibilidad. Pero visibilidad significa “peligro”: en la medida en que las decisiones del Tribunal son altamente visibles, es más probable que generen controversia y resistencia. La ciencia política nos dice que existe una correlación positiva entre la baja visibilidad de los tribunales y el apoyo difuso que obtienen del público en general²¹.

Pues bien, si varios factores presionan a los Tribunales Constitucionales a ingresar en una zona de peligro, de alta visibilidad, uno podría aventurar que, en contraste con los

²¹ Véanse las referencias en Barry Friedman, “Mediated Popular Constitutionalism”, 101 *Michigan Law Review* 2595 (2003).

tribunales de los Estados Unidos, esos Tribunales Constitucionales tienen una estructura o naturaleza más fuerte que les permite entrar en ese terreno peligroso. La paradoja es que las cosas son más bien al revés: en comparación con los tribunales ordinarios, los Tribunales Constitucionales son (*ceteribus paribus*) más *frágiles* desde un punto de vista estructural.

6. LA FRAGILIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La fragilidad relativa de los Tribunales Constitucionales deriva de la estructura dualista de la que forman parte. Mientras los tribunales ordinarios, que desempeñan la función consistente en aplicar las leyes a los casos concretos, son absolutamente indispensables, los Tribunales Constitucionales no lo son. Si no existieran, y si ningún tribunal pudiera controlar la validez constitucional de las leyes, podrían producirse consecuencias negativas, pero la situación no sería tan grave que la que se produciría si no existieran los tribunales ordinarios. Durante muchas décadas, fueron muy pocos los países que aceptaron la institución del control de constitucionalidad de la ley, e incluso ahora hay Estados que la rechazan.

Los tribunales ordinarios, además, suelen estar fuertemente vinculados a los valores del Estado de Derecho. Aparecen como terceros imparciales que deciden las controversias entre los individuos, o entre los individuos y las autoridades públicas. En la medida en que la gente percibe a los tribunales ordinarios como órganos independientes que aplican la ley, tenderán a prestarles su apoyo y serán críticos con los intentos de minar su independencia. Los Tribunales Constitucionales, en cambio, son instituciones relativamente nuevas, cuya naturaleza no es puramente “judicial”: se especializan en asuntos de alta sensibilidad política; sus miembros son designados normalmente a través de procedimientos de carácter más político; a veces conocen de recursos interpuestos por instituciones políticas, etc... En la

medida en que los Tribunales Constitucionales aparecen a los ojos del público como órganos de índole más bien “política”, no pueden utilizar fácilmente el capital moral que los tribunales ordinarios pueden haber acumulado como aplicadores imparciales del Derecho²².

En una estructura monista las cosas tienden a ser distintas. Dado que los tribunales que ejercen la “función constitucional” son los mismos que llevan a cabo la “función judicial ordinaria”, están mejor protegidos frente a los ataques externos. Cuando ejercen el control de constitucionalidad de la ley, pueden sustentar su legitimidad sobre la base una legitimidad más profunda, ya obtenida, como tribunales ordinarios de justicia. Así, seguramente el Presidente Franklin D. Roosevelt encontró resistencia a su plan de reestructurar el Tribunal Supremo, en parte porque éste es un tribunal ordinario de justicia que, en opinión de mucha gente, debería ser independiente de las presiones políticas. Si Roosevelt se hubiera estado enfrentando a un Tribunal Constitucional, quizás le habría resultado más fácil convencer al público de que su plan constituía un esfuerzo razonable por corregir la jurisprudencia de un tribunal que era demasiado activista en un área determinada del Derecho Constitucional. Los tribunales ordinarios de justicia no habrían quedado afectados por su plan.

Precisamente porque los Tribunales Constitucionales son estructuralmente más frágiles, es necesario establecer reglas formales para mejor protegerlos. Así, por ejemplo, los Tribunales Constitucionales se encuentran explícitamente recogidos en la Constitución, de manera que no pueden ser eliminados, ni su jurisdicción restringida, a través de la legislación ordinaria. En algunos países, es incluso imposible suprimir el control de constitucionalidad de la ley a través de una reforma de la Constitución²³. De manera similar, el número de jueces

²² En los países que han experimentado una transición reciente a la democracia, sin embargo, la situación es normalmente diferente. El recién establecido Tribunal Constitucional representa los valores del sistema democrático, mientras que los tribunales ordinarios se asocian al pasado autoritario, o incluso a la corrupción.

