

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN (*)

LUCIO PEGORARO (**)

SUMARIO: 1.— LA AMPLIACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 2.— ESTRUCTURAS LINGÜÍSTICAS, EQUILIBRIO DE LOS VALORES Y REVISIÓN «IMPLÍCITA». 3.— INTERVENCIONES FORMALES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN: HIPÓTESIS DE CLASIFICACIÓN. 4.— CONCLUSIONES.

(*) Traducción: Mara Zamora Crespo.

(**) Catedrático de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia).

1. En casi todos los ordenamientos, el carácter particularísimo de las decisiones de los Tribunales Constitucionales —cuya sustancia es ampliamente discrecional (por no decir política), pero cuya forma está caracterizada por la jurisdiccionalización del proceso— y sobre todo la posición orgánica en la que operan los jueces de la ley (1), han planteado la posibilidad de conferirles (más allá del control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos, y de la resolución de conflictos entre centro y periferia) una serie de funciones que exigen el ejercicio de un papel arbitral.

Por su riqueza —por otra parte no parangonable a la de textos más recientes, especialmente del Este europeo— son emblemáticas al respecto las disposiciones contenidas en la *Grundgesetz* (2), en la Constitución

(1) ...estén éstos situados en el vértice de la magistratura ordinaria, o se configuren como órganos *ad hoc*.

(2) Entre las competencias especiales del *Bundesverfassungsgericht*, aparecen: a) a propuesta del *Bundesrat*, del Gobierno federal o del Gobierno de un *Länd*, la declaración de la pérdida de los derechos fundamentales, conminada a los individuos que abusan de los mismos con la finalidad de combatir el ordenamiento fundamental democrático y liberal (art. 93 GG, art. 13, apdo. 1, Ley del Tribunal Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951); b) la declaración de inconstitucionalidad de los partidos políticos que, por las finalidades perseguidas o por el comportamiento de los propios afiliados, se proponen dañar o suprimir el ordenamiento fundamental democrático y liberal o amenazar la existencia de la RFA; c) decisiones sobre la controversia entre órganos, determinadas por distintas interpretaciones de la Ley fundamental; d) decisiones sobre las controversias entre *Bund* y *Länder*, ocasionadas por divergencias de opinión, particularmente acerca de la ejecución del derecho federal por parte de los *Länder* y del ejercicio de control federal; e) decisiones sobre otras controversias,

italiana (3) y en la española (4), además de en las respectivas legislaciones de desarrollo. En todas ellas se regulan actividades como la solución de los

sea entre *Länder*; sea entre *Bund* y *Länder*, distintas de aquéllas ya consideradas, sea en el interior de un mismo *Länd*; f) decisiones en los casos de divergencia de opinión sobre la conformidad de una ley con el art. 72, apdo. 2, GG, acerca del poder del *Bund* de legislar para que sea asegurada la unidad jurídica y económica; g) la verificación de las elecciones, en el sentido de la ley federal ejecutiva del GG. En relación con algunos de estos poderes v. J. Luther, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, en A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (directores), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turín, 1993, pág. 99 y sigs.; Id., *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria*, en *Quad. cost.*, 1990, pág. 532.

(3) En el sentido del art. 134 de la Constitución italiana y de las leyes constitucionales y ordinarias sucesivas, corresponde a la Corte enjuiciar: a) acerca de los conflictos de atribución entre poderes del Estado, o sea entre «órganos competentes para declarar definitivamente la voluntad del poder al cual pertenecen...» (art. 37, apdo. 1, ley n.º 87 del 1953), órganos que han sido individualizados por la jurisprudencia en las comisiones parlamentarias de investigación, en los Presidentes de cada Cámara, en el Parlamento en sesión común y en las Cámaras individuales, en el Gobierno (presidente del Consejo de Ministros, previa deliberación a propósito del órgano colegial), en el Presidente del Consejo o en ministros individuales cuyas competencias directamente deriven de la Constitución, en cada juez, en el Presidente de la República, en el Tribunal de Cuentas en sede de control, en el Consejo Superior de la Magistratura, en la misma Corte Constitucional, además de en un «poder» externo al Estado-persona, es decir el pueblo, representado por el comité promotor de un referéndum; b) los conflictos entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; c) las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y, hasta la revisión constitucional del 1989, los ministros (la Ley constitucional n.º 1 de 16 de enero ha sustraído a la Corte la competencia a enjuiciar los delitos ministeriales, de tal forma que ésta opera hoy como juez sólo de los delitos de alta traición y atentado a la Constitución cometidos por el Presidente de la República; d) el juicio sobre la admisibilidad del referéndum de abrogación *ex* art. 75 de la Constitución. Sobre los conflictos de atribución entre los poderes del Estado en Italia ver: A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, Milán, 1957; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milán, 1972, y más actual: V. PIERGIGLI, *Avvocatura dello Stato e conflitti di attribuzioni*, Padua, 1991; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milán, 1992, además de A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (coordinadores), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, *cit.* En cuanto a los conflictos entre Estado-Regiones en el ordenamiento italiano, véase G. GROTANELLI DE'SANTI, *Il conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milán, 1961; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milán, 1985, también el volumen de S. BARTOLE-M. SCUDIERO-A. LOIODICE (coordinadores), *Regioni e Corte costituzionale*, Milán, 1988. Sobre el tema de los juicios de acusación, G. LOMBARDI, *Note in tema di giustizia penale costituzionale*, Turín, 1979, y L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milán, 1981. Sobre el *Referéndum de abrogación y juicio constitucional* la monografía más actualizada es de A. CARIOLA, Milán, 1994, en la que se contienen diversos comentarios a la jurisprudencia sucesiva, aparecidos en las revistas, especialmente en *Giur. cost.*

(4) Entre las atribuciones, distintas del control de constitucionalidad de normas primarias, que la Constitución o la ley asignan al *Tribunal Constitucional*, se registran también en

conflictos entre los poderes del Estado, el control de la regularidad en las elecciones o la admisibilidad del referéndum, la suspensión de los derechos, la declaración de inconstitucionalidad de los partidos políticos, etc. Sobre la base de las referidas experiencias, diversos ordenamientos han *cargado* (o a menudo *sobrecargado*) a los propios Tribunales Constitucionales con otras funciones, funciones que podrían ser agrupadas como sigue:

- a) En primer lugar —y como sucede en los tres países citados— aparecen las concernientes a los conflictos entre órganos o «poderes» del Estado, entre los que están contemplados los conflictos que enfrentan al Parlamento y el Gobierno, incluso allí donde la existencia de una relación de confianza entre ambos sugeriría una solución exclusivamente política de los mismos (5). Prevén esta competencia, además de las ya mencionadas, las Constituciones búlgara, croata, eslovena, sudafricana, eslovaca, rusa, ecuatoriana, boliviana, georgiana, del Tajikistan, del Senegal, del Chad, del Malí, de Chipre, de la República de Corea, de Costa Rica... (6).
- b) Otra función frecuente es la vigilancia de las operaciones electorales, políticas o presidenciales y también administrativas, y/o la decisión sobre los correspondientes recursos: Francia, Alemania,

España los juicios sobre los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas y entre éstas (art. 161, apdo. 1, letra c), Const.) Ver con relación al tema R. PUNSET, *Sujetos, actos impugnables y presupuestos de la impugnación en los conflictos positivos de competencia*, Madrid, 1989 y A. RIBAS MAURA, *El conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1993; también sobre los conflictos entre los órganos supremos del Estado (Gobierno, Congreso, Senado, Consejo General del Poder Judicial: art. 59 LOTC) que se concluyen con una decisión que establece de quién es la competencia. (Ver M.A. TRUJILLO, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, 1995 y J. GARCÍA ROCA, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1997).

