



DOCTRINA

ORÍGENES Y MODELOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD*

ORIGINS AND MODELS OF CONSTITUTIONAL REVIEW

RODRIGO BRITO MELGAREJO**

RESUMEN: Este artículo señala la importancia de conocer los orígenes y modelos del control de la constitucionalidad. En él, se repasan los antecedentes más importantes de este tipo de control y se ofrece un panorama general de la forma como ha cambiado con el paso del tiempo en distintos sistemas que pueden considerarse modélicos. Con ello se pretende demostrar, además, que los modelos prototípicos de control han ejercido una gran influencia más allá de las fronteras en que fueron concebidos.

PALABRAS CLAVE: Control de la constitucionalidad; modelos de control de la constitucionalidad; control de la constitucionalidad en los Estados Unidos; modelo europeo de control; modelos mixtos.

ABSTRACT: This article points out the importance of knowing the origins and models of constitutional review of legislation. It covers the most important antecedents of this type of control and offers an overview of how it has changed over time in different systems that may be considered exemplary. This is also intended to demonstrate that prototypical control models have exerted a great influence beyond the borders in which they were conceived.

KEYWORDS: Constitutional review of legislation; constitutional review models; judicial review in the United States; European constitutional review model; mixed models of constitutional review.

Fecha de recepción: 05 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 07 de octubre de 2021

* Este texto retoma, en parte, algunos planteamientos del autor contenidos en la obra *El control jurisdiccional de la constitucionalidad. Elementos para el diseño de una eventual teoría*, publicada por la editorial Tirant lo Blanch en el año 2021.

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa. Estudió la maestría en derechos humanos y democracia en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; actualmente se desempeña como profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. La historia como recurso para entender los orígenes del control de la constitucionalidad. II. Los orígenes del control de la constitucionalidad. III. Los modelos de control de la constitucionalidad. 1. La *judicial review of legislation* de los Estados Unidos y el modelo americano. 2. El modelo austriaco o europeo continental. 3. Los modelos híbridos. 4. Francia y la evolución de su sistema de control. IV. Influencia histórica y difusión de los modelos de control. V. Fuentes consultadas.

I. LA HISTORIA COMO RECURSO PARA ENTENDER LOS ORÍGENES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los textos constitucionales de nuestro tiempo conviven con el pasado, pero se constituyen, sobre todo, como aspiraciones de futuro; esto es, como hojas de ruta o cartas de navegación que poseen las características de modelos amplios para la comunidad política que, al considerar el pasado, se orientan hacia el futuro; por ello, siempre tienen algo de “utopías concretas”.¹ Esta dicotomía demuestra que para configurar los elementos ideales, por medio de los cuales se pueda hacer la configuración política futura, es necesario dejar de lado la visión que presenta a la Constitución como una escisión entre el pasado y el presente o meramente como un punto de inflexión fundacional donde una generación impone las bases de la convivencia social partiendo de cero.²

Las constituciones son en nuestros días, como ha señalado Gustavo Zagrebelsky, pasado, presente y futuro. Son documentos que miran al porvenir al tener firme el pasado; es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Bajo esta perspectiva, “pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y, por tanto, a una constante redefinición de los principios de la convivencia constitucional”.³

¹ Véase al respecto la introducción de Miguel Carbonell al texto de Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 9-10.

² *Ibidem*, p. 11.

³ *Ibidem*, *passim*.

Conocer los orígenes de las instituciones que conforman los textos constitucionales es, consecuentemente, un elemento fundamental para determinar hacia dónde se dirigen y cuáles son los elementos que las caracterizan, así como aquellos que hay que preservar y fortalecer. Por esta razón, en las páginas que siguen, se pretende recapitular algunos datos que permitan saber cuáles son los orígenes de uno de los componentes más importantes de los textos constitucionales: el control de la constitucionalidad. La revisión que aquí se presenta busca contribuir a mejor entendimiento de la naturaleza de este tipo de control, de los fines que persigue y de los retos que tendrá que enfrentar.

No debe olvidarse que este tipo de control es el resultado de diversos factores que, considerados en su conjunto, han delineado una manera de asegurar la vigencia de las normas, principios y valores constitucionales. Si bien el control de la constitucionalidad es, hasta cierto punto, reciente en la forma que lo conocemos actualmente, la necesidad de defender los contenidos de las constituciones es tan antigua como la reflexión sobre los problemas del Estado.⁴ Si se revisa el pasado, será posible determinar que, desde tiempos muy remotos, se han buscado mecanismos que pudieran dar cierta estabilidad a las normas que regulan la convivencia política, a fin de defenderlas de los ataques constantes a los que son sometidas. Esta es la idea detrás de los instrumentos de control de la constitucionalidad, ya que —a pesar de los esfuerzos realizados en los diversos procesos constituyentes para esbozar un marco institucional adecuado sobre las formas de acción política y jurídica que hiciera improbables las violaciones a las normas constitucionales— lo cierto es que el respeto a los contenidos de las constituciones no se hubiera podido asegurar si no existieran medios para controlar el ejercicio del poder. Por esta razón, se han creado instrumentos específicos para ejercer este tipo de control y, de esa forma, poder construir un freno efectivo que evite los abusos por parte de la autoridad.

Dichos instrumentos han tenido un gran influjo en las ideas que actualmente existen sobre el control de la constitucionalidad, las cuales, hay que decirlo, no reflejan solamente el espíritu y la influencia de las fuerzas actuantes en el presente, sino también los cambios que han teni-

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988, p. 11.

do a través del tiempo. Por ello, se hace indispensable brindar, al menos de manera breve, un panorama histórico que haga posible reconstruir en el tiempo los procesos evolutivos del control de la constitucionalidad para entender de mejor forma las características que lo definen.

