

LA ELECCIÓN DE UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ENTRE EXPLICACIÓN Y DOGMA¹

Guillaume Tusseau

*Profesor de Universidad de la Escuela de Derecho de Sciences Po
Miembro del Instituto Universitario de Francia*

Recibido: 02-09-2016
Aceptado: 24-09-2016

SUMARIO

Introducción.

I. La tesis explicativa de Mauro Cappelletti.

A. El problema de la uniformidad de la interpretación constitucional.

B. El problema de la ideología jurisdiccional dominante.

II. Observaciones críticas.

A. La crítica interna: factores explicativos contestables.

B. La crítica externa: factores explicativos desestimados.

Conclusión.

¹ La versión original de ese estudio pareció bajo el título «Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel», in *Jus politicum. Revue de droit politique*, Vol. VII, 2015, pp. 217-244. Agradezco a Paloma García Guerra por su traducción.

Introducción.

1. A lo largo de sus años de desarrollo, el estudio del contencioso constitucional ha visto surgir y solidificarse un cierto nombre de *topoi* doctrinales. Estos contribuyen a la estructuración de la disciplina y constituyen marcadores de su identidad¹. Por medio de su resiliencia relativa y el hecho que ofrecen una matriz intelectual relativamente estable para los desarrollos cotidianos de la disciplina, estos elementos terminan por sustraerse a discusión. Lejos de estar sometidos a los debates internos del campo de estudio, es precisamente desde el marco que delimitan que esos debates son hechos posibles y se desarrollan.

2. Ciertos de estos *topoi* son esencialmente de naturaleza descriptiva y tienen por objetivo organizar la exposición de datos de derecho positivo. Ese es el caso por ejemplo, a un nivel "macro", de la distinción entre modelos de justicia constitucional². Desde el punto de vista doctrinal y tal y como aparece en particular en la literatura comparatista, la dicotomía entre dos paradigmas – el americano y el europeo – de organización del control de constitucionalidad de las leyes pretende principalmente facilitar la ordenación de diversas formas de organización de este dispositivo que revela el análisis del derecho positivo. Aún cuando se expone a críticas cruciales en varios aspectos, esta distinción es esencial para la presentación y el análisis. Resulta un punto de partida necesario, incluso si es para ser superado, para la discusión y la argumentación. A un nivel "micro", los autores que admiten su predilección por la orientación del estudio del contencioso constitucional que se ha desarrollado a la vez en América hispanohablante³ y en Alemania⁴ bajo el

1 Vergara Blanco A., «Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'», *Revista chilena de derecho*, Vol. 41(3), 2014, pp. 957-991.

2 Tusseau G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*, 2ª ed., trad. esp. T. García Berrio Hernández, pres. E. Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, col. «Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional», Vol. 50, 2011, xix+171 p.; Bagni S. (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia UP, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2013, 245 p.

3 Ferrer Mac-Gregor E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, pról. Fix-Zamudio H., 5a ed., 4 Vol., México, Porrúa, 2006, lviii+4094 p.; Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, 12 Vol., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

4 Häberle P., «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts», *Juristenzeitung*, 1973, pp. 451-455; Häberle P., «Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *Juristenzeitung*, 1976, pp. 377-384; Sachs M., *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2004, 192 p.; Heimann H.M., Kirchhof G., Waldhoff C., *Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht*, München, Beck, 2004, xiv+279 p.; Hillgruber C., Goos C., *Verfassungsprozessrecht*, 3e Aufl., Heidelberg, Hamburg, Müller, Verl.-Gruppe Hüthig, Jehle, Rehm, 2011, xx+386 p.; Benda E., Klein E., Klein O., *Verfas-*

nombre de "derecho procesal constitucional" frecuentemente estructuran el estudio alrededor de un tríptico fundamental. Este distingue entre (i) la jurisdicción, es decir el rol del juez, la organización jurisdiccional del Estado, los derechos y las obligaciones de los magistrados, etc.; (ii) la acción, es decir las vías de acceso al juez constitucional, las demandas hechas durante el proceso, las condiciones para formular la solicitud, etc.; (iii) el proceso, es decir los plazos para los recursos las anulaciones, etc. Nuevamente, el objetivo de estos conceptos es principalmente la ordenación racional de los diferentes elementos presentados.

3. Otros topoi resultan más de un registro explicativo que de un registro estrictamente expositivo. En lo relativo a modelos de justicia constitucional, este es el caso especialmente de la manera en la que frecuentemente es explicada la elección de las autoridades de un Estado a favor de una o la otra solución tipo. Con arreglo a éste y muchos otros elementos que estructuran la disciplina hoy en día, los especialistas de contencioso constitucional están en deuda con Mauro Cappelletti (1927-2004). Mauro Cappelletti se mostró particularmente creativo con respecto a los conceptos necesarios para el estudio comparativo de los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Así, identificó la "jurisdicción constitucional de la libertad"⁵, que representa una de las ramas esenciales del estudio del contencioso constitucional. Fue uno de los primeros en intentar sistematizar la materia ofreciendo matrices de comprensión operativas de un punto de vista comparativo⁶. Contribuyó de manera remarcable a la comprensión de la nueva forma de sociedad política jurisdiccionalizada, de la cual estudió el establecimiento⁷. La recepción y la audiencia de sus traba-

sungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 3e Aufl., Heidelberg, Müller, 2012, xxx+viii+624 p.

5 Cappelletti M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale* (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco), Milano, A. Giuffrè, coll. «Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile», Vol. 7, 1955, 154 p. Cappelletti M., *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana por Fix-Zamudio H., pról. Azuela M., México, Imprenta universitaria, col. «Publicaciones del Instituto de derecho comparado», 1961, 247 p. V. également p. ex. Cascajo Castro J.L., «La jurisdicción constitucional de la libertad», *Revista de estudios políticos*, n° 199, 1975, pp. 149-198; Brage Camazano J., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, col. «Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional», 2005, 264 p.; Fix-Zamudio H., «Introducción al derecho procesal constitucional», http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/1997/03%20-%20Hector%20Fix-Zamudio_%20Introduccion%20al%20derecho%20procesal%20constitucional.pdf, pp. 67-73 ; Ferrer Mac-Gregor, «Mauro Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad», *El siete*, Vol. 3, n° 13, 2008, pp. 49-52.

6 Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, A. Giuffrè, coll. «Studi di diritto comparato», Vol. 1, 1968, xii+134 p.

7 Cappelletti M., *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. «Droit public positif», 1990, 397 p.

jos son tales que algunas de sus propuestas doctrinales parecen hoy evidencias insuperables. En la esfera de los topoi explicativos a los que recurren algunos constitucionalistas, este es innegablemente el caso de la tesis que elaboró sobre las razones por las que ciertos constituyentes eligen dotarse de una corte constitucional ad hoc, situada al margen del aparato jurídico tradicional y caracterizada por un cierto grado de especialización⁸, en lugar de confiar a los jueces ordinarios el contencioso constitucional.

4. Las páginas que siguen estarán precisamente consagradas a algunos comentarios sobre el tema de dicha tesis. En este sentido, la ambición de este texto es sumamente modesta. No discutirá el supuesto implícito de esta construcción, es decir la oposición entre un modelo europeo y un modelo americano de justicia constitucional, del que conocemos la escasa pertinencia científica. Basta en este contexto con recordar brevemente los diferentes tipos de dispositivos de control de constitucionalidad que identificó Humberto Nogueira Alcalá en América del Sur en 2003⁹:

- "1. Sistema judicial difuso que ejercen los tribunales ordinarios de justicia (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional (Paraguay, Venezuela).
4. Sistemas mixtos.
- 4.1. Sistema de control judicial difuso en tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Supremo (Brasil).
- 4.2. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional (Colombia).
5. Sistema de control de constitucionalidad dualista de tribunales ordinarios y control concentrado en tribunales constitucionales (Perú, Ecuador).

8 Favoreu L., *Les cours constitutionnelles*, 3e éd., Paris, coll. «Que sais-je ?», Vol. 2293, 127 p., pp. 3, 5-30 ; Id., «La notion de cour constitutionnelle», in Zen-Ruffinen P., Auer A. (dir.), *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhan, 1996, xx+714 p., pp. 15-27.

9 Para una visión actualizada véase Frosini J.O., Pegoraro L., «Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009, 385 p., pp. 345-376 ; Storini C., Escudero Soliz J., «El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410613&d=; Actualisation dans Nogueira Alcalá H., «El estatuto de los jueces constitucionales en Chile», in Fix-Zamudio H., Astudillo C. (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje a Jorge Carpizo*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 830 p., pp. 319-361, pp. 319-323.

6. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad en Tribunal Constitucional (preventivo) y Corte Suprema (represivo) (Chile).
7. Sistema de control concentrado únicamente en Tribunal Constitucional (Bolivia)¹⁰."