(5) Ver por ejemplo el art. 130, apdo. 31, n.º 9, Constitución Azerbaijan.

(6) Ver respectivamente los artículos 149, apdo. 3 de la Constitución de Bulgaria; 125, apdo. 1, al. 4, de la Constitución de Croacia; 160, apdo. 1, al. 8 y 9 de la Constitución de Eslovenia; 167, apdo. 4, letra a) de la Constitución Sudafricana; 126 de la Constitución de Eslovaquia; 125, apdo. 3, letra a) de la Constitución rusa; 175, apdo. 5 de la Constitución de Ecuador; 120, apdo. 1, letra b) de la Constitución de Bolivia; 89, apdo. 1, letra b) de la Constitución de Georgia; 89, apdo. 3, n.º 2, de la Constitución de Tajikistan; 82, apdo. 1 de la Constitución de Senegal; 166, apdo. 6 de la Constitución del Chad; 86, apdo. 1, al. 3, de la Constitución de Mali; 139 de la Constitución de Chipre; 111, apdo. 1, n.º 4, de la Constitución de Corea; 10, apdo. 2, letra a), de la Constitución de Costa Rica. Véase además el art. 1, letra f) de la ley n.º 32/1989 del Tribunal Constitucional húngaro.

Grecia, Austria, Portugal, Lituania, República Checa y Eslovaca, Eslovenia, Croacia, Rumanía, Bulgaria, Georgia, Moldavia, Kazakhs-tan, Chile, Chad, Congo, Malí, etc., se incluyen en este segundo grupo (7).

- c) Los Tribunales Constitucionales se encuentran, también, a menudo llamados a vigilar la regularidad de los procedimientos de referéndum o, como en Italia, la admisibilidad de la pregunta correspondiente (8).
- d) Los Tribunales Constitucionales son competentes, además, con muchísima frecuencia para intervenir en los procedimientos de *impeachment* frente al Presidente de la República y/o a los ministros, a los parlamentarios, jueces u otros funcionarios: así lo disponen entre otras las Constituciones de Ucrania, de Lituania, de Croacia, de Chile, de la República de Corea, de Honduras, de Yemen, de Zaire (9). En ocasiones, el juicio compete al Tribunal Constitucional, tras el planteamiento de la cuestión por otros órganos constitucionales; otras

(7) Así los arts. 58 y 59 de la Constitución francesa; 41, apdo. 2, GG; 58 y 100, apdo. 1, letras a), c), de la Const. de Grecia; 141 de la Const. de Austria; 225, apdo. 21, letra c) de la Const. de Portugal; 105, apdo. 3, n.º 1, de la Const. de Lituania; 87, apdo. 1, letras e), f), de la Const. de la Rep. Checa; 129, apdo. 1 y 2, de la Const. de la Rep. Eslovaca; 82, apdo. 31, de la Const. de Eslovenia; 125, apdo. 1, al. 7 de la Const. de Croacia; 144, apdo. 1, letra d), de la Const. de Rumania, 149, apdo. 1, n.º 6, 7, de la Const. de Bulgaria; 89, apdo. 1, letra d), de la Const. de Georgia; 135, apdo. 1, letra e), de la Const. de Moldavia; 72, apdo. 1, n.º 1, de la Const. de Kazakhs-tan; 100, apdo. 1, n.º 3, de la Const. de Armenia; 166, apdo. 2, de la Const. del Chad; 86, apdo. 1, al. 4, de la Const. de Malí. En cualquier caso —como en Vanuatu, *ex art. 54 Const.*, o en el Zaire, en el sentido del art. 103, apdo. 1— también los Tribunales Supremos tienen competencia exclusiva en materia electoral. Sobre el control de las elecciones en Francia ver, L. PHILIP, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*, París, 1961.

(8) Art. 144, apdo. 1 letra g), Const. Rumanía (donde el Tribunal Constitucional comprueba también la posible admisión de las propuestas de ley de iniciativa popular: letra h); 125, apdo. 1, n.º 7, Const. Croacia; 129, apdo. 3, Const. Rep. Eslovaca; 225, apdo. 2, letra f), Const. Portugal; 100, apdo. 1, letra b), Const. Grecia; 60 Const. Francia; 89, apdo. 1, letra d), Const. Georgia; 125, apdo. 1, letra d), Const. Moldavia; 72, apdo. 1, n.º 1, Const. Kazakhs-tan; 100, apdo. 1, n.º 3, Const. Armenia; 82, apdo. 1, n.º 4, Const. Chile; 145 Const. Congo; 166, apdo. 3, Const. Chad; 86, apdo. 1, al. 4, Const. Malí.

(9) Art. 151, apdo. 2, Const. Ucrania; 105, apdo. 3, n.º 4, Const. Lituania; 125, apdo. 1, al. 5, Const. Croacia; 82, apdo. 1, n.º 8 Const. Chile; 111, apdo. 1, n.º 2, Const. Corea; 319, apdo. 1, n.º 2, Const. Honduras; 151, apdo. 1, Const. Yemen; 103, apdo. 2, Const. Zaire. Los Tribunales Supremos o Constitucionales intervienen en el juicio contra el presidente y/o otros funcionarios públicos, como por ejemplo, sobre la base de los arts. 125, u.c., Const. Rusia; 149, apdo. 1, n.º 8, Const. Bulgaria; 61 GG (y otro tanto, para las acusaciones contra los jueces, 98, apdo. 2 y 5); 215, apdo. 1, n.º 2, Const. Venezuela, 109, 119, Const. Eslovenia, 129, apdo. 5, Const. Rep. Eslovaca; 65, 87, apdo. 1, letra g), Const. Rep. Checa; 102, apdo. 1, n.º 1, letras b), c), Const. Brasil; 142, Const. Austria; 112, apdo. 1, n.º 1, Const. Suiza, y 134, apdo. 1, al. 3, Const. Italia.

veces, éste es llamado sólo a emitir una opinión, o a instruir la acusación, o a garantizar la correcta observancia del procedimiento (10).