II. LOS ORÍGENES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La idea de controlar el poder contemplando la existencia de un “parámetro superior” no es de ninguna manera nueva. Desde la antigüedad clásica estaba presente la conciencia de que en todo grupo social las normas por medio de las cuales se regulaba la vida común podían y debían estar sujetas a control. En principio, dicha idea derivaba, por un lado, de la convicción, religiosa o filosófica, de que la superioridad de ciertas normas encontraba su fundamento en principios considerados inviolables e inmutables que expresaban la coincidencia entre las leyes de Dios y las leyes de los hombres; sin embargo, esta no era la única razón por la que se pensaba que ciertas normas eran superiores, pues dicha convicción fue también resultado de acomodos largos y complejos entre las distintas clases sociales y los poderes que existían, concretados mediante la costumbre o en ciertos documentos formales.⁵

Dado que, como señala Manuel Aragón, el control es un elemento que no puede separarse del concepto de Constitución es innegable que, si hay antecedentes históricos importantes de las constituciones modernas, también deben existir precedentes significativos de órganos cuyo fin era proteger leyes que se consideraban superiores.⁶ Incluso podría decirse, como señala Dogliani, que la idea de supremacía está condicionada en buena medida por la existencia de este tipo de órganos.⁷

En la antigua Grecia, por ejemplo, la idea de supremacía derivaba de la distinción que existía entre *nomoi* y *psefismata*. Mientras que las primeras contenían de manera implícita aquellos elementos que definían la *civitas* y, por ende, se consideraban inmutables, los segundos constituían

⁵ Morbidelli, Giuseppe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1995, p. 46.

⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 83 ss.

⁷ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, p. 151.

resoluciones del pueblo que se discutían y aprobaban en la asamblea como leyes o decretos y, a diferencia de las *nomoi*, podían ser aprobados, modificados o sustituidos en cualquier momento, siempre que fueran acordes con estas últimas.⁸ Así, los límites a los *psefismata* se encontraban en la correspondencia de sus contenidos con las *nomoi* y, para que esos límites se respetaran, existía en Grecia la *graphé paranomon* o acción de ilegalidad. Esta acción era una medida de control por medio de la cual se podía acusar y procesar a un ciudadano por presentar a la Asamblea una iniciativa de *psefismata* que contraviniera las *nomoi* y que hubiera sido aprobada. En este caso, era el pueblo, por medio de un jurado popular que se elegía con un sorteo, quien resolvía la cuestión. Si la acción procedía y se lograba demostrar que el *psefismata* que había sido aprobado era contrario a las *nomoi*, se acreditaba la responsabilidad penal y se derogaba la ley o decreto sujeto a control.⁹

Además de la *graphé paranomon*, existen otros antecedentes importantes del control en la Magna Grecia. En aquel lugar, Carondas, un conocido legislador de la época, dictó una norma en la cual se establecía que cualquier persona que deseara proponer modificaciones a una ley, al hacer la propuesta, debía ponerse una soga al cuello y así esperar la deliberación del pueblo, de manera que si el cambio era admitido, pudiera partir libre; no obstante, en caso de que fuera rechazada por contravenir los principios fundamentales que regían a la comunidad, la consecuencia sería su estrangulación inmediata.¹⁰ En estos dos casos que, no hace falta decirlo, constituían formas extremas de control, la rigidez de las normas que eran consideradas superiores se aseguraba no

⁸ Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 6 y ss. Ruipérez señala que esta distinción encuentra argumentos importantes en Aristóteles, para quien era necesario evitar que un gobierno ordenado como auténtica *politeia* pudiera degenerar en su forma impura (democracia/demagogia), algo que ocurriría cuando el pueblo, manipulado por demagogos, se convirtiera en un monarca plural y, como tal, hiciera prevalecer sus resoluciones sobre la ley. Para soslayar este peligro, se hacía indispensable, en consecuencia, establecer una norma suprema en la colectividad jurídico-política y, al mismo tiempo, limitar las posibilidades del cambio de las leyes.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Giappichelli, Turín, 2001, p. 25.

por medio de un procedimiento agravado de reforma, sino de sanciones graves si alguna ley inferior contravenía sus contenidos.

Existieron también otros esfuerzos significativos de control que, por su naturaleza, se volvieron fundamentales a lo largo de los años. Un ejemplo de ellos fue la manera como se ejercían labores de control en el Consejo de los 400 en Atenas (*Boulé*), que tenía como fin servir como freno a las funciones legislativas ejercidas por la Asamblea popular.¹¹ Otro ejemplo de la forma en que se ejercían labores de control en la antigüedad fue la participación de los *nomotethai*, un grupo de ciudadanos seleccionados para juzgar la constitucionalidad formal y material de las leyes en Atenas. Estos ciudadanos tenían el estatus de guardianes de las leyes y su función consistía en velar por que las nuevas leyes tuvieran coherencia con las demás leyes vigentes; así se preservaba la estabilidad del ordenamiento jurídico ateniense.¹² Demóstenes señala de manera clara en este sentido que:

¹¹ El Consejo de los 400 fue uno de los grandes aportes de Solón que se constituiría como un importante contrapeso a las decisiones de la *Ecclesia*. Esta institución política “influyó principalmente como instancia administrativa, deliberativa y judicial”. Un aspecto importante que debe señalarse es que, a partir de las reformas de Clístenes sobre la organización territorial y la propia *Boulé*, “ésta quedó integrada por 500 miembros, en vez de los 400 establecidos por Solón. El proceso de conformación de la *Boulé* se llevaba a cabo de la siguiente manera: cada uno de los 10 *Demos* de la *polis* aportaba 50 ciudadanos, los cuales eran elegidos por sorteo. La elección azarosa de los representantes de los *Demos* y el referido incremento de ciudadanos permitió a la *Boulé* tener una mayor representatividad democrática [...] La deliberación política ateniense se llevaba a cabo de la siguiente manera. Primero se discutían en la *Boulé* los asuntos que le constreñían a la propia *polis*. Una vez agotadas las discusiones, que podían tardar horas o días, se tomaban las decisiones correspondientes por mayoría democrática. Ya aprobadas por la *Boulé* dichas decisiones, entonces se turnaban a la *Ecclesia* para su respectiva aprobación”. Véase Mantilla Sahagún, Luis Roberto, “Instituciones, principios, actores y aspectos materiales de la democracia ateniense y su deliberación política”, en Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (Ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política*, vol. II: Régimen político, sociedad civil y política internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 36-41.

¹² Machado Martins, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXXIX, Valparaíso, 2017, p. 50.