No se trata de discutir directamente la posibilidad, las modalidades y el interés de la introducción de un planteamiento de tipo explicativo o causal¹¹ en el análisis jurídico comparativo, tratados de manera remarcable en un texto de Ran Hirschl¹². No se trata tampoco de formular teorías destinadas a identificar las causas del desarrollo de la justicia constitucional de manera general¹³. De este punto de vista resulta del todo indiferente considerar que éste obedezca a una necesidad lógica¹⁴, responda a una necesidad práctica de garantizar una separación de poderes vertical¹⁵, se base en un interés generoso por la protección de los de-

10 Nogueira Alcalá H., «Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales», *Revista de derecho*, Vol. 14, 2003, pp. 43-66, p. 62. V. également Nogueira Alcalá H., «Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias», *Provincia*, 2005, pp. 27-93 ; Sagüés N.P., «Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional», *Pensamiento constitucional*, Vol. VIII (8), 2002, pp. 431-444, pp. 435-436. Para propuestas alternativas véase Mezzetti L., «Sistemi e modelli di giustizia costituzionale», in Id. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, pref. De Vergottini G., Padova, Cedam, 2009, x+815 p., pp. 1-98; Tusseau G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional*, op. cit., pp. 111-144.

11 Von Wright G.H., *Explanation and Understanding*, Ithaca, New York, Cornell UP, 1971, xvi+230 p.

12 Hirschl R., «On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law», in Choudhry S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, x+448 p., pp. 39-66.

13 Shapiro M., «The Success of Judicial Review», in Kenney S.J., Reisinger W.M., Reitz J.C. (ed.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, foreword Weiler J.H.H., Basingstoke, London, MacMillan Press, New York, St. Martin's Press, 1999, xix+254 p., pp. 193-219; Shapiro M., «The Success of Judicial Review and Democracy», in Shapiro M., Stone Sweet A., *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford UP, 2002, xi+417 p., pp. 149-183 ; Silverstein G., «Sequencing the DNA of Comparative Constitutionalism: A Thought Experiment», *Maryland LR*, Vol. 65, 2006, pp. 48-67 ; Von Brünneck A., «Constitutional Review and Legislation in Western Democracies», in Landfried C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 264 p., pp. 219-261, pp. 249-251.

14 Criticando ese argumento, véase Troper M., «Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste», in Zoller E. (dir.), *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A French-American Dialogue*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2003, ix+228 p., pp. 215-228.

15 Friedrich C.J., *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr. Bertrand A. (dir.), Paris, PUF, coll. «Bibliothèque de la science politique», 1958, xvi+564 p., pp. 127-128 ; Beaud O., «De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral», in Grewe C., Jouanjan O., Maulin E., Wachsmann P. (dir.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2005, ix+188 p., pp. 49-72 ; Smith E., «The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – A Comparative Approach», in Id. (ed.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., pp. 363-402, p. 367; Silverstein G., «Sequencing the DNA of Comparative

rechos humanos, resulte de una solapada empresa por substituir la "juristocracia" o la "kriararquía" a la democracia¹⁶, o incluso derive, al ejemplo de lo que respondió Gouverneur Morris (1752-1816) a un Senador de Kentucky para justificar el poder de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes, de "una autoridad superior que esta Constitución [, ...] de la constitución del hombre, de la naturaleza de las cosas, del progreso necesario de los asuntos humanos"¹⁷."

El enfoque elegido es esencialmente meta-doctrinal. No se interesa tanto al estudio del contencioso constitucional positivo sino a la elección de los instrumentos intelectuales de tal estudio. En este sentido, se trata menos de examinar las mismas causas respectivas del establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc o del empoderamiento de jueces ordinarios para garantizar el respeto de la constitución, que de estudiar la tesis desarrollada sobre este tema por un autor particular, y reproducida de manera relativamente constante por los autores que se encargaron de estudiar la aparición de nuevas maneras de organizar la justicia constitucional. También se trata de examinar, por medio de su presentación (I) y formulando algunas observaciones críticas respecto a él (II), la consistencia de un elemento anclado firmemente en el conjunto de los instrumentos intelectuales de la dogmática del contencioso constitucional.

I. La tesis explicativa de Mauro Cappelletti.

5. Los especialistas del contencioso constitucional concuerdan que la explicación de la existencia y de la difusión de la justicia constitucional a través de Estados extremadamente diversos del punto de vista político, económico, social, cultural, jurídico, geográfico, etc. conlleva ciertas dificultades. Cuando un fenómeno, como la adopción de sistemas de garantía jurisdiccional de la constitución,

Constitutionalism: A Thought Experiment», op. cit., pp. 52-53; Shapiro M., «The Success of Judicial Review», op. cit., pp. 194-196; Shapiro M., «The Success of Judicial Review and Democracy», op. cit., pp. 149-150; Schor M., «Mapping Comparative Judicial Review», Washington University Global Legal Studies Law Review, Vol. 7, 2008, pp. 257-287, p. 264 ; Rivero J., «Rapport de synthèse», in Favoreu L. (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, préf. Tunc A., Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, coll. «Droit public positif», 1987, 540 p., pp. 517-529, p. 518 ; Ehrmann H.W., Comparative Legal Cultures, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1976, xiv+172 p., p. 139; Scholler H., «La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence», Revue de la recherche juridique, 1993, pp. 1163-1172, p. 1164.

16 Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge (Mass.), London, Harvard UP, 2004, 286 p.

17 In Debates in the Senate of the United States on the Judiciary, during the First Session of the Seventh Congress, Philadelphia, Thos. Smith, 1802, 324 p., p. 317.

es presentado en forma de olas, como lo hacen numerosos autores¹⁸, se pueden básicamente dar cuatro tipos de explicaciones¹⁹: (i) una única causa puede explicar los diferentes ejemplos del fenómeno; (ii) un desarrollo paralelo de las distintas situaciones radica en causas locales idénticas; (iii) un efecto de "bola de nieve" que conduce a que el surgimiento de un sistema de justicia constitucional en un Estado resulta un factor determinante de su instauración en otro; (iv) distintas causas conducen diferentes Estados a adoptar respuestas parecidas, por causa de la creencia compartida de su eficacia para un cierto objetivo. También se considera que ninguna explicación unívoca permite explicar por sí sola la cuasi-universalización de la justicia constitucional.

6. Al contrario, las razones por las que los constituyentes deciden dotar su sistema de justicia constitucional con una arquitectura concentrada o una arquitectura desconcentrada parecen haber sido identificadas desde hace mucho tiempo por Mauro Cappelletti²⁰, del cual el análisis ha sido ampliamente reproducido por un gran nombre de autores. Según él,

"Las razones por las que confiar el control de constitucionalidad a las jurisdicciones ordinarias son bastante convincentes. Todos los jueces deben aplicar el derecho al caso que debe ser juzgado. Cuando aparecen aplicables normas incompatibles, el juez debe decidir cuál debe prevalecer. Existen criterios tradicionales a este fin, como *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*. Cuando existe una constitución escrita que no puede ser modificada por la legislación ordinaria, una jerarquía de normas se encuentra establecida, y de la misma manera que una ley prevalece sobre un acta administrativa, una disposición constitucional prevalece sobre una ley ordinaria: *lex superior derogat legi inferiori*. Según este razonamiento, cuando las jurisdicciones declaran una ley incompatible con una disposición constitucional, no hacen más que cumplir con su función ju-

18 Mavčič A., *The Constitutional Review*, 2nd ed., Lake Mary, Fl., Vandeplass Publishing, 2013, 237 p., pp. 18-21.

19 Huntington S.P., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1991, xvii+366 p., pp. 31-34.

20 Cappelletti M., Clarke Adams J., «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», *Harvard LR*, Vol. 79, 1966, pp. 1207-1224, pp. 1215-1216; Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., pp. 61-70; Id., «Judicial Review in Comparative Perspective», *California LR*, Vol. 58(5), 1970, pp. 1017-1053, pp. 1038-1050; Cappelletti M., «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», in Favoreu L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 461-693, pp. 463-464; Id., «Communication orale», *ibid.*, pp. 494-501, pp. 496-499.

risdiccional normal y fundamental que consiste en ‘aplicar el derecho’. La sencillez y la lógica de este razonamiento es tal que puede parecer difícil a primera vista comprender por qué un gran número de Estados europeos que han adoptado constituciones escritas no consiguieron emplear el sistema americano y debieron pasar por el establecimiento de una corte constitucional especial externo al aparato jurisdiccional ordinario²¹."

La oposición entre los sistemas desconcentrados y los sistemas concentrados se mezcla sustancialmente con la oposición entre los sistemas jurídicos de common law y de "derecho escrito", también llamado "romano-germánico" o de "derecho civil". Entre las distintas presentaciones que Cappelletti ofrece de su tesis, dos principales grupos de factores explicativos pueden ser distinguidos. El primero concierne los tipos de dispositivos institucionales que pueden garantizar uniformidad en la interpretación constitucional (A), mientras que el segundo guarda relación con la cultura jurídica del país en cuestión, particularmente con la mentalidad de los jueces (B).