- e) En algún ordenamiento, incluso, corresponde a los Tribunales la función de constatar la existencia de las causas de impedimento temporal o definitivo del Jefe del Estado, y la de juzgar los presupuestos para proceder en el *interim*, como por ejemplo en Portugal, Rumanía, Lituania, Moldavia, Armenia, Chipre (11).
- f) En los ordenamientos «protegidos» contra la actividad de partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, como también en algún caso la imposición de las respectivas sanciones, sean confiadas al Tribunal Constitucional, reputado más idóneo que otros poderes para asumir una decisión imparcial: la disposición más notable en tal sentido —también por la aplicación que de ella se ha hecho— se encuentra contenida en la *Grundgesetz* alemana (12), pero sobre el ejemplo de tal texto otras Constituciones han procedido de modo análogo en Portugal, Bulgaria, Rumanía, Croacia, Eslovenia, República Checa y Eslovaca, Georgia, Polonia, Chile, Corea (13).

(10) Acerca de la denominada justicia política, *Le norme sul procedimento d'accusa parlamentare in Italia, Belgio, Francia, Germania occidentale, Lussemburgo, Olanda, Gran Bretagna, Stati Uniti d'America* están recogidas bajo este título en el suplemento n.º 5/1987 del *Boll. Inf. Cost. Parl.* En Italia, «La Responsabilità penale dell'esecutivo e forma di governo. «L'impeachment» negli Stati Uniti» ha sido estudiada por L. CARLASSARE, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, pág. 441 sigs.

(11) Véanse los arts. 225, apdo. 2, letras a), b), Const. Portuguesa; 144, apdo. 1, letra e), Const. Rumana; 105, apdo. 3, n.º 2, Const. Lituana; 30, apdo. 4, y 32, ley n.º 32/1989 sobre el Tribunal Constitucional húngaro; 135, apdo. 1, letra f), Const. Moldava; 100, apdo. 1, n.º 7, Const. Armenia; 147 Const. Chipriota.

(12) Art. 21, apdo. 2.

(13) Art. 225, apdo. 2, letra e), Const. Portugal; 149, apdo. 1, n.º 5, Const. Bulgaria, 144, apdo. 1, letra i), Const. Rumania; 125, apdo. 1, al. 6, Const. Croacia; 160, apdo. 1, al. 10, Const. Eslovenia; 87, apdo. 1, letra i), Const. República Checa; 129, apdo. 4, Const. República Eslovaca; 89, apdo. 1, letra c), Const. Georgia; 188, apdo. 1, n.º 4, Const. Polonia; 82, apdo. 1, n.º 7, Const. Chile; 111, apdo. 1, n.º 3, Const. Corea. Acerca del papel de los Tribunales en relación con los partidos y en general con la oposición anticonstitucional: para Estados Unidos, A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padua, 1977; para Alemania, S. MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, Milano, 1991; para España, J.F. LÓPEZ AGUILAR, «Notas sobre la aportación de la justicia constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos en España», en *Rev. Cortes Gen.*, 1987, pág. 57 sigs.; para Francia, AA.VV., *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques (Journées d'études du 13 mars 1987)*, París, 1988.

- g) No falta, de vez en cuando, la atribución de funciones de asesoramiento a diversos órganos del Estado, como en Guatemala, en Bolivia, en la India (14).
- h) Finalmente, *escurriendo* los textos constitucionales y la legislación de desarrollo, es fácil hallar otras disposiciones, que atribuyen a los Tribunales Constitucionales competencias de lo más variadas, como emitir opiniones sobre la adopción de medidas de emergencia; constatar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la Presidencia de la República; decidir la extradición de ciudadanos extranjeros; comprobar las circunstancias de la disolución presidencial de las Cámaras parlamentarias; verificar la incompatibilidad de los ministros o pronunciarse sobre las candidaturas al cargo de Presidente (15).

La atribución de deberes que escapan de la justicia constitucional en sentido estricto ha contribuido, dilatando las funciones de los Tribunales Constitucionales, a acrecentar la importancia o a descompensar (o recompensar) a su favor los equilibrios entre los órganos constitucionales. Aunque operen con los instrumentos típicos de la jurisdicción, y puedan casi siempre, proceder sólo si son activados desde el exterior, los Tribunales asumen en efecto, también en estos casos, decisiones caracterizadas por un elevado grado de politicidad. No debe por tanto sorprender que, al término de un proceso largo por lo menos dos siglos (16), algunas Constituciones

(14) Art. 272, apdo. 1, letra e), Const. Guatemala; art. 120, apdo. 1, letra h), Const. Bolivia; art. 143, Const. India (a petición del Presidente).

(15) Véase respectivamente: art. 16, apdo. 3, Const. Francia; art. 225, apdo. 2, letra d), Const. Portugal; art. 102, apdo. 1, n.º I, letra g), Const. Brasil; art. 135, apdo. 1, letra f), Const. Moldavia; art. 82, apdo. 1, n.º 10, Const. Chile; art. 100, apdo. 1, n.º 4, Const. Armenia.

(16) Sobre el origen *de la judicial review* en los Estados Unidos, en la literatura americana fundamentales los escritos de E. S. CORWIN, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», in *Harv. Law Rev.*, 1928-29, y de T.F.T. PLUCKNETT, «Bonham's Case and Judicial Review», en *Harv. Law Rev.*, 1926-27, pág. 31 y sigs. En la iuspublicista europea, véase, M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, Milán, 1957; y más reciente el magnífico libro de R.L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, que analiza también la génesis del sistema francés. Sobre el nacimiento del control de constitucionalidad en varios ordenamientos ver E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston, 1995. El mejor modo de acercarse al modelo centralizado de

hayan llegado incluso a prever un papel activo de los Tribunales Constitucionales en el ámbito del procedimiento de revisión constitucional, consagrando así su función de «constituyente permanente».

2. Cualquiera que sea el papel jugado *formalmente* por los Tribunales Constitucionales en los mecanismos de revisión (17), éstos concurren de todos modos a la transformación de los textos constitucionales, adaptándolos a las nuevas exigencias de la sociedad. Conviene recordar, de inmediato, que las modalidades de reclutamiento, los requisitos exigidos, las garantías de independencia aseguradas a los individuos y al colegio, la misma naturaleza de los juicios que son llamados a emitir, la circunstancia de que son *superiorem non recognoscentes*, concurren a diferenciar el proceso de decisión de los Tribunales Constitucionales de la forma de actuación de los demás jueces, sustrayéndolo de algunas de sus condiciones: desde las de tipo personal (expectativas de carrera, y por tanto «complacencia» respecto de otros poderes, aunque no siempre) a las dictadas por el contexto social y por las estructuras lingüísticas (18).