[...] el procedimiento por el que Solón ordena se establezcan las leyes (y qué espléndido es), primeramente, ante vosotros, los jurados, ante quienes justamente también tienen lugar las demás ratificaciones; luego, anulando las leyes contradictorias, con el fin de que haya una sola ley acerca de cada una de las cuestiones y ese mismo hecho no inquiete a los particulares y las haga estar en inferioridad de condiciones con respecto a quienes conocen la totalidad de la legislación, antes bien, puedan todos leer los mismos textos y entender las disposiciones de derecho expresadas en forma sencilla y clara.¹³

Para los atenienses, como señala Priscila Machado Martins, no era lícita la derogación de una ley si dicho acto no se realizaba ante los *nomothetai* y, en ese caso, cualquier ciudadano podía presentar otra ley en sustitución de la que se pretendía derogar. De esta propuesta “se realizaba una votación a mano alzada, primeramente referida a la ley vigente, en el sentido de si al pueblo le parece o no apropiada, y, posteriormente, acerca de la propuesta de nueva ley, para que finalmente, sólo una de ellas resultase válida”.¹⁴

En Esparta existían, por su parte, los éforos de la Constitución que, instituidos por Licurgo, tenían como función preservar (incluso en ocasiones de manera autoritaria) las normas fundamentales de la ciudad-Estado. En principio, los éforos o administradores eran simples representantes de los reyes, a quienes se les nombraba para ayudarles en el desempeño de sus deberes; sin embargo, gradualmente, se fueron librando ampliamente de la vigilancia e intervención de los reyes y adquirieron una fuerza significativa hasta convertirse en elementos fundamentales en la defensa de la Constitución.

La idea planteada por Aristóteles acerca de que una ley injusta no era ley, más adelante tomaría nuevos bríos en Roma con la concepción de la *lex naturalis*, que no podía abrogarse ni derogarse. Las obras escritas por Cicerón en el derecho romano sobre la superioridad del *ius civile* respecto a otras formas de producción jurídica demuestran la importancia que en aquella época adquirió esta idea. Incluso, hay quienes refieren la

¹³ Demóstenes, *Discursos políticos*, Gredos, Madrid, 1985, p. 137.

¹⁴ Machado Martins, Priscila, *op. cit.*, pp. 50-51.

adscriptio con la cual el *ius* era declarado *sacrosanctum* como una fórmula que podía considerarse una clase de control de la constitucionalidad.¹⁵

Ahora bien, si se toma en cuenta lo sucedido en la Edad Media, tendría que recordarse que la tesis del derecho natural siguió teniendo fuerza y se proyectó incluso de forma importante en las obras de Santo Tomás de Aquino. Para el más notable representante de la escuela escolástica, una ley que contrastara con el derecho natural era injusta y, por tanto, no era obligatoria.¹⁶ Esa forma de pensar sería la antesala para construir la doctrina del derecho de resistencia, pero también para que la idea de la “ley superior” o natural fuera reconocida no sólo respecto a la voluntad del Emperador, sino incluso frente a los deseos del Papa. Este contexto tuvo efectos importantes en el ámbito jurisdiccional, pues el respeto y la importancia de la ley natural hacían que ésta pudiera, al menos en teoría, invocarse en los diversos procesos y prevalecer frente a la ley ordinaria.

Por su parte, en Inglaterra también pueden encontrarse documentos que contenían la idea de una ley inmutable. Entre ellos, se encuentran los *Agreements of the People* o el *Instrument of Government* de Cromwell que, aun cuando era una Carta “concedida”, no podía ser modificada por ninguna autoridad.¹⁷ Buena parte de la doctrina, sin embargo, considera como el primer antecedente del moderno control de la constitucionalidad de las leyes el caso del doctor Bonham, resuelto por la *Court of Common Pleas* en 1610. Sir Edward Coke, quien fungiera como *Chief Justice* de ese órgano jurisdiccional, al momento de resolver este caso, recurrió a las teorías tanto de Bracton como de Fortescue y expuso su noción de ley fundamental, a la que identificó sustancialmente con los principios del *Common Law*.¹⁸

¹⁵ Véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 2007, p. 12 y Corwin, Edward S., *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

¹⁶ Sobre esta idea Ruiz Rodríguez, Virgilio, “Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho”, *EN-CLAVES del pensamiento*, año X, núm. 19, México, 2016, p. 28.

¹⁷ Morbidelli, Giuseppe, *et. al., op. cit.*, p. 874.

¹⁸ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 13.

En este célebre proceso, el médico Thomas Bonham, al haber ejercido la profesión sin la previa autorización del Colegio de Médicos de Londres, citado por los censores de este cuerpo colegiado, fue multado y, posteriormente, arrestado por reincidencia debido a que continuó ejerciendo como médico. El doctor Bonham apeló la decisión para que el arresto que había sufrido fuera declarado ilegítimo, tras negar la jurisdicción del Colegio londinense pues éste había actuado como juez y parte. Coke, al decidir el caso, falló a favor de Bonham citando el principio del *Common Law* según el cual *aliquis non debet esse iudex in propria causa, immo iniquum est aliquem suae rei esse iudicem*.¹⁹ Si bien la decisión de este caso es importantísima para el moderno derecho constitucional, no lo es menos la argumentación seguida por Edward Coke. Para dar fuerza a su decisión, Coke pone en duda la legitimidad de la ley invocada como base de la pretensión punitiva argumentando que: "... en muchos casos el derecho común puede servir como parámetro para controlar las leyes del Parlamento y, en ocasiones, para declararlas como leyes sin eficacia. De hecho, cuando una ley del Parlamento contraste con la justicia común y la razón o sea repugnante e inaplicable, es posible poner en duda su legitimidad con base en el derecho común y, si es necesario, declararla nula". Los argumentos de Coke son de gran importancia dentro de los antecedentes del control de constitucionalidad pues, al considerar al *Common Law* no sólo como la ley fundamental del Reino, sino también como la encarnación de la razón y al hacerlo prevalecer frente a las leyes del Parlamento que, incluso, podrían ser declaradas ilegítimas (y en consecuencia no ser aplicadas), Edward Coke da un gran paso para sentar las bases teóricas que servirán a la construcción del Estado constitucional. Sin embargo, en Inglaterra los conflictos entre el parlamento y el soberano, así como los del poder judicial frente al legislativo, se resolvieron con la plena victoria de este último. Por esta razón, las ideas de Coke fueron abandonadas inmediatamente y, con ellas, el principio de que la voluntad de las asambleas representativas pudiera someterse a las decisiones de los jueces. En su lugar, se afianzó la idea de la omnipotencia del Parlamento que se expresaría con la famosa frase

¹⁹ Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., CEDAM, Padua, 2007, p. 265.

de De Lolme, para quien éste podía hacerlo todo, excepto transformar un hombre en mujer.²⁰

En Francia, por su parte, se presentó una contradicción importante en materia de control. El influjo de las ideas de Montesquieu y Rousseau sobre el papel meramente declarativo de los jueces hacía muy difícil pensar en otorgar a estos cualquier tipo de control de las leyes aprobadas por los representantes de la Nación²¹ y, además, los planteamientos de la Ilustración exigían que la división de poderes y la tutela de los derechos fueran garantizados por el texto constitucional.²² Ante esta situación, los franceses adoptaron una solución diversa a la encontrada en Inglaterra. En Francia, debía existir sin duda un control, pero no podía ser ejercido por los jueces, sino por el poder legislativo o, al menos, por órganos que participaran en el procedimiento de creación de las leyes. Este control debía ser, por ende, preventivo de manera que el acto de control asumiera la misma naturaleza que la ley al ser contemplado en el procedimiento para su producción.