²³ La Constitución de Portugal, por ejemplo, declara en su artículo 288, letra l) que no es posible reformar la Constitución para eliminar el control de las normas por inconstitucionalidad activa o por inconstitucionalidad por omisión. Y en Austria se suele entender que sólo una revisión total de la Constitución, que exige referendun, y no una reforma ordinaria, puede llevar a la eliminación del control de constitucionalidad de la ley.

del Tribunal suele venir fijado en la Constitución, de manera que el Parlamento no puede, a través de una ley ordinaria, jugar con un cambio en el número de jueces para permitir a la mayoría tener un Tribunal de su agrado.

Pueden adoptarse medidas adicionales para proteger al Tribunal Constitucional. Por ejemplo, puede ser aconsejable no permitir a sus miembros formular votos disidentes o concurrentes (a pesar de lo ventajosa que pueda ser esta figura desde otros puntos de vista). Si las opiniones y los votos emitidos por los jueces individualmente considerados permanecen en secreto, las instituciones políticas no pueden presionarles explícita o implícitamente con promesas relativas a posibles cargos para cuando dejen el Tribunal, una vez transcurrido su mandato²⁴. Además, si el Tribunal habla públicamente con una única voz, estará en mejor posición para arrostrar las críticas. Si los jueces no pueden formular opiniones concurrentes o disidentes para el público, tienen entonces un incentivo para buscar el consenso con los demás jueces del Tribunal. (Como explican John Ferejohn y Pasquale Pasquino, un tribunal tenderá a ser “internamente deliberativo” si no puede publicar opiniones disidentes, mientras que será “externamente deliberativo” en caso contrario²⁵). La decisión que finalmente dicte el Tribunal tenderá a ser más moderada, y las instituciones políticas estarán más dispuestas a aceptarla.

Además, puede ser conveniente diseñar Tribunales Constitucionales que no sean *puros* ni fuertemente *autónomos* con respecto al poder judicial ordinario. Así, si el Tribunal Constitucional tiene competencia para ejercitar ciertas “funciones judiciales”, y si está estrechamente conectado con el poder judicial ordinario (a través de las cuestiones de inconstitucionalidad o los recursos de amparo, por ejemplo), entonces le resultará más fácil

²⁴ Para una defensa de esta tesis, en conexión con el caso italiano, véase Mary Volcansek, *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court* (New York: St. Martin's Press, Inc., 2000), pp. 8, 24.

²⁵ John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”, incluido en Wojciech Sadurski (editor), *Constitutional Justice, East and West* (Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003), pp 21-36.

protegerse frente a los ataques o presiones gubernamentales. Aparecerá a los ojos del público como un verdadero “tribunal de justicia”, cuya independencia es tan importante proteger como la del resto de los tribunales, en lugar de presentarse como una “institución política” que debería ser sensible a las presiones externas de las instituciones políticas democráticas. La otra cara de la moneda, sin embargo, es que los tribunales ordinarios pueden entonces ofrecer resistencia contra un Tribunal Constitucional que (a su juicio) trata de penetrar en el poder judicial ordinario y erigirse en el verdadero “tribunal supremo” (por encima del Tribunal Supremo ordinario). En esas circunstancias, el Tribunal Constitucional puede tener razones para temer, no tanto los ataques gubernamentales, cuanto los que provengan de los tribunales ordinarios²⁶.

7. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA DEFERENCIA AL LEGISLADOR

Si se acepta lo afirmado hasta ahora, uno podría tener la tentación de argumentar del siguiente modo: si es verdad que, *ceteris paribus*, un Tribunal Constitucional relativamente puro (a) no puede evitar fácilmente las cuestiones constitucionales, y (b) es relativamente frágil en comparación con los tribunales ordinarios, entonces (c), *ceteris paribus*, el Tribunal tenderá a ser deferente hacia el legislador y, por lo tanto, impondrá a las leyes un test de constitucionalidad muy poco estricto. Sin embargo, y según trataré de argumentar a