Habitualmente, los enunciados de la Constitución son indeterminados, vagos y ambiguos, lo que determina que en estas operaciones de reescritura de los textos los Tribunales Constitucionales estén influenciados también por el lenguaje de las Constituciones. Ello introduce una temática que en esta sede no puede ser adecuadamente desarrollada: la del «estilo» de las Constituciones. Bastará recordar que, en el caso de la Constitución americana, «se quiso que el código fuese vago, indeterminado, genérico y elástico», porque, como afirmó Madison en su intervención de 26 de junio de 1787, «al idear un sistema que se pretende que dure siglos no se tienen que perder de vista las mutaciones que los siglos acarrearán» (19); y también

control de constitucionalidad de las leyes es leer las páginas que Kelsen ha dedicado a esta cuestión: en particular, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», en *Ann. Inst. Intern. Dr. Publ.*, 1929, pág. 192 y sigs., y «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz*, 1930-31, Heft 11-12, Bd. VI, pág. 576 y sigs. En italiano, se recogen diversos ensayos en el volumen editado bajo la dirección de C. GERACI, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981. Véase además P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

(17) Al respecto nos detendremos en el apartado 3.

(18) Ver en general L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, 1998, pág. 67 y sigs.

(19) Cfr. G. SACERDOTI MARIANI, *Il «verbo» della Costituzione*, en G. SACERDOTI MARIANI; A. REPOSO; M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua, diritto*, 2.^a ed., Florencia, 1991, pág. 33.

—son las palabras de Marshall en *McCulloch v. Maryland* de 1819— porque la Constitución fue redactada «con la idea de que tenía que durar también en el porvenir y porque, en consecuencia, tenía que adaptarse a las diversas crisis de las vicisitudes humanas» (20). La Constitución fue, en efecto, el fruto de una *consciente vaguedad*, coherente con la naturaleza breve del texto, con sus presupuestos filosóficos y con las exigencias políticas (relativas tanto a la forma de gobierno como a las relaciones entre Unión y Estados).

En otras circunstancias, la decisión discurre en dirección diametralmente opuesta: la necesidad de no consentir interpretaciones arbitrarias en el tema de derechos, de relaciones entre órganos del Estado o de relaciones entre centro y periferia induce a redacciones muy precisas, que no dejan nada a la casualidad. El trabajo del intérprete es intenso, y los expertos cuidan cada aspecto lingüístico incluso en los más mínimos detalles. Un buen ejemplo de ello son las *Constitution Act* sudafricanas de 1983, de 1993 y de 1996-1997: en la primera, la redacción minuciosa tendía a perpetuar la supremacía de la componente étnica blanca, mientras que en las otras tenía la finalidad de solidificar los frágiles equilibrios alcanzados y de garantizar los derechos, siendo de cualquier manera significativa una precisa y consciente decisión de los *framers* (21). La elección de las palabras es particularmente delicada en materia de distribución de competencias legislativas y/o administrativas entre Federación y Estados miembros, o entre Estado y Regiones (como también lo es en tema de atribución de una materia a una fuente o a otra, sobre todo si la unidad de la ley se manifiesta en múltiples subtipos con procedimientos y fuerza diferenciada).

Donde los procedimientos de reforma son relativamente simples, o, en todo caso, son utilizados en la práctica sin traumas (como en la Confederación Suiza), el constituyente y el poder de revisión pueden entrar serenamente en el camino de los minuciosos tecnicismos a la hora de delimitar las materias constitucionales. En otras circunstancias, se puede decidir —como hicieron los *Padres Fundadores* de la Constitución americana, pero en parte también los italianos y españoles— permanecer en la indeterminación, dejando a los intérpretes (legislador, administración, jueces, y sobre todo

(20) *Ibid.*, pág. 35. Sobre el tema, véase, A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e «materia» costituzionale nella prospettiva della riforma*, Turín, 1999.

(21) Véase al respecto, L. PEGORARO-A. RINELLA, «La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica (1996-1997)», en *Riv. Trim. Dir. Publ.*, 1998, pág. 517 y sigs.

Tribunal Constitucional) decidir de conformidad con la evolución del lenguaje, de la sociedad, de la tecnología, de la ética (22).

Hay otro aspecto que debe añadirse. Si, al menos en los orígenes, el papel de los Tribunales Constitucionales como árbitros de los conflictos entre centro y periferia prevalecía en gran manera sobre la denominada jurisdicción de la libertad, hoy en día no es así: el referido arbitraje sigue siendo importante, pero la progresiva incorporación en los textos constitucionales de cartas de derechos cada vez más extensas (o su «parametrización»), la necesidad de hacer operativo el principio de igualdad, la exigencia de equilibrar y re-equilibrar los valores conflictivos a medida que cambia la sensibilidad del cuerpo social al respecto, ha hecho poco a poco más incisiva una jurisprudencia constitucional que, requerida por las demandas de los ciudadanos, ha puesto en todas partes a la tutela de los derechos en el centro de la propia actividad del Tribunal (23). Téc-

(22) Todo lo que habría de excluirse, si se quiere reducir el contencioso y no subordinar el derecho a la política (lo que colisionaría con los postulados del constitucionalismo y del Estado de derecho) es el sistema casuístico y las fórmulas indeterminadas, la vaguedad consciente e inconsciente, los elencos detallados y las cláusulas generales. Respecto de los «estilos» de las Constituciones, resulta notable la influencia de la «familia» jurídica de origen. Pese a las innumerables hibridaciones y al recíproco influjo de los diversos constitucionalismos, y del propio *arte* de escribir las Constituciones, las del *common law* mantienen un particular *imprinting*, sólo parcialmente corrompido por la exigencia de incluir extensas cartas de derechos, que se caracteriza por la precisión de la terminología utilizada, la repulsión por las palabras superfluas, el rigor sistemático, la utilización amplia de definiciones estipuladas. La distinción entre las Constituciones de los ordenamientos de *common law* y las de *civil law* hace aflorar, a su vez, un ulterior perfil que merece ser recordado, conectado a la diversa relación mantenido con las demás fuentes del derecho: la primacía del derecho jurisprudencial, siempre presupuesto y raramente reconocido explícitamente (cfr. A. REPOSO, *Il Bill of Rights statunitense in un sistema di common law*, en *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milán, 1993, pág. 1464 y sigs.), llega a influenciar desde el primer momento la misma técnica de redacción de la Constitución (como también de cualquier otro estatuto), redactada de modo que sus enunciados puedan imponerse sin incertidumbres sobre el derecho casuístico (véase al respecto M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, 2.^a ed., Turín, 1988, pág. 177 y sigs.; también C. LUZZATI, *Teoria del diritto e «scienza della legislazione»*, en U. SCARPELLI-P. DI LUCIA (coordinador), *Il linguaggio del diritto*, Milán, 1994, pág. 87 y sigs.).