A. El problema de la uniformidad de la interpretación constitucional

7. Garantizar el predominio de la constitución implica asegurarse que se dé una interpretación unívoca de ella y que esta se imponga al conjunto de los actores jurídicos. Se puede decir que los sistemas jurídicos de common law disponen en este aspecto de un modo de funcionamiento que, espontáneamente, consigue ese resultado. Por el contrario, los Estados que conocen un sistema de derecho escrito no conocen el principio de *stare decisis*²². Ese mecanismo asegura que las jurisdicciones interiores queden vinculadas por las decisiones de las jurisdicciones superiores, de modo que la multiplicidad de órganos de aplicación de derecho no conlleve la multiplicidad de soluciones adoptadas y una inseguridad jurídica desmesurada. En el marco del control de constitucionalidad, las decisiones de inconstitucionalidad dictadas por las jurisdicciones supremas en un caso concreto producen por lo tanto un efecto general o *erga omnes*, incluso si el efecto de la decisión reconocido oficialmente se limita al caso específico. Los eventuales desacuerdos entre jurisdicciones inferiores sobre la constitucionalidad de

21 Cappelletti M., Adams J.C., «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», *op. cit.*, p. 1214.

22 Duxbury N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, xv+189 p.; Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, Oxford, New York, Oxford UP, 2008, 340 p. ; Gascón Abellán M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, 107 p. ; Bustamante T., Bernal Pulido C. (ed.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner, 2012, 144 p.

uno u otro dispositivo jurídico tarde o temprano se resuelven de manera uniforme por la jurisdicción suprema, una vez agotados los recursos jurídicos.

Al contrario, en los sistemas de tradición romano-germánica, la ausencia de *stare decisis* excluye cualquier medio jurídico para lograr una interpretación uniforme de la constitución. El efecto relativo de cosa juzgada conduce a que una sola y única ley pueda ser declarada constitucional y aplicada en un litigio dado por un juez particular, mientras que es considerada inconstitucional y por lo tanto no aplicada en otro litigio por otro o el mismo juez. Graves dificultades de incoherencia entre las soluciones de derecho adoptadas resultaron en Brasil²³ o en Japón, que eligieron un sistema desconcentrado sin *stare decisis*²⁴. En Argentina, en un caso juzgado el 17 octubre 1923 que impugnaba la constitucionalidad de una ley fiscal, la Corte suprema afirmó expresamente en el sumario de un fallo que "Al pronunciarse el Poder Judicial sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción; es decir, que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno, por lo que, por idéntica que fuese la situación del demandante relativamente a las nuevas cuotas pagadas del impuesto, con lo que existía respecto a las que fueron materia del pleito, la inconstitucionalidad declarada no tiene efecto sino sobre aquellas cuya devolución fue demandada y sentenciada²⁵." Esta parte dispositiva produjo consecuencias particularmente perjudiciales para los justiciables durante los periodos de crisis económica, ya que la decisión de los jueces constitucionales que obligaba dejar a los ciudadanos acceder sus activos en los bancos valía solo para el solicitante y solo para la cuenta de banco en cuestión²⁶.

8. Al mismo tiempo, la frecuente presencia de varias clases de jurisdicción (judiciales, administrativas, militares, financieras etc.) o de un orden jurisdiccional único encabezado por una jurisdicción suprema extremadamente numerosa,

23 Castro e Camargo M.A., «A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira», *Revista general de derecho público comparado*, n° 3, 2008, pp. 1-31, pp. 6-9.

24 Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., pp. 63-64; Hayashida K., «Constitutional Court and Supreme Court of Japan», in Bracher K.D., Dawson C., Geiger W. (Hrsg.), *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz Zum 65. Geburtstag*, Bd. 2 «Staats-und Verfassungsrecht», Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, xiv+999 p., pp. 407-426.

25 Pereyra Iraola, Fallos 139:65 (1923). Véase Zemba de Fiamberti, Fallos 183:76 (1939); Gregorinsky y Cia, Fallos 202:184 (1945); Malenky, Fallos 264:364 (1973).

26 Navia P., Ríos-Figueroa J., «The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America», *Comparative Political Studies*, Vol. 38, 2005, pp. 189-217, p. 207.

y que por lo tanto funciona en formaciones más o menos autónomas, aumenta la necesidad para los Estados de esta tradición de dotarse de una jurisdicción ad hoc.

Según Cappelletti, el único modo para los constituyentes europeos de conseguir el efecto erga omnes que tienen en la práctica las decisiones constitucionales de las jurisdicciones de common law es renunciar a la descentralización – vertical o horizontal – del control. Siguiendo este razonamiento, para alcanzar los resultados del modelo americano, sería necesario, en el contexto jurídico europeo, crear otro modelo de control de constitucionalidad y confiar la garantía de la constitución de manera exclusiva a un órgano ad hoc especializado. Esta "regla técnica", que define el medio necesario para llegar al resultado de la interpretación uniforme de la constitución, también es impuesta por un segundo grupo de factores explicativos.

B. El problema de la ideología jurisdiccional dominante

9. A los ojos de Cappelletti, es necesario insistir en ciertos elementos de la sociología de los miembros del personal judicial y la ideología que los impulsa. En los sistemas de common law, los jueces están perfectamente acostumbrados a la idea que ejercen un poder normativo distinto que el del legislador, y que es relativamente autónomo del mismo. Convencidos de esta concepción de la separación de poderes, demuestran ser menos escrupulosos a la hora de interferir con las funciones de los representantes elegidos, a tal punto que, a veces, no dudan invalidar las normas que estos produjeron por ser contrarias a la constitución.

Esta no es la actitud de los jueces de los Estados de derecho romano-germánico. Estos no son contratados a través de un largo proceso marcado por consideraciones políticas. De manera general, entran en la magistratura poco después de terminar los estudios y ahí desarrollan su carrera. La evolución de sus carreras depende particularmente de su socialización a una concepción según la que su misión es aplicar la ley. Consecuentemente, resultan notablemente incapaces de desprenderse de su papel de "bouches de la loi", como los presenta Montesquieu²⁷, para dedicarse a operaciones de interpretación constitucional. La orientación política o moral de los textos constitucionales contemporáneos los distingue claramente de las leyes ordinarias. Su lazo con valores abstractos es más nítido y requiere otros métodos que los que aplican a la interpretación legislativa. Según

²⁷ Montesquieu C. de [1748], *De l'esprit des lois*, Goldschmidt V. (éd.), Paris, GF Flammarion, 1979, Vol. 1, 507 p., pp. 298-301 (I, XI, VI).

los dos grandes tipos de razonamiento jurídico que establece Robert Alexy, los jueces continentales pueden aplicar el derecho en un contexto de subsunción, pero no consiguen realizar las operaciones de conciliación y ponderación que la aplicación de las normas constitucionales requiere²⁸. Llegar a considerar censurar una ley, considerada como la fuente de derecho por excelencia, no parece "culturalmente correcto"²⁹. Algunos autores también estiman poder establecer una forma de ethos profesional en particular para los jueces constitucionales³⁰, que sería ajeno a los magistrados europeos, de modo que ciertos jueces judiciales que se convierten en jueces constitucionales notan ellos mismos la necesidad de modificar su actitud³¹. Por esta razón, al momento de querer establecer jurisdicciones constitucionales, los constituyentes no pudieron apoyarse en los jueces ordinarios, que no eran susceptibles de tomar en cuenta la dimensión política de esta actividad. En vez, tuvieron que confiar la garantía de la constitución a una institución más adaptada a esta tarea: una jurisdicción constitucional ad hoc, compuesta según criterios específicos³². En este sentido, Paul Duez observa que en Francia las costumbres judiciales, la timidez histórica de los jueces y su falta de prestigio social, constituyen un obstáculo al control de constitucionalidad³³.

10. Estos dos conjuntos de elementos explican a los ojos de Cappelletti la manera particularmente insatisfactoria en la que ha funcionado la justicia cons-

28 Alexy R., «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, Vol. 16, 2003, pp. 433-449.

29 Mastor W., «Opiner à voix basse... et se taire: réflexions critiques sur le secret des délibérés», in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, xlv+1166 p., pp. 725-751, p. 734.

30 Bautista Bardelli Lartirigoyen J., «El juez constitucional», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2008, pp. 15-42.

31 Martens P., «Le métier de juge constitutionnel», in Delpérée F., Foucher P. (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Centre d'études constitutionnelles et administratives», Vol. 13, 1998, 201 p., pp. 25-42, pp. 30-31.

32 Lambert E., «Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des Etats-Unis», in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., pp. 469-505, pp. 504-505; Nogueira Alcalá H., «Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias», op. cit., p. 29; Nogueira Alcalá H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, col. «Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional», Vol. 2, 2004, xx+303 p., p. 44; Vanberg G., *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2005, xii+193 p., pp. 79-80; Fernandes de Andrade G., «Comparative Constitutional Law: Judicial Review», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001, pp. 977-989.