De esta manera, la Constitución francesa de 1799 confió a un Senado Conservador el control preventivo de la constitucionalidad. Regulado en el Título II, este órgano de control tenía como cometido princi-

²⁰ Véase Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 13 y Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, Madrid, 1986, p. 29, quien señala la discutida paternidad de esta frase entre De Lolme y Bagehot.

²¹ En Francia, desde un primer momento, como señala Javier Pardo Falcón, “el constitucionalismo revolucionario identifica la soberanía *nacional*, solemnemente reconocida en el artículo 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la soberanía del órgano en que aquélla se deposita, es decir, con la soberanía *parlamentaria*. En consecuencia, la ley que emana del mismo, ‘expresión de la voluntad general’, según la fórmula empleada por el artículo 6 de dicho texto, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la Constitución”. Pardo Falcon, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, Madrid, 1991, pp. 244-245.

²² En este contexto, fracasaron diversos intentos de concebir mecanismos de control como el proyecto de *jurie constitutionnaire* presentado por Sieyès el Segundo Termidor del año III, que “Constituye entonces el intento más avanzado de creación de un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un órgano distinto del poder judicial”. *Ibidem*, p. 246.

pal, de acuerdo con el artículo 21 de la norma fundamental francesa, mantener o anular todos aquellos actos que le hubieran sido referidos como inconstitucionales por el Tribunal o por el Gobierno. Años más tarde, el Senadoconsulto orgánico de 28 de Floreal del año XII (18 de mayo de 1804), por el que se proclama el Imperio, “mantiene el Senado conservador en el ejercicio de esta competencia (art. 70) e incluso le atribuye otras nuevas que refuerzan la naturaleza política del órgano”. Además, modificó el muy complejo procedimiento mediante el cual se elegía a sus miembros y atribuyó, en la práctica, a Bonaparte la facultad de nombrarles a todos, lo que lo privó de cualquier forma de independencia a este órgano.²³

La Restauración monárquica supuso un paréntesis en la historia del constitucionalismo en Francia y, en consecuencia, también en el desarrollo de positivo y en la doctrina del control de la constitucionalidad de las leyes. En ese periodo se entendió que si la norma fundamental del Estado provenía exclusivamente del monarca al ser una Carta otorgada, también era exclusivamente este a quien le correspondía garantizar su cumplimiento, concretamente en el momento de darle fuerza obligatoria a las leyes por medio de su promulgación.²⁴

Más tarde, durante la vigencia de la Constitución de 1848, con la cual se proclamó la Segunda República, tampoco supuso avances en lo que se refiere al control de la constitucionalidad, por lo que será hasta que se aprueba el texto fundamental de 1852, con el cual se abriría el paso al Segundo imperio, que resurgiría la idea de un control de la constitucionalidad de las leyes, pero que se plantearía desde una perspectiva muy semejante a la del Imperio Napoleónico. En la norma constitucional de 52, se crearía un Senado calificado como el guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas. No sería exactamente una segunda Cámara en la estructura orgánica, sino una institución que, entre otras atribuciones, conocía preceptivamente del contenido de todas las leyes y que podía oponerse a la promulgación de aquellas que fueran contrarias o atentaran contra la Constitución, la religión, la moral, la libertad de cultos, la libertad individual, la legalidad, la inviolabilidad de la propie-

²³ *Ibidem*, pp. 247-248.

²⁴ *Ibidem*, p. 249.

dad, el principio de inamovilidad de la magistratura, así como a aquellas leyes que pudieran comprometer la defensa del territorio. De la misma manera, se le confería al Senado la competencia para ratificar o anular actos que fueran calificados como inconstitucionales por el Gobierno o denunciados, debido a la misma causa, por los ciudadanos. Este intento de instaurar un órgano encargado del control no logró concretar un sistema efectivo para defender los contenidos constitucionales pues, de la misma manera que el Senado conservador del Primer Imperio, tuvo un carácter eminentemente político y sus miembros carecían de la independencia necesaria para cumplir sus cometidos.²⁵ Esta tendencia cambió únicamente con la Constitución de la IV República, en la que el control fue asignado a un *Comité constitutionnel*; sin embargo, las garantías de independencia de este órgano eran muy dudosas y tanto el objeto de control como las modalidades de acceso eran muy restringidas.²⁶

Como puede apreciarse, la idea de hacer respetar la conformidad de las normas del ordenamiento con una “ley superior” no es nueva y ha estado acompañada de la existencia o la construcción teórica de medios de garantía y control que son antecedentes del actual control jurisdiccional de las leyes.²⁷

III. LOS MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los antecedentes a los que se ha hecho referencia abrieron la puerta a nuevas formas de control que se fueron consolidando como modelos con el paso del tiempo. Conocer estos modelos es importante porque la elección de uno de ellos evidencia exigencias profundas de la vida colectiva e incide marcadamente en la dinámica institucional. Como ya se ha dicho, el fin último del control es garantizar un adecuado ejercicio del poder y, con ello, asegurar la protección de los derechos y las liberta-

²⁵ *Ibidem*, p. 250.

²⁶ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²⁷ Además de los ejemplos mencionados, pueden referirse también el Tribunal Supremo y la Suprema Corte de Justicia imaginados por Antonio Rosmini en sus proyectos de Constitución, los censores de la Constitución de Pennsylvania de 1776, el *Senato conservatore* de Romagnosi, etc. Véase Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *op. cit.*, p. 26.

des fundamentales de las personas. Para la consecución de este fin, por tanto, es necesario establecer una serie de mecanismos por medio de los cuales sea posible controlar la esfera de la política a la luz del parámetro constitucional e imponer a todos los poderes públicos el respeto de las normas, principios y valores contenidos en la Constitución y que conforman el fundamento de la sociedad y del Estado.²⁸ Precisamente por la exigencia de proteger este fundamento, el funcionamiento práctico de los sistemas de control de la constitucionalidad que operan en el mundo ha hecho surgir una gran cantidad de variantes aplicativas que tienden a ordenarse en direcciones diversas.