(23) Sobre la jurisdicción de las libertades, véase, M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955; H. FIX ZAMUDIO, *Los Tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980; L. FAVOREU (coordinador), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, 1987; L. CARLASSARE (coordinador), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, 1988; A. LÓPEZ PINA (coordinador), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia*, Madrid, 1991; R. ROMBOLI (coordinador), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Turín, 1994; F. MODUGNO, *Il «nouvi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995. Adde J. GREENBAUM (coordinador), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milán, 1992, que recoge las más importantes sentencias y votos particulares firmados de los jueces citados en el título.

nicamente, esta última puede realizarse o en modo pleno, directo (allí donde operan instrumentos como el *amparo* o el *Verfassungsbeschwerde*), a casi pleno (como en Suiza, donde el recurso puede dirigirse sólo contra actos legislativos cantonales), o indirecto (en Italia, por ejemplo, los derechos se tutelan sólo en vía incidental) (24).

Cualquiera que sean los instrumentos utilizados, hoy día una buena parte de los Tribunales, si no todos, están llamados a pronunciarse con mucha frecuencia sobre discriminaciones arbitrarias, que hacen referencia a individuos, pero también, de forma refleja, a grupos enteros (25). Quien examine rápidamente la *Gazzetta Ufficiale* italiana, en la parte dedicada a las ordenanzas de remisión, advertirá que la norma-parámetro en gran medida más reclamada es el art. 3 de la Constitución; no sucede de otro modo en Austria, en Alemania e incluso en Francia, donde el *Conseil Constitutionnel*, de *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics* (26), se ha transformado en garante de las libertades y de la igualdad; mientras que en España buena parte de la jurisprudencia constitucional atañe a la tutela efectiva de los derechos, asegurada por el art. 24 de la Constitución.

A medida que va creciendo la autonomía del proceso de decisión, aumenta también el grado de libertad en la selección de los materiales jurídicos que se quieran elaborar, en la valoración de las consecuencias de la sentencia, en los «valores» que se quieran privilegiar en los *test* de equili-

(24) L. PALADIN, «La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici», en L. CARLASSARE (coordinador), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, cit., pág. 11 y sigs. y en L. PEGORARO-A. REPOSO-M. GOBBO (coordinadores), *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*, Padua, 1998, pág. 203 y sigs.

(25) Sobre el control de la igualdad y el criterio de racionalidad, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'egualianza*, Milán, 1965, el cual, a pesar de estar centrado principalmente en el derecho italiano, contiene amplias partes comparativas, al igual que G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, 1977; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, 1994; para Francia, CH. LEBEN, «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», en *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1982, pág. 295 y sigs.; F. LUCHAIRE, *Un Janus constitutionnel: l'égalité*, *ivi*, 1986; para Alemania, J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, en *Dir. e soc.*, 1993, pág. 307 y sigs. e *ivi* bibliografía.

(26) Véase S. GAMBINO, «La giustizia costituzionale in Francia. Il «Conseil constitutionnel» da regolatore dell'attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche», en *Pol. del Dir.*, 1988, pág. 575 y sigs.; y ya L. FAVOREU, «Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics», en *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1967, pág. 5 y sigs.

brio, etc. Específicamente, son los mismos Tribunales Constitucionales los que individualizan los valores —los que deciden, por tanto, qué representa un «valor» merecedor de tutela (27)— los que les atribuyen, en un determinado momento histórico, una posición privilegiada respecto a otros, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con aquella que tienen otros órganos o sujetos políticos, pero que se presume ser conforme con aquello que expresa la sociedad. Al seguir tales operaciones, los Tribunales con frecuencia están obligados a sacrificar las orientaciones morales y políticas inspiradoras de la ley y en ésta incorporadas, a favor de aquéllas del intérprete del derecho (esto es, de ellos mismos), cayendo alguna que otra vez en la edificación de metafísicas globales, hasta el punto de ser señalados como forjadores de la elaboración de nuevos iusnaturalismos (28).

(27) Sobre los valores en el derecho y en la jurisprudencia constitucional, ver A. PIZZORUSSO-V. VARANO (coordinador), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 2 volúmenes, Milán, 1985; G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Madrid, 1984; P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983. Ulterior bibliografía en G. MORBIDELLI, *Introduzione al diritto e all'interpretazione*, en G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. REPOSO-M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 20 ed., Bolonia, 1997, pág. 34 y sigs., especialmente págs. 38, 40. Por último, A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, París, 1997.

(28) El crecimiento de la «demanda» de justicia constitucional, la extensión de los parámetros y de los objetos del juicio, las estrechas y frecuentes relaciones instauradas entre Tribunales Constitucionales y poder legislativo, la ampliación del «papel público» de los Tribunales, son, en efecto, algunas de las causas que han contribuido al crecimiento de la motivación de las sentencias constitucionales. En ellas, los Tribunales no se limitan a describir los nexos del trayecto lógico, ni siquiera con meras referencias *per relationem* a las disposiciones implicadas. Al contrario, se pertrechan de todos los instrumentos de la retórica, hacen extensas referencias a los precedentes, se remiten al derecho comparado y a la jurisprudencia de otros Tribunales, operan *excursus* históricos de institutos y disciplinas, expresan valoraciones y equilibrios de valores, critican, sugieren, aconsejan, amonestan a los poderes del Estado: véase en general, U. SCARPELLI, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en U. SCARPELLI (coordinador), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, 1976, y, sobre los procesos formadores y argumentadores de las decisiones, Id., «Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi», en *L'etica senza verità*, Bolonia, 1982, pág. 251 y sigs.; C.A. FRANCHI-L. GIANFORMAGGIO-L. MIGLIORINI-G. TARANTINI, «Le argomentazioni nelle sentenze della Corte costituzionale», en *Annali Fac. di Perugia*, Nápoles, 1975, e *ivi* esp. L. GIANFORMAGGIO, *Funzione e metodo di una ricerca sulle argomentazioni motivatorie dei giudizi di costituzionalità*; con posterioridad es fundamental M. TROPER, «La motivation des décisions constitutionnelles», en CH. PERELMAN-P. FORIERS (coordinadores), *La motivation des décisions de justice: études*, Bruselas, 1978, pág. 287 y sigs.; y también, con diversas contribuciones de derecho comparado, A. RUGGERI (coordinador), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (Atti del Seminario di Messina del 7-8 maggio 1993)*,