33 Duez P., «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question», in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., pp. 211-249, pp. 244-245.

titucional en Europa cuando ha sido organizada de manera desconcentrada. Así, la séptima disposición transitoria de la Constitución italiana preveía que "Hasta que no entre en funcionamiento el Tribunal Constitucional, las decisiones sobre las controversias a que se refiere el artículo 134 se llevarán a cabo en la forma y con los límites previstos en las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la presente Constitución." Entre 1948 y 1956, ante el fracaso de las autoridades políticas de reunir las mayorías necesarias para la nominación de los jueces constitucionales, fueron entonces los jueces ordinarios que se encargaron de la aplicación de la Constitución. Sin embargo, según varios juristas, esta experiencia resultó ser desastrosa. La Corte de casación más bien intentó obstaculizar la aplicación de la Constitución. En particular, distinguió, entre las normas constitucionales, entre "norme precettive", que podrían ser aplicadas por los jueces, y "norme programmatiche", consideradas servir únicamente como guías para las acciones de los poderes públicos, sin poder ser sometidas a sanciones jurisdiccionales antes de haberse adecuadamente concretizada³⁴. Sin embargo, los constituyentes pretendían precisamente que las normas ideales, que incluyen numerosos derechos fundamentales, pudieran servir después de la Segunda Guerra Mundial a la renovación del derecho italiano. Por esta razón, al contrario de la jurisdicción judicial suprema, la Corte constitucional rechazó, desde su primera decisión, esta distinción y afirmó la plena justiciabilidad de todas las normas constitucionales y su carácter como parámetros del control de constitucionalidad:

"La distinción entre normas prescriptivas y normas ideales puede resultar determinante para decidir la derogación de una ley o su mantenimiento en vigor, pero no es decisiva en el cuadro de las decisiones de legitimidad constitucional, porque la inconstitucionalidad de una ley puede resultar también, en casos determinados, de su incompatibilidad con normas que son denominadas ideales, y ello tanto más que en esta categoría se incluyen frecuentemente las normas constitucionales de contenidos muy variados: aquellas que se limitan a esbozar ideales genéricos de los que la realización es incierta, porque esta subordinada a la presencia de condiciones que lo permiten, a normas de las que el ideal, si se desea darle ese nombre, es tan concreto que no puede comprometer inmediatamente al legislador y repercutirse sobre la interpretación de la legislación precedente y sobre el mantenimiento de la eficacia de algunas de sus partes; existen por lo tanto

34 Cass. Pen., secciones unidas, 7 février 1948, Foro italiano, II, 1948, p. 57. Véase Calamandrei P., «Come si fa a disfare una Costituzione», in Aa. Vv., Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana, Bari, Laterza, 1955, x+598 p., pp. 209-316; Cappelletti M., Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, op. cit., p. 77.

normas que fijan principios ideales, y que tienen una incidencia sobre el conjunto de la legislación³⁵."

Además, la instauración de una jurisdicción constitucional específica, diferente de las jurisdicciones ordinarias, se opondría menos a una concepción relativamente rígida de la separación de los poderes, según la que no corresponde a los jueces censurar la acción del legislador que exprime, en acuerdo con la mística rousseauiana, la voluntad general³⁶. Dejando idéntico el papel de los jueces ordinarios de aplicar la ley, el establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc permite nuevamente mantener la concepción dominante en esos Estados de la separación de poderes. Tal y como observó por ejemplo un presidente de la Corte constitucional federal alemana, el respeto de la majestad de la ley impone que "Solo un tribunal, que ocupa una posición particular en el ámbito del derecho constitucional debe poder declarar la inconstitucionalidad de los actos del legislador³⁷."

11. Es sobre el fundamento de este análisis, que clarifica indudablemente ciertos elementos mayores de la trayectoria de diferenciación de los sistemas de justicia constitucional, que se apoya gran nombre de autores³⁸. A este respecto, las

35 Sent. 1/1956.

36 Fonseca D., *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Th. Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, 790 p.

37 Müller G., «La Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne», *Revue de la Commission internationale des juristes*, Vol. 6 (2), 1965, pp. 211-238, p. 224.

38 Ludwikowski R.R., «Constitution Making in the Countries of Former Soviet Dominance: Current Developments», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, 1993, pp. 155-268, pp. 258-259; Ludwikowski R.R., *Constitution-Making in the Region of Former Soviet Dominance*, Durham, London, Duke UP, 1996, ix+641 p., p. 214 ; Schwartz H., «A Brief History of Judicial Review», in Shedler A., Diamond L., Plattner M. (ed.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., pp. 145-150, p. 148 ; Schwartz H., «Surprising Success: The New Eastern European Constitutional Courts», op. cit., pp. 197-198 ; Ruiz Miguel A., «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa*, n° 23, 2000, pp. 145-160, p. 148; Utter R.F., Lundsgaard D.C., «Comparative Aspects of Judicial Review: Issues Facing the New European States», *Judicature*, Vol. 77, 1994, pp. 240-247, p. 241 ; Von Beyme K., «The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems», op. cit., pp. 25, 30-31 ; Garlicki L., «Constitutional Courts versus Supreme Courts», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5(1), 2007, pp. 44-68, p. 45 ; Garlicki L., «La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/ développements récents», *RFDC*, n° 78, 2009, pp. 227-246, p. 231 ; Ríos-Figueroa J., «Institutions for Constitutional Justice in Latin America», in Ríos-Figueroa J., Helmke G. (ed.), *Courts in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, x+342 p., pp. 27-54, p. 37; Vanberg G., *The Politics of Constitutional Review in Germany*, op. cit., pp. 79-80 ; Harding A., Leyland P., Groppi T., «Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 1-27, pp. 11-12 ; Landau D., «The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America», *The*

causas que Cappelletti presenta para explicar la elección de los constituyentes a favor de uno u otro modelo de justicia constitucional son consideradas puntos de anclaje imprescindibles para el análisis constitucionalista. Estas desempeñan un papel estructurante para la disciplina y la determinación del cuadro intelectual en el que las hipótesis de investigación pueden ser formuladas. En el ámbito de la política institucional, estas consideraciones contribuyeron indiscutiblemente de manera significativa a intervenir en los procesos constituyentes de los Estados del antiguo bloque soviético para el establecimiento de cortes constitucionales ad hoc. Sin embargo, el poder explicativo de esta tesis se enfrenta a cierto número de límites.

II. Observaciones críticas.

12. Sin querer poner a prueba empíricamente cada uno de los diferentes factores explicativos tradicionalmente desarrollados³⁹, dos tipos de observaciones pueden ser formuladas. Desde un punto de vista interno al planteamiento de Cappelletti, parece que, ante todo, ciertas hipótesis explicativas consideradas carecen o de solidez, o de precisión (A). De un punto de vista externo, es importante llamar, al igual que una corriente importante del estudio del contencioso constitucional, la atención sobre factores explicativos ignorados indebidamente por su tesis (B).

A. La crítica interna: factores explicativos contestables

13. En primer lugar, no son tan excepcionales los ejemplos de Estados que pueden ser vinculados a la familia de los derechos romano-germánicos y que desarrollaron formas de control de constitucionalidad cercanos al modelo americano. En Grecia, el poder de controlar de manera incidente la constitucionalidad de

George Washington International LR, Vol. 37, 2005, pp. 687-744; Favoreu L., Mastor W., Les cours constitutionnelles, Paris, Dalloz, coll. «Connaissance du droit», 2011, 161 p., pp. 9-14 ; Rosenn K.S., «The Protection of Judicial Independence in Latin America», Miami Inter-American LR, Vol. 19, 1987-1988, pp. 1-35, p. 33; Fernandes de Andrade G., «Comparative Constitutional Law: Judicial Review», op. cit. ; Jackson V.C., Tushnet M., Comparative Constitutional Law, 2nd ed., New York, Foundation Press, 2006, lxxv+1776 p., pp. 467-468 ; Hausmaninger H., «Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia», Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 12, 1997, pp. 25-37; Barsotti V., Varano V., «Standing to Raise Constitutional Issues in Italy», in Kay R.S. (ed.), Standing to Raise Constitutional Issues. Comparative Perspectives, Bruxelles, Bruylant, 2005, x+365 p., pp. 41-65, p. 44; Asmal K., «Constitutional Courts – A Comparative Survey», The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 24(3), 1991, pp. 315-340, spéc. pp. 317-318.

39 Ramos Romeu F., «The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions», Review of Law & Economics, Vol. 2(1), 2006, pp. 103-135.

las leyes se desarrolló desde mitades del siglo XIX⁴⁰. Así, es posible relativizar la idea que los jueces europeos, y de manera general aquellos que se desempeñan en un contexto de derecho civil, no están culturalmente capacitados a ejercer el control de constitucionalidad⁴¹. En Portugal, fue durante la misma época que los tribunales afirmaron su poder de apartar la ley inconstitucional. Bajo la influencia de la justicia constitucional que se había desarrollado en su antigua colonia brasileña, la antigua metrópolis adoptó un sistema de control difuso. La Constitución de 1911 confirmó este poder en su artículo 63: "El Poder Judicial, en el caso de que, con motivo de hechos sometidos a juicio, cualquiera de las partes impugne la validez de la ley o de los diplomas emanados del Poder Ejecutivo o de las corporaciones con autoridad pública, que hubieren sido invocados, apreciará su legitimidad constitucional o conformidad con la Constitución y principios en ella consignados." La reflexión constitucional suiza es igualmente muy rica. A partir de 1848 se organizó un control difuso de constitucionalidad únicamente de las leyes cantonales, mientras que la soberanía de la ley federal quedaba intacta. Además, reflejando las preocupaciones sensibles durante el mismo periodo en América latina, se estableció un recurso de protección de derechos humanos (art. 105 C 1848; art. 113.3 C 1874). Sin autorización expresa alguna, la Corte suprema noruega admitió el control de manera incidente de la constitucionalidad de las leyes⁴². A pesar que la historiografía dominante remonta esta práctica a una decisión del 1o de noviembre de 1866, parece que es muy anterior⁴³. Posteriormente, los tribunales islandeses se reconocieron el mismo poder en 1900 (Lyrd. VI.176), y los de Dinamarca en los años 1910, aún sobre la base de la influencia estadounidense (UfR. 1913.457)⁴⁴. Así fue de forma pretoriana que los jueces ru-

40 Veleris P., «La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1967, pp. 439-477; Papanikolaou C., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975)», in Giudicelli J., Papanikolaou C., *La justice constitutionnelle: Italie-Grèce*, préf. Goyard C., Paris, LGDJ, coll. «Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II», 1997, xii+196 p., pp. 115-196, pp. 129-138; Spiliotopoulos E., «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», *Temple Law Quarterly*, Vol. 56 (2), 1983, pp. 463-502, pp. 469-475; Kastanas E., *Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1993, viii+127 p.