1. LA JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL MODELO AMERICANO

Entre los sistemas de control de la constitucionalidad, el nacido en los Estados Unidos de América puede considerarse, sin duda, un modelo de control que ha influido de manera importante en muchos de los modelos que, desde el siglo XIX, se han ido afianzando. Nadie puede negar que la Suprema Corte de ese país, por el importante papel que juega en el sistema de frenos y contrapesos norteamericano, ha servido siempre como modelo de referencia para muchos ordenamientos constitucionales. Las razones del carácter modélico de esta Corte pueden ser muchas, pero puede decirse que la que más ha caracterizado el papel de los jueces norteamericanos y les ha dado un papel por demás trascendente es su potestad de *judicial review of legislation*, esto es, de controlar la constitucionalidad de las leyes.

A diferencia de lo que ocurrió en Inglaterra donde la doctrina de Edward Coke fue abandonada, en los Estados Unidos, desde la segunda mitad del siglo XVIII, diversos pensadores ejercieron un influjo importante en las ideas de la gente de esta nación afirmando que una ley contraria a la constitución era nula.²⁹ En esta época, la idea de un derecho

²⁸ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 9.

²⁹ Philip B. Kurland incluso señalaba que la historia norteamericana dejaba claro que el primer paso constitucional no fue la Carta Magna, sino la versión de Coke de esa Carta. Véase Kurland, Philip B., “Magna Carta and constitutionalism in the United

fundamental (*higher law*) se fue afianzando en la mente de los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochaban desconocer sus derechos personales y colectivos. Como lo señala García de Enterría, ese “derecho más alto” es donde se funda la rebelión de los colonos y su afirmación puede encontrarse en las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761 (que según Adams significa una premisa importantísima para el nacimiento de la independencia) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que se deduce que una ley contraria a la constitución es nula y que los Tribunales deben inaplicarlas. Igualmente Sharp, en su libro *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature* de 1774 juzga, con base en la Carta Magna, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es “el primero y más esencial derecho de la Constitución”, al estimar que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al derecho supremo y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, inconstitucional.³⁰

Con todas estas doctrinas, se rompe la idea de la soberanía absoluta del Parlamento para dar paso a una nueva concepción en la cual la Constitución, resultado de las aspiraciones y los sentimientos del pueblo norteamericano, se convertía en el parámetro válido que debía prevalecer incluso frente a la voluntad del legislador. La gran aportación de los Estados Unidos al Estado constitucional es precisamente esta idea, pero no menos importante es la manera como se decide en este país la forma de hacerla valer.

La idea de una ley superior que funcionara como protección para los individuos, para ser efectiva necesariamente tenía que garantizarse por medio del control; por ello, en norteamérica se adopta como mecanismo para lograr este fin un medio de control en el que el poder judicial juega un papel trascendental: la *judicial review*. La adopción de esta forma de control encuentra sus fundamentos en la evolución constitucional americana inspirada en la organización jurídica desarrollada por Hamilton en

States: “The noble lie”, en Thorne, Samuel E. *et al.*, *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Pantheon Books, Nueva York, 1965.

³⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 57 y 58.

el capítulo LXXVIII de *El Federalista*.³¹ Al afirmar la fuerza del poder judicial y la importancia de su papel dentro del sistema de separación de poderes, Hamilton reflexiona sobre el control de la constitucionalidad de leyes, al basarse en la configuración de la Constitución como acto del pueblo y en la legislación como acto de una Asamblea que obra por medio de un poder que le es delegado por el pueblo. Hamilton señala sobre este punto que todo acto de autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Esta premisa le da la pauta para concluir que ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido, pues negar esto “equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”.³²

En *El Federalista*, Alexander Hamilton propone también la idea de concebir la constitución como la ley fundamental, que posteriormente será recogida en la propia Constitución federal de 1787 cuyo artículo VI, sección 2, establecerá la cláusula básica que proclama a la constitución como *the supreme law of the land*. Es esta idea de supremacía expresamente contenida en el texto constitucional, que vincula al juez con los preceptos de la norma fundamental de manera que una ley del Parlamento sólo puede aplicarse si es conforme a la constitución. De esta manera se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación a favor del principio de *judicial review*, que reconocerá el poder de las cortes para declarar nulas las leyes contrarias al texto constitucional.³³ Este poder, aunque implícito en la Constitución mediante la *supremacy clause*, se vio materializado sólo en 1803, en la sentencia que John Marshall, *Chief Justice* de la Suprema Corte en aquella época, dictó en relación con el famoso caso *Marbury vs. Madison*.³⁴ En

³¹ Hamilton, Alexander, James Madison y John JAY, *El Federalista*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 330 y ss.

³² *Idem*.

³³ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 61.

³⁴ Esta sentencia, aunque es la primera a nivel federal, no es la única que en aquella época se refería al control jurisdiccional. Entre la Independencia y el año en que se dictó la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, las Cortes de los estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte

este caso, después de encontrarse que la *Judiciary Act* era contraria a la Constitución por vulnerar el ámbito de competencias que esta le atribuía, se planteó qué consecuencia tenía que recabarse de ello: si seguir la ley o seguir la Constitución.³⁵ Marshall decidió la cuestión con los siguientes argumentos:

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo.

Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite.

Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación y, consecuentemente, la regla que debe aplicarse es que toda Ley contraria a la Constitución es nula.³⁶

Estos párrafos constituyen el antecedente más importante del control jurisdiccional de constitucionalidad, pero no son los únicos por medio de los cuales Marshall reafirma el papel del Poder Judicial cuando interviene en este tipo de control. Al respecto, en esta misma sentencia, el más conocido *Chief Justice* de la historia de los Estados Unidos señala que:

Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben

veces en relación con normas estatales, porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la constitución. Véase Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 24.

³⁵ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 95-97.

³⁶ *Ibidem*, p. 117.

por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso.

De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la Ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Ése es el verdadero sentido de la función judicial.

Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.³⁷

Como puede verse, la sentencia dictada por Marshall no sólo estableció un sistema de control de constitucionalidad, sino que también ofreció sus rasgos principales que determinaban este modelo de control como difuso que se extendería a muchos países alrededor del mundo.