A pesar del *self-restraint* que caracteriza a menudo su jurisprudencia (29), los Tribunales Constitucionales contribuyen, por tanto, a remodelar los tex-

Turín, 1994; además, M. AINIS, *Sul linguaggio della Corte costituzionale*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milán, 1988, pág. 233 y sigs.; con particular referencia al Tribunal italiano, ver A. PIZZORUSSO, «La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?», en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1963, pág. 345 y sigs.; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milán, 1996; también, acerca de las argumentaciones de los Tribunales, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1992. Año tras año crece el impacto sobre los diversos destinatarios: las asambleas legislativas y los demás órganos constitucionales tienen en cuenta las sentencias y sus motivaciones, que en casi todos los países vienen a menudo mencionados en los proyectos de ley; el debate político no las ignora; el público está cada vez más informado de la actividad de los Tribunales, de la cual tiende a percibir los aspectos «políticos» y a valorarlos. No es de extrañar, así, que los pronunciamientos de mayor resonancia alcancen una notoriedad que atraviesa las fronteras nacionales, como en los últimos años ha venido ocurriendo con las relativas a la pena de muerte, al aborto, a la eutanasia, y en general a la bioética. Acerca del uso de los trabajos legislativos preparatorios como instrumentos interpretativos, L. PEGORARO, «Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità», en *Giur. Cost.*, 1988, pág. 1441 y sigs. Y, para el empleo de otros argumentos retóricos, Id., «La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80», en *Quad. Cost.*, 1987, pág. 601 y sigs.; L. PEGORARO-P. DAMIANI, «Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcuni Corti costituzionali», en *Riv. Dir. Pubbl. Comp. ed. eur.*, 1999, pág. 411 y sigs. Sobre las sentencias «monitoras» y sobre el «séquito» parlamentario de los pronunciamientos, y en general sobre las relaciones con el legislador, también en llave comparada, cfr. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenza-indirizzo e attività legislativa*, Padua, 1987, y A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milán, 1988.

(29) Notoriamente, el Tribunal Supremo estadounidense ha rechazado desde *Marbury v. Madison* emitir *advisory opinions*, lo que viene a significar dar opiniones a otros órganos, y ha declarado no enjuiciables todos los casos en que el Tribunal no pueda decidir independientemente, sin invadir el campo reservado a otros órganos a los que la ley atribuye la materia, o que no puedan ser enjuiciados sin una inicial decisión de naturaleza política sobre la materia, decisión no reservada a la jurisdicción; posteriormente ha aclarado que para que una petición sea sometida a juicio debe «presentar una real y sustancial controversia que de modo inequívoco exija un juicio sobre los derechos afirmados» (*Poe v. Ulman*, 367 US 497 (1961), *concurring opinion* del juez Brennan); la doctrina de la *political question* ha sido después invocada en controversias sobre las cuales ya se habían pronunciado de modo diverso otros órganos, y el Tribunal no pudo manifestar su propia opinión, etc... En particular, se ha rechazado establecer cual sería un gobierno estatal legítimo (*Luther v. Borden*, 7 How (48US) 1 (1849); *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 US 118 (1912)); tampoco se ha querido inicialmente controlar la opinable estructuración de los distritos electorales (el denominado *malapportionment*), excepto el posterior cambio de parecer (*Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946), y *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962)); la doctrina de la *political question* ha sido invocada, incluso, en el tema de procedimiento de reforma de la Constitución y de dos *process clause* (véase para la primera cuestión *Coleman v. Miller*, 307 US 433 (1939);

tos constitucionales, no sólo actualizando la axiología de los valores, sino operando también auténticas y propias revisiones del significado de disposiciones concretas y de palabras concretas: es emblemática en este sentido la transformación del federalismo americano, a través de la relectura, hecha por el Tribunal Supremo, de la *commerce clause* del art. I, sec. VIII Const., a tenor de la que corresponde al Congreso «regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los distintos Estados (se entiende: miembros de la Unión) y con las tribus indias» (30).

para la segunda, *Gilligan v. Morgan*, 413 US 1, 10 (1973)). La Corte Constitucional italiana rechaza, a su vez, controlar la discrecionalidad del legislador que «no haya sido ejercitada con arbitrio o con irracionalidad», o que conlleve la adopción de sentencias aditivas que impliquen «elecciones que exijan —por ejemplo— «contemplar el derecho a la salud (...) con otros intereses constitucionalmente protegidos», y similares (Cfr., entre otras tantas, las sentencias n.ºs 40, 76, 95, 185, 520 de 1991, y 72, 127, 423 de 1992). Otros Tribunales constitucionales han madurado análoga jurisprudencia: con frecuencia éstos se abstienen de controlar elecciones legislativas que aparecen discrecionales, de emitir sentencias gravosas para la hacienda pública, de anular leyes que operan opinables equilibrios... Al mismo tiempo, sin embargo, conscientes de que los límites declarados son auto-límites, van elaborando nuevas tipologías de sentencias, para hacer que, si no en el momento, su visión pueda en un futuro prevalecer sobre la de otros órganos supremos del ordenamiento (Véase, por ejemplo, para Francia, las decisiones n.ºs 89-261; 89-268; 90-280).

(30) Como nos recuerda G. BOGNETTI (*Commerce clause*, en *Digesto IV*, Turín, 1988 y ahora en *Lo spirito del costituzionalismo americano. I, La Costituzione liberale*, Turín, 1999, esp. pág. 128 y sigs.), desde el inicio, cuando el *common law*, aplicado uniformemente en el sector de los contratos, contribuía a asegurar una cierta unidad de los mercados, el Tribunal de Marshall entendió la *commerce clause* como prohibición para que los legislativos estatales legislaran en materia de comercio interestatal. Más tarde, hacia mediados de 1800, el Presidente del Tribunal, Taney, negó que el poder federal de regular el comercio interestatal fuese exclusivo, y esto condujo a una mayor apertura del Tribunal respecto al poder estatal. El problema se planteó con mayor fuerza a partir del 1887, cuando el Congreso empezó a intervenir con más insistencia en el funcionamiento del mercado, justamente sobre la base del poder de regular el comercio entre los Estados. Correspondió por tanto al Tribunal decidir cuáles serían los límites del poder de comercio interestatal; hasta el 1937, la interpretación fue extensa y generosa, de modo que limitaba el poder federal sin mortificar el estatal. En sustancia, el Congreso podía disciplinar todas las operaciones de suministros de bienes más allá de las fronteras de cada Estado, pero no las relaciones en el interior del mismo (ej.: empresas comerciales locales, pero también relaciones de trabajo de empresas nacionales). Con la crisis económica y el *New Deal* de Roosevelt fue evidente, sin embargo, que materias como las relaciones entre dadores de trabajo y sindicatos, la seguridad social, la organización de la producción industrial, artesanal y agrícola no podían estar reguladas más que desde el «centro» y, después de las iniciales resistencias del Tribunal Supremo, el brazo de hierro concluyó en favor del Presidente y del Congreso, considerando que la precedente interpretación de la *commerce clause* no podía adaptarse a un Estado intervencionista, y con el transcurso de unos cuantos años fue eliminado todo límite.