41 Papanikolaou C., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975)», op. cit., p. 180; Brewer-Carias A.R., «Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law» in Id. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, xxviii+933 p., pp. 5-191, p. 14.

42 Husa J., *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, 2002, 209 p., p. 127.

43 Slagstad R., «The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System», in Smith E. (ed.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., pp. 81-111.

44 Husa J., *Nordic Reflections on Constitutional Law*, op. cit., p. 127.

manos se confirieron competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes en el caso llamado de los "tranvías", antes de que la Constitución les otorgue ese poder de manera explícita⁴⁵. La primera sección de la Alta Corte de casación y de justicia decidió, en su fallo n° 261 del 16 de marzo de 1912 que confirmaba la decisión de los jueces inferiores, que los jueces ordinarios tenían la facultad de declarar las leyes contrarias a la Constitución. Según la Corte, cuyo razonamiento se basa ampliamente en la consultación de Henri Barthélemy y Gaston Jèze así como en la argumentación de John Marshall,

"Considerando que cuando una ley invocada por cualquier causa es contraria a la Constitución, el juez no puede, en presencia de este conflicto, sustraerse a la resolución del procedimiento; que tal y como en un caso de contradicción entre dos leyes ordinarias, es el derecho y el deber del juez de interpretar y decidir cuál de las dos puede ser aplicada, y que al igual es su deber actuar incluso en el caso que una de esas dos leyes sea la Constitución: considerando que dentro de estos límites no se puede negar al poder judicial el derecho de verificar la constitucionalidad de una ley, que en efecto este derecho resulta en primer lugar y de manera natural y lógica de la naturaleza y de las atribuciones de este poder que es aplicar la ley y por lo tanto también la ley constitucional, que no existe en la Constitución ninguna disposición que rehúse este derecho al poder judicial."

Ulteriormente, la Constitución ratificó esta evolución, concentrando el control (art. 103 C 1923). El control descentralizado no parece por lo tanto intrínsecamente ajeno a la cultura civilista.

14. En segundo lugar, la oposición que establece Mauro Cappelletti relativa a la aplicación del principio de precedente es un tanto artificial. Los países de derecho romano-germánico no lo ignoran, en la medida que las jurisdicciones

45 Jèze G., «Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux», *Revue du droit public*, 1912, pp. 138-156; Duguit L., *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, xix+285 p., pp. 100-101; Miclesco E., «Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois», in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 3 Vol., Paris, Sirey, 1934, xxxi+309 p., ix+573 p., xvii+546 p., Vol. 3, pp. 69-76. Véase el texto de la decisión «L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie», *Revue du droit public*, 1912, pp. 365-368. Véase también Radulesco A.R.F., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, Paris, Les presses modernes, 1935, 140 p.; Conac G., «Une antériorité roumaine: le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois», in *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii+1148 p., pp. 399-427.

inferiores son conducidas, por medio de la sucesión de recursos judiciales, a plegarse a las decisiones de las jurisdicciones supremas. Así resulta que una decisión de la corte suprema de uno de estos Estados en un caso concreto, que tiene autoridad de cosa juzgada, puede igualmente tener un efecto erga omnes⁴⁶. Así lo observa por ejemplo Antonis Manitakis relativo a la larga tradición de control difuso de los tribunales griegos, a pesar del principio del efecto inter partes de las sentencias, "las declaraciones de inconstitucionalidad de las Cortes superiores, y particularmente las del Consejo de Estado en asamblea general, tienen frecuentemente un impacto considerable y crean, por medio de la autoridad de que goza la alta jurisdicción administrativo, un precedente jurisprudencial⁴⁷." En este sentido, la Corte suprema argentina, aunque se considere una de las más apegadas al principio del efecto inter partes de sus decisiones, básicamente impuso desde su creación que "Los juzgados de sección deben conformar sus resoluciones a las decisiones que, en casos análogos, dicte la Suprema Corte haciendo jurisprudencia⁴⁸."

A la inversa, el principio de *stare decisis et quita non moveré* funciona en Estados Unidos de un modo que no tiene nada de rígido, y que en particular no excluye los cambios de jurisprudencia y así los cambios en la interpretación de la Constitución. En las palabras del presidente Rehnquist, "El *stare decisis* no constituye un mandamiento inexorable, sino un 'principio de política (policy) y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión' [...] Esto es particularmente el caso en materia constitucional, porque en estos casos, 'la corrección por el legislador es prácticamente imposible'⁴⁹." Esto no excluye oposiciones con

46 MacCormick D.N., Summers R.S. (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, Ashgate, 1997, x+585 p.; Pegoraro L., *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, pról. Figueroa Mejía G.A., presentación Pérez Colunga J.J., Santiago de Querétaro, Fundación universitaria de derecho, administración y política, 2011, 650 p., pp. 275-277; Pegoraro L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia UP, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2014, 318 p., p. 109; Duez P., «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question», op. cit., pp. 222-223; Brewer-Carias A.R., «Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law», op. cit., p. 15; Marinoni L.G., *Precedentes obrigatórios*, 3a ed., São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2013, 544 p.

47 Manitakis A., «Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 40, 1988, pp. 39-55, p. 52. V. de même Spiliotopoulos E., «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», op. cit., pp. 486-487.

48 García Aguilera, Fallos 9:53 (1870). Véase Halabi, Fallos 332:111 (2009). Véase Sagüés N.P., «Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 12, 2008, pp. 333-356; Sánchez Sánchez J., «Efectos de la sentencias constitucionales en el derecho argentino», *Cuestiones constitucionales*, n° 21, 2009, pp. 295-318.

49 Payne v. Tennessee 501 US 808 (1991). Véase Zoller E., «Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006 ; Brenner S., Spaeth H.J.,

las jurisdicciones inferiores⁵⁰, o incluso verdaderos movimientos en favor de una mayor autonomía de las jurisdicciones estatales en el cuadro de un "nuevo federalismo jurisdiccional"⁵¹.

15. En tercer lugar, las cuestiones del efecto personal de las decisiones de constitucionalidad, por un lado, y la de la concentración del control de constitucional en las manos de un solo órgano o al contrario su difusión a favor de varias jurisdicciones, son totalmente independientes la una de la otra, tanto desde el punto de vista conceptual como práctico. Es perfectamente posible que un control de constitucionalidad totalmente desconcentrado conduzca a decisiones con efecto erga omnes, mientras que un control concentrado resulte en decisiones con un efecto inter partes. Se conocen ejemplos de la primera hipótesis en Paraguay y en Nicaragua⁵². En lo relativo a la segunda, es posible tomar el ejemplo de las decisiones de cortes constitucionales adoptadas sobre recursos directos abstractos o sobre recursos prejudiciales de los jueces ordinarios. Su efecto es erga omnes si declaran la inconstitucionalidad. Tal es el caso en Alemania (art. 31 LCCF), en Italia (art. 136 C), en Bolivia (art. 78 CPC), en Colombia (art. 48.1 Ley estatutaria de la administración de la justicia n° 270 del 7 de marzo de 1996; art. 21 Deceto 2067 de 1991), o en Ecuador (art. 95 LOGJCC). pero en Bélgica, una decisión de la Corte constitucional ad hoc emitida sobre recurso prejudicial nunca tiene un efecto erga omnes. Según el artículo 28 de la Ley especial sobre la Corte constitucional, "La jurisdicción que ha sometido la cuestión prejudicial, así como toda jurisdicción que deba pronunciarse en el mismo caso, deben, para la resolución del litigio durante el cual fueron sometidas las cuestiones contempladas en el artículo 26, conformarse a la sentencia dictada por la Corte constitucional." Se trata

Stare Decisis, New York, Cambridge UP, 1995, xii+151 p.; Knight J., Epstein L., «The Norm of Stare Decisis», *American Journal of Political Science*, Vol. 40(4), 1996, pp. 1018-1035.