²⁶Así, cierta tensión entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional es más o menos inevitable en aquellos sistemas en los que este último está habilitado para revisar las decisiones del primero. Aunque no es fácil definir las fronteras jurisdiccionales entre los dos tribunales, la tensión de fondo puede verse controlada si los dos tribunales actúan con lealtad institucional. A veces, sin embargo, la tensión explota. Como ejemplo patológico de esta tensión, véase una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, de 23 de enero de 2004, que condena a los magistrados del Tribunal Constitucional a pagar una indemnización a un ciudadano cuyo recurso de amparo había sido inadmitido por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo considera que las razones ofrecidas por el Tribunal Constitucional para justificar la inadmisión del recurso de amparo eran insuficientes, lo que produjo un daño moral en ese ciudadano, en la medida en que se vieron perturbadas sus creencias en el Estado de Derecho. Según el Tribunal Supremo, el valor económico del daño moral producido por cada magistrado se eleva a 500 euros por cabeza. Los magistrados del Tribunal Constitucional se enfurecieron con esta sentencia, que parece pertenecer al mundo del surrealismo. En estos momentos está pendiente de resolución un recurso de amparo interpuesto contra ella, ¡ante el propio Tribunal Constitucional!

continuación, ello no es así. *Ceteris paribus*, cabe esperar que un Tribunal Constitucional va ser *activista* (severo), y no deferente.

La razón es la siguiente: le resultaría difícil a un Tribunal Constitucional ganarse un lugar dentro del sistema institucional si de manera regular declarara válidas las leyes que se impugnan ante él. ¿Cuál sería el sentido de establecer una institución cuya función principal es el control de constitucionalidad de las leyes, si luego resultara que salvo contadas excepciones, nunca declarara inválida una ley? Aunque el Tribunal hubiera sido creado con el propósito, no de frenar al legislador, sino de ponerle un sello de "legitimación" constitucional, tendría que ser bastante *activista*. Como explicó Charles Black en el contexto de los Estados Unidos, para que un tribunal esté en la posición de legitimar las leyes, es necesario que ejercite un poder de invalidación²⁷. ¿A quién le impresionará una sentencia del Tribunal Constitucional que declara válida una determinada ley, si resulta que ese Tribunal prácticamente siempre declara válidas las leyes?

Un caso interesante a considerar en este punto es el caso francés. Dado que el Tribunal Constitucional francés es bastante "puro" (pues, aparte de las cuestiones electorales, su función básica es el control de constitucionalidad de las leyes), no es sorprendente que su jurisprudencia exhiba una tasa elevada de declaraciones (directas o indirectas) de inconstitucionalidad. Sería difícil para este Tribunal adquirir cierta relevancia institucional si casi nunca invalidara las leyes. De hecho, dado que normalmente es la oposición parlamentaria la que impugna las leyes, la función que el Tribunal ha asumido es la de distribuir poder político entre la mayoría gobernante y la oposición²⁸. (Cuentan que bajo la presidencia de Robert Badinter, había una regla no escrita de acuerdo con la cual el Tribunal debía declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la mitad de las ocasiones). De esta

²⁷ Charles Black, *The People and the Court* (New York: Macmillan, 1960), pp. 34 *et seq.*

²⁸ Para un examen del papel del Tribunal Constitucional dentro del proceso político francés, véase Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France* (Oxford University Press, 1992). Acerca de la tasa de declaraciones de inconstitucionalidad en Francia, véase Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press, 2000), p. 63.

manera, la justicia constitucional compensa en Francia la ausencia del método normalmente empleado para dividir el poder político entre mayoría y minoría: el federalismo.

En cambio, en un sistema descentralizado de control de constitucionalidad, es posible (aunque no necesario) que los tribunales sean muy deferentes hacia el legislador. Dado que su espacio dentro del sistema como tribunales ordinarios está absolutamente protegido, gozan de un mayor margen de flexibilidad acerca del grado de activismo con el que van a desempeñar la “función constitucional”, que es complementaria. Ciertamente, pueden ser muy activistas, pero también pueden optar por ser extremadamente deferentes sin que, por ello, se sitúen entonces en una posición institucional embarazosa.