3. Asegurando el papel crecientemente importante asumido en cada continente por los Tribunales Constitucionales, varias Constituciones —como se decía— han contemplado una intervención activa de aquellos en los procesos de revisión que caracterizan a los textos que son rígidos debido a la previsión de diversas formas de agravación del *iter legis*. Aparte de los casos en los que viene consagrado el *status* del Tribunal Constitucional como «intérprete» o «intérprete oficial» de la Constitución y de las leyes (31), con todo lo que esta fórmula lleva consigo respecto a la eficacia vinculante de sus decisiones, las tipologías sobre la participación de los Tribunales en el procedimiento de reforma de la Constitución pueden agruparse cuando menos en las siguientes:

- a) En primer lugar, algún texto confiere un auténtico y genuino poder de resolver, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de... enmiendas constitucionales» (32) o «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución» (Bolivia) (33). El art. 141 de la Constitución de Moldavia prescribe, por su parte, que los proyectos de ley de revisión constitucional sometidos al Parlamento son examinados por el Tribunal Constitucional, a petición de al menos cuatro jueces (34). En casos como éstos, prescindiendo de la ausencia de expresas limitaciones en las fórmulas en cuestión, es plausible que la intervención del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo se circunscriba al examen de los vicios formales de procedimiento, o, si es el caso, a valorar que hayan sido superados los límites expresos a la revisión (o, según la jurisprudencia de cada Tribunal, también los límites implícitos).
- b) Para eliminar cualquier duda, en efecto, otras Constituciones —como la colombiana— aclaran que el control por parte del Tri-

(31) Véase como ejemplo, art. 125, apdo. 5, Const. Rusia; art. 150, apdo. 1, n.º 2, Const. Ucrania; art. 109, apdo. 1, n.º 3, Const. Uzbekistan; art. 135, apdo. 1, letra b), Const. Moldavia; art. 72, apdo 1, n.º 4, Const. Kazakhsan; art. 130, apdo. 4, Const. Azerbaijan; art. 149 Const. Chipre. También el art. 132 de la Constitución india prevé la posibilidad de apelación ante la *High Court* en cualquier caso que conlleve cuestiones de interpretación de la Constitución, como también el art. 73, apdo. 2, Const. de la Samoa Occidental.

(32) Art. 82, apdo. 1, n.º 2 Const. Chile.

(33) Art. 120, apdo. 1, letra i), Const. Bolivia.

(34) Art. 141, apdo. 2 Const.

bunal Constitucional del proyecto de revisión está limitado al examen de los «vicios de procedimiento en su formación» (en el caso concreto, en relación con la convocatoria de un referéndum o de una Asamblea constituyente competente) (35).

- c) En alguna ocasión, la Constitución asigna a los Tribunales Supremos (o Constitucionales), incluso la iniciativa del procedimiento de revisión: así lo disponen, o lo disponían, las Constituciones de Ecuador, Panamá, y Perú antes de la revisión de 1993 (36). En tal caso, la intervención no está circunscrita a los aspectos formales, ni conectada con la finalidad de respetar los límites expresos o implícitos a la revisión. Al contrario, señala la entrada del Tribunal Constitucional en el circuito de la dirección política, con la asunción de las responsabilidades consecuentes.
- d) La participación de los Tribunales en el proceso de revisión puede darse también por caminos más *transversales*, en cuanto estén llamados a ejercitar funciones de control en elecciones o referéndums, y estas actividades concurren, obligatoriamente o facultativamente, a perfeccionar el *iter* enmendativo: así sucede por ejemplo en Francia, donde el *Conseil Constitutionnel*, como ya hemos visto, vigila la regularidad del referéndum, más allá de las elecciones, al igual sucede en numerosas ex colonias francesas, (37) además de en Rumanía, un ordenamiento largamente tributario del francés (38). En la misma tipología se inscribe la intervención del Tribunal Constitucional en el examen de la regularidad de la iniciativa popular, allí donde también los ciudadanos pueden ejercitar la propuesta de revisión, como, nuevamente, se registra en el caso rumano (39).
- e) Conviene recordar en este punto un modelo histórico de coparticipación de un Tribunal Constitucional en el proceso de revisión: el

(35) Art. 241, apdo. 1, n.º 2 Const. Colombia.

(36) Art. 281 Const. Ecuador, art. 308 Const. Panama, art. 306 Const. Perú.

(37) Cfr. Nota 8.

(38) Art. 144, apdo. 1, letra a), Const. Rumanía. Sobre la importancia del modelo francés en Rumanía ver A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e «circolazione» del modello francese in Europa centro-orientale*, Turín, 1997, esp. pág. 317 y sigs.

(39) Ver arts. 146 y 147 Const.

contemplado por la Constitución de la IV República francesa. Y ello porque, a grandes rasgos, recuerda el mecanismo de verificación de la conformidad de los tratados, introducido recientemente en algunas Constituciones (y al cual dedicaremos de inmediato algunas palabras).

El art. 91 de la Constitución francesa de 1946 —la denominada de la IV República— establecía una composición exquisitamente política del *Comité Constitutionnel*: en su vértice se situaba el Presidente de la República, y estaba formado por los Presidentes de las dos Cámaras del Parlamento, por siete componentes, elegidos por la Asamblea Nacional al inicio de cada sesión anual, con representación proporcional de los grupos constituidos en tal reunión, y por tres miembros elegidos en las mismas formas por el Consejo de la República (la Cámara alta). Les competía verificar, a petición conjunta del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de la República, y previa decisión por mayoría absoluta del Consejo de la República, si las leyes votadas por la Asamblea Nacional conllevarían una revisión constitucional. Una vez intentada infructuosamente la conciliación entre las dos Asambleas el *Comité* podía remitir la ley a la Asamblea Nacional, ley que no quedaba sujeta a promulgación hasta que no se hubiesen cumplido los procedimientos de la revisión constitucional. En sustancia, las cosas funcionaban así: la Constitución era rígida, ya que el título XI preveía especiales procedimientos de agravación, que comprendían, con distintas variantes, decisión por mayoría cualificada de las dos Cámaras del Parlamento y referéndum; así las cosas, si una ley aprobada en forma no constitucional modificaba o derogaba la Constitución, los órganos arriba indicados tenían facultad de plantear la cuestión al *Comité Constitutionnel* (40).