2. EL MODELO AUSTRIACO O EUROPEO-CONTINENTAL

En Europa, aun cuando la experiencia norteamericana era conocida mediante los escritos de Jellinek y Mall, la idea de un control difuso de constitucionalidad no cobró la fuerza necesaria para servir como modelo. En este continente, donde para la mayor parte de los sistemas el precedente judicial en lo individual no tenía fuerza de ley, el control difuso no representaba un sistema de garantía realmente eficaz y, por tanto, se buscaron nuevas construcciones teóricas para idear un sistema de control de constitucionalidad adecuado a las necesidades europeas.

Carl Schmitt, a principios del siglo XX, había advertido una de las características de la realidad del continente europeo: la demanda de un protector de la constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia constitución. Así fue desde que —en el

³⁷ *Idem*, p. 118.

contexto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII— surgieron los primeros textos que pueden calificarse de constitucionales en sentido moderno, técnico y actual. Además, no deja de ser sintomático que en Europa, durante el proceso revolucionario francés, cuando las fuerzas de la reacción, nobleza y alto clero unieron sus energías en una campaña dirigida a acabar con la revolución, surgió un periódico titulado *Le défenseur de la Constitution*.³⁸ Los procesos de evolución constitucional que se presentaron en el continente europeo habían impregnado la ideología dominante con la concepción de constitución como norma fundamental, pero al mismo tiempo reforzaron el papel de la soberanía en el debate constitucional; así se formó una contraposición importante entre derecho y poder cuyo resultado fue que la materia prima de carácter teórico para determinar el sistema de control de constitucionalidad que debía construirse no fuera homogénea. Esta situación, sin embargo, auspició uno de los debates teóricos más interesantes que se ha dado en la doctrina constitucional: la polémica sostenida por Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el defensor de la constitución.

Esa polémica, donde Kelsen resultaría el triunfador, daría como resultado la concepción teórica de lo que posteriormente se materializaría en el sistema austriaco de control de constitucionalidad. El sistema ideado por el maestro de la Escuela de Viena fue adoptado en la postguerra de 1919, aunque con matices significativos, en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, en la que se instituyó un Tribunal constitucional federal (*Verfassungsgerichtshof*), competente para juzgar sobre el respeto del texto constitucional y de las competencias repartidas entre el *Bund* y los *Länder* y también revisando la constitucionalidad de las leyes.³⁹

³⁸ Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008, pp. 921 y 922.

³⁹ Sobre el punto véase Olivetti, Marco, “La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)”, en Groppi, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milán, 2003.

El sistema asutriaco-kelseniano, como señala García de Enterría, difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Frente al llamado “control difuso” de los Estados Unidos, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio del *stare decisis*), el sistema kelseniano configura un “control concentrado”, confiado a un solo Tribunal constitucional, habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esta variante esconde una importante significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Austria se configura como una función constitucional que no es propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de “legislación negativa”. En concreto, dentro de este sistema, el Tribunal constitucional no enjuicia, salvo en el caso de violación directa de los derechos protegidos constitucionalmente, ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta) de la constitución.⁴⁰

Este rigor lógico hace que, hasta que el Tribunal constitucional no haya declarado una ley como inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*) dicha ley es válida, lo que justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla. Lo que se da entonces, a diferencia de cuanto sucede en la *judicial review*, es un vicio de anulabilidad, de donde se infiere la naturaleza constitutiva de este tipo de sentencias del Tribunal constitucional y su valor *ex nunc* (no retroactivo) y sólo *pro futuro*.⁴¹

Estos rasgos fundamentales del modelo kelseniano se fueron adaptando a la realidad austriaca con el paso del tiempo y, asimismo, muchas de las características propias de este sistema de control trascendieron las fronteras de Austria y encontraron una importante aceptación en muchos países que las consideraría para forjar sus propios sistemas.⁴²

⁴⁰ Véase Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 151.

⁴¹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁴² Alfonso Celotto señala que: “A pesar de que el Tribunal constitucional austriaco -cuyas funciones fueron paralizadas en 1933- no hubiese logrado defender

3. LOS MODELOS HÍBRIDOS

El sistema estadounidense de la *judicial review* y el austriaco de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* son modelos que generalmente se contraponen en las clasificaciones doctrinales. Estos modelos, que han servido como prototipos a diversas experiencias, son usados como punto de partida en muchos de los intentos de clasificación que se hacen sobre los sistemas de control constitucional; sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, los juristas han comenzado a asociar a estos sistemas un tercer modelo, en el cual pueden encontrarse características típicas del modelo norteamericano (ciertos caracteres del control difuso aunados a la incidentalidad de las formas de acceso) unidas a elementos característicos de la construcción kelseniana (decisiones con efectos *erga omnes* tomadas por un órgano jurisdiccional).⁴³

Esta tercera clase de control se suma a los dos modelos paradigmáticos que se habían desarrollado hasta principios del siglo XX. Los sistemas de control de la constitucionalidad que pertenecen a este modelo toman de la doctrina de Kelsen muchos aspectos que habían sido dejados de lado, al menos en un principio, cuando se plasmaron en la constitución austriaca las ideas del profesor de las universidades de Viena y Colonia. Entre estos, el aspecto principal que se incluye en sistemas de control de constitucionalidad como el italiano, el alemán y parcialmente en el español, está representado por las formas en que las cuestiones que tienen que ver con la inconstitucionalidad de una ley llegan al órgano competente para conocer de ellas.

En los Estados Unidos, como se ha mencionado, cada juez puede y debe dejar de aplicar la ley que considera inconstitucional. Por su parte, en Austria, de acuerdo con las premisas teóricas de Kelsen, el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes era y es incluso hasta ahora el Tribunal constitucional. A este Tribunal, en los orígenes del sistema austriaco, podían acceder exclusivamente (salvo en

la Constitución de los asaltos del nacionalsocialismo, el modelo kelseniano encontró grandísimo eco en los Estados europeos". Celotto, Alfonso, "La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, México, 2004, p. 7.