Así pues, si uno sostuviera la tesis de que las leyes aprobadas por el Parlamento democrático deben beneficiarse de una fuerte presunción de validez a su favor, de manera que sólo aquéllas que resulten “claramente erróneas” desde el punto de vista constitucional deberían ser invalidadas judicialmente, entonces sería incoherente establecer un Tribunal Constitucional, pues éste tiene una inclinación activista. Sería menos arriesgado, en cambio, confiar en los tribunales ordinarios, dentro de un modelo descentralizado. Esos tribunales desarrollarían su función ordinaria de resolver casos concretos con arreglo a las leyes. En el caso extraordinario de que la ley aplicable fuera claramente inconstitucional, la inaplicarían. Aunque esto ocurriera muy raramente, nadie cuestionaría la relevancia institucional de esos tribunales. Además, si se trata de aplicar el estándar del “error manifiesto”, parece aconsejable confiar en jueces ordinarios, que no son “expertos” en Derecho Constitucional. Pues hay que suponer que la ley “manifiestamente inconstitucional” presenta un vicio que puede ser detectado por cualquier juez, sin que sea necesario crear un tribunal especializado.

Desde esta perspectiva, tiene sentido que Dinamarca, Suecia y Finlandia, por ejemplo, no hayan decidido crear un Tribunal Constitucional. En estos países sólo se considera legítimo un ejercicio poco activista del control de constitucionalidad de la ley. En Dinamarca,

no fue hasta el año 1999 cuando el Tribunal Supremo rechazó por inconstitucional una ley de importancia política. En Suecia y Finlandia, la Constitución explícitamente declara que únicamente cuando la ley sea manifiestamente inconstitucional puede un tribunal inaplicarla (artículo 14, Capítulo 11, del “Instrumento de Gobierno” de Suecia; sección 106 de la Constitución de Finlandia)²⁹. En efecto, habría supuesto una inconsistencia pragmática establecer esta regla de extrema deferencia hacia el legislador y erigir después un Tribunal Constitucional.

Para decirlo en términos de la doctrina estadounidense, un Tribunal Constitucional no sólo tiene una inclinación “anti-Bickeliana” (por cuanto le resulta difícil evitar las cuestiones constitucionales) sino que también tiene una inclinación “anti-Thayeriana” (en la medida en que le resulta difícil ejercer un control de constitucionalidad muy deferente)³⁰.

Sin embargo, si el Tribunal Constitucional no es “puro”, sino que desempeña otras funciones aparte del control de la ley, su posición es distinta. Cuanto más importantes sean estas funciones adicionales, mayor margen de maniobra tiene el Tribunal para ejercer un control muy deferente hacia el Parlamento, si existen factores que empujan en esa dirección. Pues aunque al final resulte que sólo muy raramente invalida una ley, la posición del Tribunal en el sistema está asegurada, en la medida en que existen esas otras funciones que justifican su existencia y relevancia. Los Tribunales Constitucionales alemán y español, por ejemplo, desempeñan un importante papel como árbitros de las controversias entre el gobierno central y los gobiernos regionales, y como garantes de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas y judiciales. En consecuencia, gozan de un mayor margen para optar por un control de constitucionalidad de la ley más suave, si lo estiman adecuado.

²⁹ Acerca de la práctica del control de constitucionalidad en estos países, puede consultarse Jaakko Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, 48 *American Journal of Comparative Law*, 345 (2000).

³⁰ James Bradley Thayer defendía una alta deferencia (concretada en la regla del “error claro”) en su famoso artículo “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, 129 (1893).

Aunque este control llegara a ser “irrelevante” en la práctica, por ser altamente deferente, la posición de estos Tribunales Constitucionales seguiría siendo sólida: sus otras atribuciones serían suficientes para asegurar su centralidad institucional.

Además de estos rasgos estructurales (la centralización del control, y el grado de pureza del Tribunal Constitucional), otros factores pueden contribuir al activismo del Tribunal:

a) Un primer factor se refiere a la selección de los jueces y la duración de su cargo. En la medida en que los jueces estiman que está justificada cierta deferencia en favor del legislador por razones democráticas, estarán menos preocupados por la deferencia si son seleccionados a través de procedimientos relativamente democráticos que si lo son por otros medios. Lo mismo sucede si sus cargos son de duración limitada, como es el caso en muchos países europeos.

b) Un segundo factor está relacionado con el grado de rigidez de la Constitución. Si la Constitución no es de muy difícil reforma, los jueces se sentirán menos cohibidos cuando someten las leyes al control de constitucionalidad, pues sabrán que sus interpretaciones pueden ser neutralizadas a través de una reforma constitucional. Cuanto más flexible sea la Constitución, menos razones tiene el juez para preocuparse por la “objeción contra-mayoritaria”, y en mayor medida estará dispuesta la comunidad política a aceptar el activismo del Tribunal. En general, las Constituciones europeas son más fáciles de modificar que la Constitución de los Estados Unidos, y ello debe suponer un factor adicional que contribuye a presionar a los Tribunales Constitucionales en una dirección activista.