- f) Las relaciones no siempre claras entre derecho de la Comunidad europea y derechos internos han obligado a algunas revisiones constitucionales, para adecuar los ordenamientos a la nueva realidad surgida con el tratado de Maastricht. En particular, por cuanto aquí nos interesa, recordamos que en Alemania la modificación del art. 23 GG deja abierta el camino para una intervención del *Bundesverfassungsgericht*, en el caso de que de la adhesión o de la revisión de los tratados se derive una modificación o una integración

(40) Sobre el *Comité Constitutionnel* véase al menos J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le controle juridictionnel du législateur*, París, 1954.

de la Ley fundamental, para dirimir eventuales controversias entre *Bund* y *Länder*. A su vez, la ley constitucional francesa 92-554 del 25 de junio de 1992 ha previsto que «si el Consejo Constitucional (...) ha declarado que un compromiso internacional comporta una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el compromiso internacional en cuestión no puede producirse sino después de la revisión de la Constitución» (41). Una intervención de los Tribunales Constitucionales sobre la conformidad de los tratados a la Constitución, con la consecuente obligación de revisión en caso negativo, está contemplado también en muchas de las nuevas Constituciones de Europa centro-oriental y en los ordenamientos nacidos tras la disolución de la URSS.

- g) Un caso aislado está representado por la intervención del Tribunal Constitucional en los procedimientos provisionales de formación de la Constitución. Emblemática a este respecto es la experiencia de Sudáfrica, en donde la *Constitution Act de 1993* establecía, en combinación con el Protocolo 4, un detallado mecanismo para la adopción del texto final. Ésta preveía la elección de una Asamblea constituyente encargada de aprobar la Constitución definitiva, que debía ser conforme a treinta y cuatro *Constitutional Principles* enunciados en el citado Protocolo. Según las previsiones del art. 71, apdo. 2, el respeto de tales principios debía ser certificado por el Tribunal Constitucional, el cual efectivamente declaró que no todas las disposiciones del *bill* aprobado por la Asamblea constituyente eran conformes (42). Enmendado el texto, el Tribunal Constitucional lo aprobó por decisión de 5 de diciembre de 1996, lo que permitió la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República de Sudáfrica (43).

(41) Cfr. Sobre estas modificaciones, respectivamente, R. MICCÙ, «L'integrazione europea e la Legge Fondamentale tedesca», en *Quad. Cost.*, 1993, pág. 173 y sigs.; P.F. LOTITO, *Integrazione comunitaria e regole costituzionali: gli esempi di Francia, Spagna e Germania*, *ivi*, pág. 155 y sigs.; N. PÉREZ SOLA, «Riforme costituzionali e integrazione comunitaria: analisi comparata», en *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 1992, n.º 2.

(42) Decisión del 6 de septiembre de 1996.

(43) Véase a propósito L. PEGORARO-A. RINELLA, *La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica (1996-1997)*, cit., esp. pág. 525. La originalidad del procedimiento no excluye que se pueda también en este caso hacer razonamientos de «clase», susceptibles de imitación. Para la problemática de las clasificaciones nos permitimos remitir —también para ulterior bibliografía— a L. PEGORARO, «Forme di governo, definizioni, classificazioni», L. PEGORARO-A. RINELLA (coordinadores), *Semipresidenzialismi*, Padua, 1997, pág. 3 y sigs. y en *Studi in onore di L. Elia*, Milán, 1999, II, pág. 1217 y sigs.

- h) Se realizará, por último, una indicación sobre el control ejercitado por los Tribunales Constitucionales sobre las leyes orgánicas, leyes que además se asumen como parámetro de juicio, allí donde la Constitución contemple esta categoría de fuentes del derecho (también) como «prolongación de la Constitución»: así sucede en Francia, España, Rumanía, y diversos ordenamientos de América Latina. En particular, recordemos que en Francia el *Conseil Constitutionnel*, por un lado, declaró que las leyes orgánicas no podían violar «*dans le même esprit*» las ordenanzas orgánicas asumidas por el Gobierno entre el 1958 y el 1959 para la *mise en place* de las instituciones, en la medida en que éstas tuviesen valor constitucional (44); por otro lado, que las leyes orgánicas hacen de parámetro para el control de las leyes ordinarias (45).

4. La elaboración de la teoría en virtud de la cual existen «principios supremos de la Constitución», en cuanto tales inmodificables incluso por el poder de revisión constitucional, y de los cuales los Tribunales Constitucionales son los atentos guardianes (46), parece poner a aquéllos no sólo por encima del poder legislativo, sino incluso al lado del propio poder constituyente. De tal realidad, creemos, es buena prueba la «codificación» de su papel en el procedimiento de revisión constitucional, realizada en las formas sumariamente descritas en los párrafos precedentes. Como órganos «de cierre» de los ordenamientos constitucionales, y como artífices de la dirección política constitucional, y también de la dirección política *tout-court*, los Tribunales Constitucionales han sido con frecuencia definidos por los estudiosos de todo el mundo —juristas y politólogos— «poder constituyente permanente», «isla de la opinión más razonable en el caos (...) de las opiniones», «aristocracia, por más que sea en traje moderno»...

Hay que preguntarse, en efecto, si la inspirada construcción de Montesquieu sobre la tripartición de los poderes tiene hoy todavía algún sentido, en un escenario constitucional en el cual los actores no están ya representados solamente por el legislativo, por el ejecutivo y por el judicial. De hecho, la dicotomía legislativo-ejecutivo ha ido mermando, no sólo en las formas de

(44) *Magistrats musulmans*, n.º 60-6 DC del 15 de enero de 1960.

(45) Dec. n.º 60-8 DC del 11 de agosto de 1960. Para profundizar en la cuestión véase L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padua, 1990, esp. pág. 40 y sigs. y 57 y sigs.

(46) Véanse para Italia, sobre todo, las sentencias n.ºs 1146 de 1988 y 366 de 1991.

gobierno-parlamento, en favor de aquella otra entre mayoría-minoría (o gobierno-oposición); además, en numerosos ordenamientos no sólo se configura un papel neutral del Jefe del Estado, sino que además, cualquiera que sea la forma de gobierno, la prepotente expansión de la jurisdicción constitucional parece atestiguar la consolidación de un poder aristocrático al lado del democrático representado por los órganos electivos. Se trata, en el caso de los Tribunales Constitucionales, no de una aristocracia de la sangre, sino del saber, inmersa en su propio papel no ya en virtud de una conexión directa con el cuerpo electoral, sino sobre la base de otros criterios, el primero de todos el conocimiento y la formación profesional. Lo que hace incluso titubearse a la idea de Sieyès sobre la distinción entre poder constituyente y poder constituido, si aquella irrefrenable expansión no aspira ya, sólo, a someter la ley al imperio de la Constitución, sino incluso a someter al mismo poder de revisión a un órgano del poder constituido.