⁴³ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 35.

los casos de recursos individuales) las autoridades federales o locales legitimadas para ello. Sin embargo, lo que caracteriza al tercer modelo es que el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad es, como en el modelo kelseniano, un órgano único y especializado, pero al igual que en los Estados Unidos, en estos sistemas los jueces ordinarios participan en el ejercicio del control de constitucionalidad, aunque en modo peculiar pues, en ciertas circunstancias, deben realizar un juicio preliminar de conformidad constitucional de las leyes que se ven obligados a aplicar en el caso concreto y, si con este juicio se plantean la duda (o tienen una razonable certeza) sobre el contraste entre la ley y el texto constitucional, entonces deberán hacer del conocimiento del Tribunal constitucional este hecho, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley. Esa forma de acceso se conoce como incidental o de excepción.⁴⁴

Este tipo de control —que ha sido adoptado también en algunos ordenamientos de Europa del este y en ciertos países latinoamericanos— ofrece ventajas en términos de certeza jurídica. De hecho, debido a que en gran parte de los ordenamientos de *civil law* los precedentes no son vinculantes, no hubiera sido posible ni siquiera pensar que en ellos los jueces tendrían la facultad discrecional para dejar de aplicar las leyes que consideraban inconstitucionales. Este problema se resuelve dentro del modelo que se trata, por medio de la vía incidental, que remedia además el déficit de “justicia constitucional” que las dificultades de acceso implican en los sistemas en que sólo pocos sujetos institucionales pueden remitir una cuestión al Tribunal constitucional. La introducción de este sistema en Italia y Alemania reflejó, además de la influencia de Kelsen, ciertos caracteres del modelo norteamericano. Estas dos experiencias fueron las propuestas más cercanas (obra de Calamandrei en Italia y de Nawiasky en el caso alemán) a las ideas kelsenianas en las que no se imponen, aunque permanecen, importantes rasgos técnicos del modelo austriaco, como la acción directa y los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad.⁴⁵ Sin embargo, la original construcción de Hans Kelsen, que preveía la sanción de anulabilidad para las leyes inconstitucionales, en lógico correlato con su concepción de Tribunal Constitucional como legislador negativo, se superó. Y ello fue debido, en

⁴⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

gran medida, como se ha visto, a la incorporación de elementos propios de la tradición norteamericana de control de constitucionalidad, que hoy demuestra que la distinción entre el sistema americano y austriaco se está difuminando.⁴⁶ Sin embargo, el elemento que determina las características de control difuso en este tercer modelo, se encuentra sólo en la fase introductiva del proceso y no en la decisoria. Esta situación ha hecho que muchos sistemas de control de constitucionalidad queden fuera del campo que engloba este tercer modelo.

El hecho de que existan diversos ordenamientos en que la hibridación se da de manera diversa y con características del todo peculiares, ha ejercido una influencia determinante para que se hable de la existencia de un *quartum genus* de control jurisdiccional de constitucionalidad.⁴⁷ Dentro de este cuarto modelo, las variantes son muy diversas entre sí, pero la característica que acerca a todos los sistemas que son encuadrados en él es un grado de hibridación importante entre los sistemas austriaco y norteamericano.

4. FRANCIA Y LA EVOLUCIÓN DE SU SISTEMA DE CONTROL

La evolución del sistema francés de control de constitucionalidad ofrece variantes interesantes que deben considerarse si se quiere completar el cuadro de los prototipos de sistemas de control que se han afianzado en el mundo. La peculiaridad del caso francés deriva, principalmente, de la fuerza que adquiere la idea de la soberanía del parlamento mediante la historia de este país.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde la idea de soberanía parlamentaria carece de arraigo probablemente porque para los ciudadanos de este país la hegemonía parlamentaria tiene el odiado significado hegemonía del Parlamento británico, en Francia, como ya se ha dicho, el constitucionalismo revolucionario identifica la soberanía nacional con la del órgano en que aquélla se deposita, es decir, con

⁴⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 33 y 34.

⁴⁷ La clasificación en cuatro modelos ha sido desarrollada por Lucio Pegoraro en *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, pp. 17 y ss.

la soberanía parlamentaria. En consecuencia, la ley que de él emana, “expresión de la voluntad general” según la idea de Carré de Malberg, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la Constitución.⁴⁸ De hecho, hay quienes señalan que en la historia de Francia, la Constitución cedía ante la ley y no la ley ante la Constitución, lo que significaría que la ley, última expresión de la voluntad del pueblo, tiene el mismo valor jurídico que la Constitución.⁴⁹ Se llega así a la Constitución de 1958 y al nacimiento de la Quinta República con un control de constitucionalidad efectivo que, como se ha visto, se encontraba pendiente de creación. Sin embargo, este texto fundamental va a poner fin a dicha circunstancia al conferir el control de constitucionalidad de las leyes a un nuevo órgano: el *Conseil constitutionnel*.

En este contexto, se da en Francia una verdadera revolución jurídica al instituir un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes de tipo preventivo, que el Constituyente quiso que fuera eficaz y capaz de mantener al Parlamento dentro de facultades limitadas a las materias señaladas por la constitución. Al definir el ámbito legislativo estrictamente delimitado y al disponer que todas las materias que no son incluidas en este ámbito son reglamentadas por el gobierno, la Constitución de 1958 abandona la doctrina de la soberanía parlamentaria y legislativa, erige al gobierno al rango de legislador común y hace necesario un control del cumplimiento por parte del Parlamento de sus facultades y, al mismo tiempo, protege las del gobierno.⁵⁰ El constituyente francés, al instaurar

⁴⁸ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 587. Véase también Turpin, Dominique, *Le Conseil constitutionnel*, *cit.* pp. 13 y 14. El Comité constitucional no tiene naturaleza jurisdiccional pues, como indica Pardo Falcón “existe un acuerdo unánime en considerar que el Comité Constitucional no responde en modo alguno a las características de una jurisdicción constitucional, tratándose más bien de un órgano que realizaba una tarea política de conciliación y arbitraje entre ambas Cámaras. En este sentido, no deja de ser significativo el hecho de que en ninguna parte de la Constitución se haga referencia a un hipotético control de constitucionalidad. En realidad, como ha destacado la doctrina, lo que hace el Comité Constitucional es todo lo contrario: efectuar un control de legalidad de la Constitución”. Pardo Falcón, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia”, *cit.*, p. 257.