c) Una tercera variable es la fuerza de la doctrina del precedente. Cuando el Tribunal Constitucional (en un sistema del *civil law*) interpreta la Constitución para decidir acerca de la validez de una ley, esa interpretación tiene relevancia en todo el sistema jurídico, obviamente. Se supone que el Tribunal será coherente cuando enjuicie otras leyes en el futuro, y se espera que los jueces ordinarios tengan en cuenta esa interpretación constitucional cuando apliquen las leyes. Pero los efectos de la decisión del Tribunal no son tan fuertes como en un sistema del *common law*: el Tribunal Constitucional goza de mayor flexibilidad para revisar su interpretación en el futuro. Ello compensa la presión estructural a la que se halla sometido, de tener que encarar las cuestiones constitucionales. Aunque, como vimos en su momento, el Tribunal Constitucional no puede evitar dar respuesta a la cuestión de qué dice la Constitución con respecto a determinado problema, esa respuesta no es tan concluyente como la que se daría en un sistema del *common law*. Esa respuesta está más abierta a la revisión en ocasiones futuras. En la medida en que ello es así, el Tribunal se puede sentir más animado a ensayar lecturas activistas de la Constitución.

d) Un cuarto factor concierne al tipo de Constitución que el Tribunal tiene que administrar. Cuanto más amplio sea el ámbito cubierto por la Constitución, tanto más probable será que el Tribunal pueda encontrar en la Constitución un principio o conjunto de principios en función de los cuales podrá declarar inválida una ley.

Así, en comparación con la Constitución de los Estados Unidos, las Constituciones europeas más modernas tienden a ser más ricas en derechos y principios. Además, la idea de que los derechos fundamentales no vinculan sólo a los órganos públicos, sino también (directa o indirectamente) a los particulares, expande aún más el alcance de la Constitución: impone límites a los individuos cuando se relacionan con otros en la esfera privada. En consecuencia, el dominio de los principios de la “justicia política” y el dominio de los

principios de la “justicia constitucional” (lo que la Constitución dice en materia de justicia política) tienden a coincidir en Europa³¹. No es sorprendente, por ejemplo, que Robert Alexy, uno de los filósofos del Derecho más relevantes de Alemania, haya sostenido que uno de los problemas básicos de la teoría de los derechos fundamentales consiste en definir un espacio para el legislador democrático bajo una Constitución de principios tan expansiva. Pues, si la Constitución cubre tanto terreno, y el Tribunal es el supremo intérprete de la Constitución, ¿qué le queda al legislador democrático?³² La Constitución de los Estados Unidos, en cambio, impone menos restricciones a las instituciones políticas. Incluso Ronald Dworkin, que defiende una lectura moral de la Constitución que pone énfasis en la centralidad de los principios abstractos de la igualdad y libertad básica, tiene que reconocer que los derechos económicos y sociales que él considera parte integrante de una teoría liberal de la justicia no se pueden entender incluidos por vía interpretativa en la Constitución de los Estados Unidos³³. Y en su definición de derecho fundamental, el sujeto que resulta restringido por el derecho es el Estado, no los particulares.

Este contraste tiene orígenes históricos. La revolución americana no tuvo que transformar la sociedad en el modo radical en que tuvieron que hacerlo las revoluciones liberales europeas. Éstas tuvieron que dismantelar las estructuras feudales que las monarquías absolutas no habían destruido completamente. Así, mientras la Constitución de los Estados Unidos trató de establecer únicamente unos cuantos límites negativos al gobierno, las Constituciones europeas contenían un ambicioso programa de transformación social.

³¹ Estoy utilizando aquí conceptos y terminología de Larry Sager, “The Domain of Constitutional Justice”, incluido en Larry Alexander (editor), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998), pp. 235-270.

³² Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002), pp. 388-425. Para un buen comentario crítico del libro de Alexy, con referencias a este problema, véase Mattias Kumm, “Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, *I.CON, International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, number 3, July 2004 (de próxima publicación).

³³ Ronald Dworkin, *Freedom’s Law* (..), pp....

Además, mientras que en los Estados Unidos se esperaba que la Constitución sería aplicada por los jueces, las Constituciones europeas fueron redactadas bajo el presupuesto de que serían las instituciones políticas, y no los tribunales, los encargados de su protección y desarrollo. El tono de la Constitución podía ser entonces más ambicioso³⁴.