50 Beatty J.K., «State Court Evasion of United States Supreme Court Mandates During the Last Decade of the Warren Court», *Valparaiso University LR*, Vol. 6, 1972, pp. 260-285 ; Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, xviii+494 p., pp. 140-142 ; Caminker E.H., «Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?», *Stanford LR*, Vol. 46, 1994, pp. 817-873.

51 Williams R.F., «In the Supreme Courts's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result», *South Carolina LR*, Vol. 35, 1984, pp. 353-404 ; Morawetz T., «Deviation and Autonomy: The Jurisprudence of Interpretation in State Constitutional Law», *Connecticut LR*, Vol. 26, 1994, pp. 635-657 ; Friedman L., «The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism», *Hastings Constitutional LQ*, Vol. 28, 2000, pp. 93-144.

52 Lösing N., «La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, pp. 109-133, pp. 115-116 ; Pérez Tremps P., «La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América latina», *Revista del Foro constitucional iberoamericano*, n° 2, 2003, pp. 66-81.

únicamente de una autoridad relativa – pues solo afecta el caso concreto – que es llamada "reforzada"⁵³ – porque se impone a otras jurisdicciones que pueden conocerlo⁵⁴. De manera muy clara, también, los procesos de acción de inaplicabilidad que los jueces ordinarios plantean ante el Tribunal constitucional chileno nunca desembocan en decisiones que surten efectos generales. Según el art. 92 LOCTC "La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite".

Al contrario, en la mayoría de los sistemas concentrados, la decisión generalmente solo vale en relación al tipo de argumentación desarrollado por los demandantes, tanto en lo que concierne las disposiciones cuestionadas como los parámetros de control movilizados, si se decide a favor de la constitucionalidad y por lo tanto el recurso es rechazado⁵⁵. El artículo 38.2 LOTC español prevé en este sentido que "Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional." Así ocurre igualmente en Italia (v. p. ej. sent. 225/1994)⁵⁶, en Portugal (STC 85/85; 15/88; 473/92)⁵⁷ y en Perú (art. 37 LOTC). En efecto, tal y como lo observa Gustavo

53 Van Compernelle J., Verdussen M., «La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-14/la-reception-des-decisions-d-une-cour-constitutionnelle-sur-renvoi-prejudiciel-l-exemple-de-la-cour-d-arbitrage-de-belgique.52019.html>.

54 Existe un dispositivo similar en Luxemburgo (art. 1SLCC). Pero al mismo tiempo, el art. 6LCC establece que un tribunal no puede recurrir a la Corte Constitucional si ella ya se ha pronunciado sobre la pregunta con el mismo objeto. Una forma de efecto de precedente es proporcionada por la ley misma. Kuhn N., Rousseaux E., «La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale», *RIDC*, 2001, pp. 453-482, pp. 467-468.

55 Francia, en materia de cuestiones prioritarias de constitucionalidad (art. 23-2 Ordonnance n°58-1067 de 7 de noviembre de 1958), así como Turquía, donde el art. 152 C prohíbe que durante un periodo de diez años cualquiera nueva cuestión de inconstitucionalidad a propósito de una disposición declarada constitucional sea planteada de nuevo, ofrecen contra-ejemplos.

56 Ricci R., *Le procès constitutionnel en Italie. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, préf. Escarras J.-C., Paris, Aix-en Provence, Economica, PUAM, coll. «Droit public positif», 1996, 160 p., pp. 85-86; Romboli R., «La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental», *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 16, n° 48, 1996, pp. 35-80, pp. 60-61.

57 Martín de la Vega A., «Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado», in Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, op. cit., Vol. 5, xl+850 p., pp. 485-509, p. 496. Medeiros R., *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos*

Zagrebelsky, "mientras que las decisiones que admiten los recursos [prejudiciales] se pronuncian sobre la ley, y declaran su inconstitucionalidad, las decisiones desestimatorias se pronuncian únicamente sobre la cuestión, que es declarada infundada⁵⁸." Estas últimas simplemente alejan la argumentación desarrollada por el juez y – eventualmente – las partes afín de expresar las dudas acerca de la constitucionalidad de los textos o las normas en juego. No confieren un título irremediable de constitucionalidad a las actas atacadas. No excluyen en modo alguno que una argumentación distinta pueda convencer a la jurisdicción constitucional. Por lo tanto, estas decisiones solo tienen efecto sobre el juez que ha planteado la pregunta, dentro del marco del procedimiento pendiente. La desconexión entre la existencia de una jurisdicción constitucional establecida según el modelo europeo, por una parte, y el efecto erga omnes de sus decisiones incluso puede presentarse de manera más general. Así, en Portugal, cuando una cuestión de constitucionalidad es planteada ante un tribunal ordinario y luego transmitida por medio de un recurso al Tribunal constitucional (art. 280 C), este – a pesar de ser una jurisdicción constitucional ad hoc – emite una decisión con un efecto meramente inter partes. Asimismo, el efecto de las decisiones emitidas por uno de los primeros tribunales constitucionales concentrados, un arquetipo histórico de la construcción doctrinal de los modelos de justicia constitucional, el Tribunal de Garantías Constitucionales español de la Segunda República, se limitaba al litigio resuelto. La extensión del efecto personal de sus decisiones funcionaba de manera pragmática, cuando resultaba necesaria, por medio de decretos del poder ejecutivo⁵⁹. La estructura orgánica de la justicia constitucional y el efecto de las decisiones son por lo tanto independientes uno del otro.

16. En cuarto lugar existe, de manera general, como lo demuestra este ejemplo español, muchas otras maneras en las que un sistema descentralizado de garantía de la constitución que no conoce el principio anglo-americano del precedente puede asegurar el efecto general de las decisiones emitidas a este respecto, además del establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc. Por ejemplo, en México el procedimiento de "suplicia de la queja deficiente" permite de extender el alcance de decisiones con un simple efecto inter partes, previsto de principio por el artículo 107.II C. El artículo 73 de la Ley de Amparo confirma el efecto rigurosamente limitado de las decisiones en este ámbito. Pero el artículo 76 permite de cierta manera eludir esta limitación. Prevé que los jueces deberán

da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, Universidade católica editora, 1999, 945 p.

58 Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 392 p., pp. 183-184.

59 Cruz Villalón P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 336, 398.

colmar los vacíos de la demanda formulada por el justiciable, con el fin de evitar que le sean aplicadas normas estimadas inconstitucionales en otras decisiones que carecen de efecto erga omnes⁶⁰. Además, a pesar del hecho que ninguna jurisdicción ad hoc exista y que México se inscriba resueltamente en la tradición del derecho civil supuestamente desprovisto de *stare decisis*, es previsto que si cinco decisiones de inconstitucionalidad idénticas son emitidas sucesivamente, la invalidación de la norma tendrá de entonces en adelante un efecto erga omnes (art. 222 y s. Ley de Amparo). De manera aún más clara, la Constitución de Honduras afirma simplemente que "las sentencias [de la Corte suprema] en que se declare la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrán efectos generales" (art. 316 C). Así, la necesidad para los Estados dotados de un sistema jurídico romano-germánico de instituir una jurisdicción ad hoc si desean alcanzar un efecto general atribuido a las decisiones de la Corte suprema de los Estados Unidos, por medio de la fuerza del *stare decisis*, no queda establecida.

17. En quinto lugar, la existencia de una jurisdicción ad hoc no constituye una garantía segura de uniformidad en la interpretación de la constitución. Esto se debe en particular a que es posible que las jurisdicciones ordinarias conserven ciertas facultades de interpretación de la constitución que continúan a dejar abiertas las posibilidades de divergencias o incluso conflictos. Este es especialmente el caso en sistemas "dualistas", "integrales" o "paralelos", como los de Venezuela⁶¹, Perú⁶² o, por la negación por la Corte suprema de admitir el monopolio de la Corte constitucional en esta materia, la Federación de Rusia⁶³.

18. Estos diferentes elementos conducen por lo tanto a matizar fuertemente el alcance explicativo de la tesis formulada por Mauro Cappelletti sobre las razones por las que los constituyentes se orientan hacia uno u otro de los dos modelos de justicia constitucional. Además de sufrir de la debilidad de los factores observados posteriormente por numerosos especialistas del contencioso constitucional,

60 Fix-Zamudio H., «Síntesis del derecho de amparo», in Aa. Vv., *Panorama de derecho mexicano*, t. 1, México, Universidad nacional autónoma de México, 1965, 358 p., pp. 146-147 ; Castro J.V., *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, pról. Tena Ramírez F., México, Editorial Jus, col. «Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. Colección de estudios jurídicos», n° 4, 1953, 148 p.

61 Brewer-Carías A.R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, 120 p.

62 García Belaunde D., «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», in «La justicia constitucional a finales del siglo XX», *Revista del Instituto de ciencia política y derecho constitucional*, Vol. 7, n° 6, 1998, pp. 139-154.

63 Krug P., «Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 37, 1996-1997, pp. 725-787.

debe señalarse que esta tesis descuida importantes razones por las que se puede buscar el establecimiento de una jurisdicción ad hoc.

