

*El control jurisdiccional de constitucionalidad
de las leyes: origen, conceptualización y modelos*

*The Jurisdictional Control of Constitutionality of
the Laws: Origin, Conceptualization and Models*

Frank Harbottle Quirós* <https://orcid.org/0009-0004-6652-0129>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2638>

* Costarricense. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Diploma de Especialización en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Correo electrónico: frankharbottle@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Sacerdotisa, óleo sobre lienzo 100 x 90 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

En este artículo, a partir de una revisión bibliográfica, se exponen los antecedentes históricos del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y se conceptualiza dicha figura en el marco político-jurídico de un Estado constitucional de derecho. Se caracterizan los dos modelos tradicionales de control de constitucionalidad, a saber, el americano y el europeo. Posteriormente, se presenta un “estado de la cuestión” que se enfoca en el denominado “modelo mixto”. Se concluye que las dos tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, lo que ha dado paso a que muchos países de Europa y de América hayan adoptado un modelo híbrido, siendo insostenible en la actualidad la existencia de modelos puros.

Palabras clave: *conceptualización, control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, control concentrado/europeo, control difuso/americano, control mixto, origen.*

ABSTRACT

In this article, based on a bibliographic review, the historical background of jurisdictional control of the constitutionality of laws is presented and this figure is conceptualized in the political-legal framework of a constitutional State of law. The two traditional models of constitutionality control are characterized, namely, the American and the European. Subsequently, a “state of the matter” is presented that focuses on the so-called “mixed model”. It is concluded that the two legal traditions have become more flexible over time, which has given way to many countries in Europe and America adopting a hybrid model, making the existence of pure models currently unsustainable.

Keywords: *conceptualization, jurisdictional control of constitutionality of the laws, concentrated/european control, diffusel/american control, mixed control, origin.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es frecuente encontrar publicaciones (digitales o impresas) en las que se hace alusión al control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, son muy pocos los trabajos los que lo analizan desde una perspectiva histórica, conceptual y evolutiva. Esta investigación se ha dado a la tarea de hacerlo.

En este artículo de revisión se aborda, en un primer apartado, el origen y la conceptualización del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, para luego dar paso al estudio de los principales modelos, destacando dentro de ellos el *judicial review* y el europeo kelseniano, hasta descender al sistema mixto. Finalmente, se presentan las conclusiones de esta investigación, en las que se destaca la vigencia del modelo híbrido.

II. ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Los tribunales constitucionales pueden cumplir varias funciones. Este artículo se centra en el “control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes”, debiendo entenderse éste, como sinónimo de “revisión constitucional” o “justicia constitucional”.

El control de constitucionalidad lo puede ejercer, por ejemplo, una Corte Constitucional (fuera del Poder Judicial), como sucede en Italia, una Sala Constitucional localizada dentro de la

Corte Suprema de Justicia, como en Costa Rica, o directamente todos los jueces que componen la estructura del Poder Judicial de un Estado (control difuso), como en Estados Unidos de América, en el que la Corte Suprema (al ser la cúspide del sistema judicial) puede informar a todo el ordenamiento jurídico en sus interpretaciones respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en atención al principio del *stare decisis*.

Un aspecto que debe tenerse presente es que no basta con que una Constitución Política afirme ser la norma suprema del Estado, sino que se precisa un mecanismo para garantizar que esa supremacía realmente se efectivice. Este es precisamente el control jurisdiccional de constitucionalidad¹.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes nació en Estados Unidos de América. Sus bases se cimentaron a partir de un proceso de formulaciones y discusiones ideológicas que adquirieron mayor notoriedad por la vía de la interpretación jurisdiccional en el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

La sentencia del famoso caso *Marbury vs. Madison* no solo puede analizarse como el reconocimiento judicial de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, frente a los actos ordinarios de la legislatura; sino también como John Marshall contra Thomas Jefferson; el Presidente de la Corte Suprema contra el Presidente de los Estados Unidos; el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo; los Federalistas (actual partido republicano) contra los Republicanos (actual partido demócrata); los defensores de un gobierno central fuerte, contra los defensores de los derechos de los estados; o, la antigua y moderna tensión entre democracia y constitución².

Conforme lo apunta Córdova³, la sentencia elaborada por el juez Marshall no deja lugar a dudas del sentido del control de las leyes conocido como *judicial review* (revisión judicial o control judicial), constituyéndose en un hito en la historia del constitucionalismo moderno, mediante el cual quedó reflejado el principio de supremacía constitucional, al concebir a la Constitución como el parámetro de juicio y validez de las normas y actos que, como derivados de aquella, deben ajustarse a lo que la misma instituye.

El origen del control de constitucionalidad en Estados Unidos de América estuvo rodeado de acontecimientos de naturaleza política. Por su parte, el debate que acarrió el surgimiento de la justicia constitucional en Europa, también estuvo impregnado ideológica y políticamente, teniendo como protagonistas a Hans Kelsen y Carl Schmitt.

1 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 17.

2 Jorge Alejandro Amaya, “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 10 (2010): 5-6.

3 Lorenzo Córdova Vianello, “La Democracia Constitucional y el Control de las Reformas Constitucionales”, en *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, ed. por César Astudillo y Lorenzo Córdova (México: UNAM, 2011), 218-219.