Cuando se elaboraron Constituciones más modernas, con el trasfondo de la institución del control de constitucionalidad, hubo que ser más cuidadoso en la redacción del texto³⁵. Pero el hecho de que fueran Tribunales Constitucionales, y no jueces ordinarios, los encargados de aplicar la Constitución frente a la ley posibilitó que la Constitución se redactara en términos más “filosóficos” que si se hubiera encomendado el control a los jueces ordinarios. La Constitución puede resistir su plena “legalización” si los órganos encargados de salvaguardarla no tienen una naturaleza plenamente “judicial”. El Tribunal Constitucional tiene una clara autoridad (explícitamente fundada en la Constitución) para utilizar la Constitución a los efectos de invalidar leyes, sin importar lo peculiar que pueda ser esa Constitución como norma jurídica, es decir, sin importar lo mucho que se pueda alejar del tipo de normas que integran el Derecho ordinario. En contraste con lo que sucede en el sistema estadounidense, un Tribunal Constitucional no necesita hacer descansar su poder de controlar las leyes en el hecho de que “it is emphatically the province of courts to say what the law is” (*Marbury v. Madison*).

La consecuencia de tener una Constitución que cubre tanto terreno, y que lo hace a través de cláusulas abstractas y “filosóficas”, es que resulta arduo para un Tribunal sostener que la Constitución guarda silencio sobre determinado problema moral. Cuando alguien

³⁴ Conviene indicar, de todos modos, que el entendimiento generalizado en los Estados Unidos era que los jueces controlarían las leyes de manera muy deferente. Dejarían de lado aquellas leyes cuya inconstitucionalidad se diera por supuesta. Es decir, aplicarían la regla del “error patente”. Véase Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution* (New Haven: Yale University Press, 1990), pp. 34-38.

³⁵ Así, Hans Kelsen, quien se tomó en serio la Constitución como norma cuya supremacía debía ser garantizada por el Tribunal Constitucional, insistió en que la Constitución no incluyera términos como “justicia”, “libertad” e “igualdad”, sino términos más precisos. Véase Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, 44 *Revue du Droit Public*, 221-41 (1928).

impugna una ley con el argumento de que viola un principio de justicia, le resulta fácil vincular ese principio a alguna cláusula o conjunto de cláusulas del texto constitucional. El Tribunal no puede reaccionar “pasivamente” y decir que la Constitución no dice nada acerca del problema que el recurrente ha puesto de relieve. La Constitución puede ser indeterminada (vaga), pero no guarda silencio al respecto. La única estrategia alternativa que un Tribunal “pasivo” podría utilizar es aplicar estándares muy laxos a la legislación, cuando tiene que enjuiciarla bajo los derechos y principios que la Constitución enuncia. Pero, como he sostenido con anterioridad, un Tribunal Constitucional no puede ir muy lejos en esta dirección. En la medida en que su principal función en el sistema sea la de controlar la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional no puede decir con demasiada frecuencia que la legislación es respetuosa con las exigencias que derivan de la Constitución.

8. CODA: UN POSIBLE ARGUMENTO

Tengo la tentación de concluir mis reflexiones con la siguiente idea, que reconozco que es muy especulativa. Si aceptamos que, *ceteris paribus*, y bajo ciertos presupuestos acerca del grado de pureza y autonomía del Tribunal Constitucional, un tal Tribunal (a) no puede evitar fácilmente las cuestiones constitucionales que se le plantean, (b) es altamente visible y relativamente frágil, (c) no puede ser extremadamente deferente hacia el legislador, y (d) no puede negar fácilmente que la Constitución incluye principios relevantes para dar respuesta a los problemas suscitados, entonces, ¿no deberíamos concluir que (e) un Tribunal Constitucional de esa naturaleza tiene un fuerte incentivo para hacer bien el trabajo que tiene encomendado? Con independencia de que en un caso determinado declare válida la ley o la invalide, debe hacerlo sobre la base de buenas razones. Aunque no convenza a todas las partes de que sus decisiones son correctas, tiene que convencer a cuanta más gente sea

posible de que está tomándose en serio su función, y de que fue una buena idea establecer un Tribunal Constitucional. Al fin y al cabo, los Tribunales Constitucionales no son indispensables.