B. La crítica externa: factores explicativos desestimados.

19. El estudio del design de las instituciones constitucionales⁶⁴ y, entre ellas de las jurisdicciones constitucionales, cobra considerablemente mayor poder explicativo si utiliza un doble movimiento. El primero consiste en evitar las generalizaciones para atraer la atención sobre estudios de caso más especializados⁶⁵, pudiendo, en una segunda etapa, generalizar. El segundo concierne el uso de una forma de hermenéutica de la sospecha⁶⁶, que conduce, tal y como lo sugieren las explicaciones estratégicas del desarrollo de la justicia constitucional⁶⁷, a no desestimar los factores de orden estrictamente político que pueden llevar a elegir uno u otro modelo de justicia constitucional.

20. Primero, a veces es posible, como lo demuestran los ejemplos de diferentes Estados durante el proceso de descolonización, que la integración de la justicia constitucional dentro de las funciones de los jueces ordinarios pueda ser explicada, de manera muy pragmática, no por las razones anteriores, sino por el

64 Lutz D.S., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge UP, 2006, xiv+261 p.; Voigt S. (ed.), *Design of Constitutions*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, xx+758 p.

65 Sobre esos dos métodos véase Przeworski A., Teune H., *The Logic of Comparative Social Inquiry*, New York, London, Toronto, Sydney, Wiley-Interscience, 1970, xiv+153 p. Tusseau G., «A Plea for a Hint of Empiricism in Constitutional Theory: A Comment on Cesare Pinelli's 'Constitutional Reasoning and Political Deliberation'» *German Law Journal. Review of Developments in German, European and International Jurisprudence, Special Issue: Constitutional Reasoning*, Vol. 14(8), 2013, pp. 1183-1194, <http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No8/14.8.11.pdf>.

66 Ricœur P., *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, coll. «Points. Essais», Vol. 298, 1965, 575 p., pp. 30-46.

67 Ginsburg T., *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2003, xi+295 p.; Hirschl R., «The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional revolutions», *Law & Social Enquiry*, Vol. 25, 2000, pp. 91-149; Id., *Towards Juristocracy*, op. cit.; Finkel J., «Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s», *Latin American Politics and Society*, Vol. 47, 2005, pp. 87-113; Finkel J.S., *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 2008, x+157 p.; Shambayati H., Kirdiş E., «In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey», *Political Research Quarterly*, Vol. 62, 2009, pp. 767-780; Mandel M., «Legal Politics Italian Style», in Tate C.N., Vallinder T., (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York UP, 1995, xii+556 p., pp. 261-286; Volcansek M.L., «Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance», *West European Politics*, Vol. 33(2), 2010, pp. 280-296; Pasquino P., «Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy», *Ratio Juris*, Vol. 11, 1998, pp. 38-50, pp. 46-47.

costo, en términos financieros, de la instauración de una estructura institucional adicional. Ciertos Estados no siempre disponen de suficiente personal para poder considerar la posibilidad de establecer, además de un sistema jurisdiccional eficaz en todo el territorio, una jurisdicción constitucional ad hoc compuesta por jueces especializados⁶⁸.

Esto tipo de limitaciones tienen no obstante un efecto sobre la estructura institucional de la garantía de la constitución. Es así que varios Estados africanos fueron conducidos a recurrir a un sistema que, haciendo caso omiso a la distinción binaria entre el modelo americano y el modelo europeo, apareció en Cuba en 1940 (art. 171 y 172 C)⁶⁹. Este dispositivo lo ilustró por ejemplo la Constitución de Burundi, que prevenía que la Corte suprema incluía (i) una cámara de casación, competente en materia de recursos contra las decisiones emitidas en última instancia por las jurisdicciones no administrativas, (ii) una cámara judicial, competente para las infracciones cometidas por los mandatarios políticos o públicos, (iii) una cámara administrativa competente en materia electoral y en materia de recursos contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas y (iv) una cámara constitucional que supervisaba la elección presidencial y las operaciones de referéndum, y decidía sobre la constitucionalidad de las leyes y de los compromisos internacionales a solicitud del Presidente de la República⁷⁰. Bajo distintas apelaciones, una cuádruple división de las cortes supremas en cámara judicial, administrativa, financiera y constitucional existía, en los años sesenta, en el Chad⁷¹, en Malí (art. 49 C 1959; art. 43 et 44 C 1960), en Gabón (art. 59 C 1961)⁷², en Costa de Marfil (art. 57 C 1960), en Marruecos (Título X C 1962), en

68 Ould Bouboutt A.S., «Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux», AIJC, n° 13, 1997, pp. 31-45, p. 33 ; Diallo I., «A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle», AIJC, no 20, 2004, pp. 93-120, p. 104 ; Mangin G., «Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone», in G. Conac (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, Vol. I Organisation, finalités, procédure, Paris, Economica, coll. «Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain», 1988, ix+437 p., pp. 131-155, p. 135.

69 García Belaunde D., *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, 1940-1952*, estudio preliminar y epílogo Palomino Manchego J.F., Lima, Instituto iberoamericano de derecho constitucional, Col. Biblioteca peruana de derecho constitucional, Vol. 27, 2002, 186 p. ; Prieto Valdés M., «El sistema de defensa constitucional cubano», *Revista cubana de derecho*, n° 26, 2005, pp. 27-55.

70 Rutake P., Sigejeje C., «Les juridictions suprêmes en Afrique francophone. Le cas du Burundi», in Conac G. (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, Vol. I, op. cit., pp. 159-180, spéc. pp. 161-162.

71 N°Garbaye A., «La Cour suprême du Tchad», *ibid.*, pp. 351-365.

72 Pambou-Tchivounda G., «Une juridiction constitutionnelle au Gabon (A propos de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême au Gabon)», in Conac G. (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, Vol. II La jurisprudence : Droit constitutionnel, Droit social, Droit international, Droit financier, Paris, Economica, coll. «Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain», 1989, xvi+299 p., pp. 96-105.

Dahomey (art. 47 C 1959; art. 57 C 1960), en Alto Volta (art. 57 C 1960), en el Sénegal (art. 62 C 1960; art. 82 C 1963), en Níger (art. 48 C 1959 ; art. 57 C 1960), en Sudán (art. 44 à 47 C 1959), en Togo (art. 70 C 1963) o también en el Congo (art. 58 C 1961).

21. Segundo, la singularización orgánica de la función de garantía de la constitución posee un importante alcance simbólico, que expresa por ejemplo Gerardo Eto Cruz cuando menciona la constitución como «emotio»⁷³. En lugar de convertirlo en un apéndice necesario de la función de juzgar, puede parecer deseable al constituyente de presentarla como una función en sí misma del Estado. Como lo sugieren las disposiciones constitucionales francesas (Título VII C), belgas (Título III, Cap. V C), mauritanas (Título VI C), rumanas (Título VI C), croatas (Título V C), moldavas (Título V), búlgaras (Cap. VIII C), ucranias (Título XII C), gabonesas (Título VI C), beninesas (Título VC), malienses (Título IX C), marfileñas (Título VII C), surcoreanas (Cap. VI C), peruanas (Título V C), chilenas (Cap. VIII C) o húngaras (art. 24 C), que distinguen entre normas relativas al poder judicial y las relativas a la justicia constitucional, las cortes constitucionales ad hoc pueden entonces parecer como un cuarto poder o un poder neutro o preservador⁷⁴ como lo imaginó Benjamin Constant⁷⁵.

22. Tercero, la existencia de un órgano ad hoc distinto permite confiarle, en el marco de la protección del orden constitucional, misiones que, según la cultura dominante hic et nunc, podrían parecer inadecuadas para los jueces. Es así que se multiplicaron, con el establecimiento de nuevas jurisdicciones constitucionales, sus "otras funciones"⁷⁶, es decir aquellas que no resultan del control de la validez

73 Eto Cruz G., *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, epílogo García Belaunde D., Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, 299 p., p. 72.

74 Ferreres Comella V., «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism», *Texas LR*, Vol. 82, 2003-2004, pp. 1705-1736, pp. 1711-1712 ; Zurn C.F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, viii+366 p., p. 282.

75 Constant B., *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, Gide, 1814, xvi+166 p., pp. 1-8; Constant B., *Cours de politique constitutionnelle*, Intro. Laboulaye E., 2e éd., Vol. 1, Paris, Guillaumin et Cie, 1872, lxiv+563 p., pp. 18-29 ; Constant B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Grange H. (éd.), Paris, Aubier, coll. «Bibliothèque philosophique», 1991, 506 p., pp. 359-453 ; Constant B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Eymery, 1815, xii+321 p., pp. 33-57.

76 Baldin S., *Le «altre» funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particola-*

de la ley ordinario únicamente, pero que conciernen por ejemplo el control de elecciones, la formulación de diversas opiniones consultativas, la legalidad de las actividades de formaciones políticas, la extinción de derechos fundamentales, el impedimento de las autoridades supremas del Estado, etc.