⁵⁰ Laferrière, François Julien, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 589.

el Consejo constitucional, en principio no pretende crear un órgano de control del contenido de las leyes o de protección de los derechos individuales, sino de la conformidad de las leyes a las reglas de competencia, a fin de mantener al poder legislativo en su ámbito y evitar que invadiera el ámbito del poder ejecutivo. Esta situación hizo que en los primeros años de su existencia, el Consejo constitucional hiciera poco uso de sus facultades; sin embargo, la situación cambió radicalmente en 1971, cuando a petición de Alain Poher, presidente del Senado en ese entonces, se atribuyó al Consejo la facultad de verificar la conformidad de las leyes no solamente con los artículos de la Constitución de 1958, sino también con su preámbulo y, consiguientemente, con el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁵¹

Esta situación, aunada a la posibilidad que en 1974 se dio a un grupo de sesenta diputados o sesenta senadores, de someter una ley al control de la constitucionalidad (*saisine parlementaire*), hizo que el Consejo adquiriera un papel fundamental en la vida política y jurídica francesa. Desde esa época, el gobierno al elaborar los proyectos de ley y el parlamento al votarlos, siempre contemplan la posibilidad de que el Consejo constitucional declare la ley contraria a la Constitución y prohíba su promulgación. De este modo, la mera amenaza de una declaración de inconstitucionalidad disuade a los actores del procedimiento legislativo de asumir el riesgo de adoptar disposiciones cuya conformidad con la Constitución sea dudosa.⁵²

No obstante, el control de constitucionalidad de leyes que realiza el Consejo constitucional hasta los primeros años del presente siglo era un control exclusivamente *a priori*, que sólo era efectuado con carácter preventivo antes de la promulgación de la ley; por lo tanto, antes que la ley entrara en vigor y fuera concretamente aplicada. Esta situación dota de una peculiaridad importante al control en la Francia de la Quinta República. Empero, la evolución que ha vivido el sistema de control en Francia, con la introducción de formas de control de constitucionalidad

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem*, p. 590.

sucesivo en los últimos años, hacen del control ejercido por el Consejo constitucional un control peculiar de carácter jurisdiccional.

Ya desde el año 2003, el Consejo había iniciado una nueva etapa al permitirse el acceso al control, al tenor del artículo 10 de la ley constitucional 2003-276, a los entes de ultramar interesados cuando constatasen que una ley estatal había invadido su competencia. Sin embargo, esta modificación no había convencido a muchos doctrinarios sobre el carácter jurisdiccional del control en Francia y muchos de ellos seguían pugnando por el establecimiento en este país de formas de control sucesivo. Este afán por parte de la doctrina se vio materializado (aunque sea parcialmente) con la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, mediante la ley constitucional 2008-724, que añadió una nueva forma de control sucesivo de constitucionalidad. Con esta reforma, como señala Favoreau, se da una revolución en el control de constitucionalidad à la française,⁵³ pues se añade a la Constitución un artículo 61-1 que establece que: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”. Bautizada generalmente como *exception d'inconstitutionnalité*, esta nueva forma de acceso al Consejo constitucional, no deja duda del carácter jurisdiccional del modelo francés y, además, se muestra como una etapa importante del proceso evolutivo del control de constitucionalidad en Francia.

⁵³ Favoreu, Louis y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, Documento del Conseil constitutionnel, París, 2008, p. 9.

IV. INFLUENCIA HISTÓRICA Y DIFUSIÓN DE LOS MODELOS DE CONTROL

El desarrollo que ha tenido el control de la constitucionalidad a lo largo del tiempo y la forma como se han afianzado y difundido sus modelos dan muestra de la necesidad que existe en los Estados de limitar el ejercicio del poder. Hoy hablar en el mundo de un Estado liberal-democrático significa también referirse a la existencia de un sistema de control de constitucionalidad con el que se asegura la vigencia de la norma fundamental. Esta evolución del control, se ha visto reforzada con la matriz expansionista del control jurisdiccional de constitucionalidad, que ha hecho posible la circulación de los modelos austriaco, norteamericano, incidental, preventivo y de las diversas combinaciones que entre estos se han generado.

Las razones de esta difusión son muchas. Entre ellas, son evidentes la superación de las viejas ideas de la soberanía parlamentaria, el afianzamiento del pluralismo, la consolidación de la jurisdicción constitucional como una instancia irrenunciable para las democracias, el nacimiento de la idea de Estado constitucional y la evolución del derecho constitucional comparado que ha permitido, por medio de la observación y la circulación de los estudios sobre los sistemas de control, concebir nuevos instrumentos tendientes a garantizar la vigencia del texto constitucional.

De hacerse un recorrido por todos los continentes, se podría comprobar que los modelos prototípicos de control de la constitucionalidad han ejercido una gran influencia más allá de las fronteras en que fueron concebidos; sin embargo, cada sistema, dentro del marco del Estado nacional, adopta características que lo definen y diferencian de los demás o en muchas ocasiones se inspira en más de un prototipo, por lo que las formas y tipologías que este control puede asumir son muy diversas en razón de las múltiples variables que pueden combinarse de forma distinta, así como del papel que juega el sistema de control en el ámbito institucional. Por tanto, si los constituyentes y legisladores diseñan sistemas de control de la constitucionalidad con el fin de alcanzar el máximo posible de armonía y racionalidad en un territorio determinado, deben, además, considerar la estratificación de textos normativos, de orientacio-

nes políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales y de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos.⁵⁴ De otra forma, se correría el riesgo de concebir mecanismos que no correspondan a la forma en que se ejerce el poder en un determinado contexto. Conocer los orígenes y modelos del control de la constitucionalidad puede ser, en consecuencia, una vía para pensar con mejores bases en los retos y fines que derivan de este ejercicio y, de esta forma, proyectar mejores soluciones al momento de determinar las características procesales, funcionales y organizativas del control en un Estado determinado.

V. FUENTES CONSULTADAS

- Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.
- Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, Madrid, 1986.
- Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, México, 2004.
- Corwin, Edward S., *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.
- Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bolonia, 2005.
- Demóstenes, *Discursos políticos*, Gredos, Madrid, 1985.
- Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994.
- Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008.
- Favoreu, Louis y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, Documento del Conseil constitutionnel, París, 2008.
- Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 2007.

⁵⁴ Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, Bolonia, 1982, pp. 521 y ss.

- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- Groppi, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milán, 2003.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John JAY, *El Federalista*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Laferrière, François Julien, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.
- Machado Martins, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXXIX, Valparaíso, 2017.
- Morbidegli, Giuseppe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1995, p. 46.
- Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., CEDAM, Padua, 2007.
- Pardo Falcon, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, Madrid, 1991.
- Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 2007, p. 12.
- Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, Bolonia, 1982.
- Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Giappichelli, Turín, 2001.
- Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 6 y ss.
- Ruiz Rodríguez, Virgilio, “Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho”, *EN-CLAVES del pensamiento*, año X, núm. 19, México, 2016.
- Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (Ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política*, vol. II: Régimen político, sociedad civil y política internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017.
- Thorne, Samuel E. et al., *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Pantheon Books, Nueva York, 1965.
- Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977.
- Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005.
- , Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988.