23. Cuarto, desde el punto de vista de los gobernantes, una de las ventajas esenciales de una jurisdicción constitucional ad hoc concierne el hecho que conduce a retirar la garantía de la constitución a las profesiones jurisdiccionales ordinarias, de las que las autoridades constituyentes pueden tener más que razones de desconfiar⁷⁷. Este elemento es el punto de partida de una explicación estratégica de la instauración de una jurisdicción constitucional ad hoc. Según Ran Hirschl, por ejemplo, esta "se interesa a las luchas relativas al poder político, a los intereses de las élites y de otras partes interesadas, a los conflictos entre concepciones del mundo y a las preferencias políticas, así como a las elecciones concretas y a las incitaciones, y las contempla como las principales determinantes de la constitucionalización⁷⁸." Tal fue por ejemplo la experiencia italiana⁷⁹. Asimismo, en Alemania, la autopotenciación del Reichsgericht el 5 noviembre 1925 fue respaldada sobre todo por la clase extremadamente conservadora de los jueces. El establecimiento de una jurisdicción constitucional específica, en cuyas manos hubiera sido concentrado el contencioso constitucional, fue solicitado sobre todo por los demócratas. Esta también es una de las explicaciones que se pueden dar para la posición de Kelsen a favor de una jurisdicción constitucional distinta de las jurisdicciones ordinarias, compuestas por jueces hostiles a los valores que

re riferimento all'Est europeo, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, 154 p.

77 Ferreres Comella V., «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism», op. cit., pp. 1706-1707 ; Ferreres Comella V., «The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 174-195, pp. 175-176; Ferejohn J.E. «Constitutional Review in the Global Context», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6, 2002-2003, pp. 49-59; Navia P., Ríos-Figueroa J., «The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America», op. cit., p. 198; Schwartz H., «A Brief History of Judicial Review», in Shedler A., Diamond L., Plattner M. (ed.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., pp. 145-150, p. 147 ; Harding A., Leyland P., Groppi T., «Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective», op. cit., p. 13; Lach K., Sadurski W., «Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 52-80, p. 59; Asmal K., «Constitutional Courts – A Comparative Survey», op. cit., pp. 317-318.

78 Hirschl R., «The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics», *Political Research Quarterly*, Vol. 62, 2009, pp. 825-833, p. 826.

79 Romboli R., «La relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley», *Revista peruana de derecho público*, Vol. 13(25), 2012, pp. 13-31, p. 15.

prefería⁸⁰. En Egipto, fue sobre todo para evitar que los jueces ordinarios, que se habían habilitado ellos mismos a este fin, ejercieran el control de la constitucionalidad, que fue creada una Corte constitucional suprema⁸¹. Este tipo de reflexión tampoco fue ajena a la decisión del constituyente sudafricano. A pesar de haberse mostrado hostil a lo largo del siglo XX y haber hecho prevalecer la soberanía del parlamento que dominaba, la minoría blanca veía, en el momento de la transición democrática, el interés de establecer un control de constitucionalidad que podía preservar sus derechos fundamentales contra el legislador, que estaría desde entonces probablemente dominado por sus adversarios políticos. En 1991, la ANC organizó un debate sobre la cuestión del establecimiento del control de constitucionalidad. Lo decidió a pesar del interés que pudo tener de establecer una legislatura omnipotente. Pero esta competencia no debía corresponder a los jueces ordinarios en ejercicio. Desacreditados y comprometidos con el régimen del apartheid, no se podía considerar confiarles el establecimiento de un nuevo orden constitucional. Este rol, que tiene una importante dimensión política, fue por lo tanto confiado a una Corte constitucional ad hoc, que podía asegurar el éxito de la transformación constitucional entablada⁸². En Japón, algunas de las propuestas para superar el conservatismo de la Corte suprema en materia de contencioso constitucional se basan precisamente sobre la instauración de una Corte constitucional ad hoc⁸³.

De manera general, son muchos los Estados que, al momento de elaborar una nueva constitución, particularmente al salir de un periodo de autoritarismo político, perciben todo el interés de establecer una jurisdicción constitucional específica, en lugar de confiar a jueces profesionales, que frecuentemente están comprometidos con el antiguo sistema, la tarea de terminar de derrocarlo en el plano jurídico⁸⁴. De este punto de vista, la posibilidad de nombrar dentro del nue-

80 Wachsmann P., «Sur la composition du Conseil constitutionnel», *Jus politicum. Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 3, http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Wachsmann_Cseil-constit_corr02.pdf.

81 Lombardi C.B., «Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationally 'Islamic' State», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 217-241, pp. 217-219.

82 Oomen B., «Soul of a Nation? The Inception, Interpretation and Influence of South Africa's 1996 Constitution», in Frishman M., Muller S. (ed.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, The Hague, Hague Academic Press, coll. «From Peace to Justice Series», 2010, xvii+205 p., pp. 57-70, pp. 60-61, 65 ; Spitz R., Chaskalon M., *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Oxford, Hart Publishing, 2000, xviii+461 p., pp. 191-209 ; Ginsburg T., *Judicial Review in New Democracies*, op. cit., pp. 55-57 ; Hirschl R., *Towards Juristocracy*, op. cit., pp. 89-97.

83 Matsui S., «Why Is the Japanese Supreme Court So Conservative?», *Washington University LR*, Vol. 88, 2010-2011, pp. 1375-1423, pp. 1416-1419.

84 Hausmaninger H., «Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Rus-

vo órgano constitucional otras personas que únicamente los jueces profesionales constituye una ventaja considerable. Permite en particular, tal y como lo permite el modo de nombramiento de los jueces de la Corte suprema de los Estados Unidos, según un modo que no es el de la carrera, asegurarse una cierta conexión entre mundo y preocupaciones políticas, por una parte, y ejercicio de la justicia constitucional, por otra parte.

Conclusión.

24. La tesis explicativa enunciada por Mauro Cappelletti no pretendía ciertamente detallar las causas necesarias y suficientes de la elección entre el modelo americano y el modelo europeo de justicia constitucional. Nos limitemos igualmente a presentar, de una manera que tampoco tiene nada de sistemático ni de exhaustivo, un cierto número de contraargumentos destinados a poner a prueba su pertinencia.

La refutación resultante no debe ser únicamente comprendida como un fracaso. Presenta varios intereses significativos del punto de vista de la metodología del estudio del contencioso constitucional. Primero, comprendida como una teoría científica según la epistemología de Popper, toda explicación se expone a una refutación. La posibilidad misma de apartarla una vez concluida una argumentación empírica constituye una de las marcas de su carácter realmente científico. Tampoco puede desestimarse el valor de este punto de vista de su propuesta explicativa⁸⁵. Además, el análisis de Cappelletti tiene el inmenso mérito de ilustrar

sia», op. cit., pp. 26-27 ; Hoffmann-Riem W., «Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and in Europe», German LJ, Vol. 5(6), 2004, pp. 685-701, pp. 696, 698 ; Horowitz D.L., «Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers», Journal of Democracy, Vol. 17(4), 2006, pp. 125-137, p. 126 ; Garlicki L., «Constitutional Courts versus Supreme Courts», International Journal of Constitutional Law, Vol. 5(1), 2007, pp. 44-68, p. 45 ; Vasilescu F., «Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle», in Commission européenne pour la démocratie par le droit, Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit, Bucarest, 8-10 juin 1994, CDL-STD(1994)010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1994\)010-f.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1994)010-f.aspx); Ríos-Figueroa J., «Institutions for Constitutional Justice in Latin America», op. cit., pp. 37-38; Sabaliunas L., «Comparative Perspectives on Judicial Review in Lithuania», European Asia Studies, Vol. 48, 1996, pp. 783-795, p. 785 ; Krug P., «Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation», op. cit., pp. 739, 784.

85 Popper K., La logique de la découverte scientifique, trad. fr. Thyssen-Rutten N., Devaux P., préf. Monod J., Paris, Payot, coll. «Bibliothèque scientifique», 1973, 480 p., spéc. pp. 36-39, 76-91 Popper K.R., Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique, trad. fr. De Launay M.-I., De Launay M.B., Paris, Payot, coll. «Bibliothèque scientifique», 1985, 610 p.

un razonamiento del estudio causal de los fenómenos jurídicos⁸⁶. También alienta la renovación de los métodos, instrumentos y de la imaginación de los juristas, invitándolos a asociar a los planteamientos puramente internos del campo jurídico el estudio de factores externos que pueden tener una incidencia sobre la técnica del derecho positivo. Como resultado, representa, sobre todo del punto de vista comparativo, una invitación bienvenida a la reflexión sobre sus propios métodos que debe imponerse la ciencia jurídica⁸⁷. A este fin, por último, una vez refutada como tesis científica, esta explicación de la elección de un modelo de justicia constitucional por los constituyentes, tan extendida que sirve de topos de la disciplina, ya no puede perdurar dentro de la doctrina constitucionalista. Si lo hace, es únicamente porque ha cambiado el estatuto de tesis científica por aquel de un dogma⁸⁸.

86 Véase en otro sentido, Troper M., *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 2011, 294 p.

87 Véase recientemente Pegoraro L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, op. cit.; Champeil-Desplats V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, xiii+432 p.

88 En el mismo sentido, v. Benabentos O.A., «Nociones sobre una teoría general unitaria del derecho procesal», *Cartapacio*, n° 2, 2004, <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/21/39>.