Sobre el particular Campione refiere:

Las discrepancias arrancan de la distinción entre función “política” y función “judicial”: para Schmitt los tribunales que ejercen la jurisdicción civil, penal o administrativa no pueden ser “guardianes” de la Constitución en sentido estricto, pues el control de constitucionalidad es un acto político y el centro de gravedad de la decisión política ha de quedar reservado a la legislación. Para Kelsen, en cambio, no hay tal incompatibilidad entre las dos funciones porque la jurisdicción tiene una condición política, tanto más marcada cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación le deja. Ahora bien, desde este punto de vista un tribunal constitucional tiene un carácter político mucho más perceptible que los demás tribunales, pero, de todos modos, las diferencias entre la actividad legislativa y la jurisdiccional son, en términos de dimensión política, puramente cuantitativas. De ahí que, según Kelsen, se acabe desmoronando la argumentación conforme a la cual el control de constitucionalidad no sería un acto de jurisdicción debido a su carácter político. Para el autor de la Teoría pura, la doctrina schmittiana proviene del sistema ideológico de la monarquía constitucional, para el que la decisión judicial es subsumida mediante una operación lógico-deductiva: aquí, el juez no debe ser consciente del poder que la ley le otorga y debe considerarse a sí mismo como un simple autómatas que no crea sino halla el derecho ya plasmado en la norma⁴.

El planteamiento plasmado en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* constituye la base del control de constitucionalidad (entendido como un control difuso), siendo poco más de un siglo después que surgió en Europa un modelo distinto de control de constitucionalidad, atribuido no a cualquier juez, sino a una corte específica en ejercer esa función (control concentrado).

Los dos modelos mencionados tomaron como punto de partida el principio de supremacía constitucional, según el cual, por encima de las leyes ordinarias se encuentran un conjunto de normas fundamentales superiores que deben custodiarse por la judicatura. Desde este punto de vista, toda norma sancionada por el legislador ordinario que sea contraria a la constitución debe ser declarada inconstitucional por un tribunal. Ello significa que el poder legislativo (congreso o parlamento) está limitado por la constitución⁵.

Por ello, hoy se dice que el control de constitucionalidad ha mostrado una connatural propensión a provocar tensiones con otras ramas del poder, especialmente en determinados asuntos, sea en atención a que son sensibles para el funcionamiento del Estado, o porque

4 Roger Campione, “La génesis de un juez de las leyes: La Corte Costituzionale”, en *Teoría del derecho y decisión judicial*, ed. por Pablo Raúl Bonorino y Juan Antonio García (Madrid: Bubok, 2010), 350-351. (pp. 345-373).

5 Leopoldo Gama, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 24.

comprometen valores sociales dominantes⁶. Tal y como lo expresa Ridao⁷, se ha afirmado que la constitución tiene un carácter abierto, al concebirse como un marco que expresa amplios consensos sociales y políticos, mientras que el fundamento de la amplia capacidad de actuación del parlamento descansa en el principio democrático.

La justicia constitucional se conceptualiza en la actualidad como la garantía que el constituyente incorporó en el texto constitucional, con el objetivo de aquella se mantenga como la norma suprema del ordenamiento jurídico, resguardando que no existan normas que contradigan a la constitución⁸.

Las cortes, tribunales o salas constitucionales son órganos deliberativos que deben tomar las decisiones procurando llegar a los mejores resultados posibles para cumplir la tarea decisional que les fue encomendada. En consecuencia, deben respetar las reglas básicas democráticas y los pilares de un Estado constitucional de derecho.

La justicia constitucional tiene la función de tutelar los principios y valores contenidos en el texto constitucional de frente a las mayorías políticas de la época, con el efecto de poder suprimir las leyes inconstitucionales⁹. Dicho en otras palabras, es una forma de control externo a la actividad legislativa.

No puede ocultarse que, en ciertas circunstancias, como, por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, puede presentarse algún conflicto (sobre todo desde una perspectiva de legitimidad democrática)¹⁰, entre el órgano constitucional encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y el parlamento o congreso (Poder Legislativo). En relación con este aspecto en particular, Armijo apunta:

algunos de los más serios conflictos que afectan a los jueces constitucionales en su interrelación con los parlamentarios tienen que ver con sus respectivas competencias como órganos de control político y constitucional. Cuando un espectador externo lee o escucha sobre el tema, se limita a presenciar el resultado final de una lucha silenciosa, que normalmente se convierte en noticia al prevalecer el uno sobre el otro. El péndulo se mueve de uno a otro extremo, en cuanto más o menos democracia exista en el Estado de que se trate. Es una realidad que el ejercicio del control constitucional por el tribunal o sala limita, en algunos casos, al Parlamento o la Asamblea

6 Juan Pablo, Sarmiento, “Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana”, *Estudios constitucionales*, 1, 21 (2023): 112.

7 Joan, Ridao Martín, “El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 117 (2023): 97.

8 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 30.

9 Roberto Romboli, *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial* (Lima: Palestra Editores, 2017), 12.

10 Este es un tema que se abordará en una futura investigación.

Legislativa (en lo sucesivo, PAL) cuando se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias constitucionales o se ha apartado del procedimiento establecido por la norma suprema. En otros, los PAL utilizan la ley o la reforma constitucional para redefinir, cercenar o limitar las competencias de los tribunales constitucionales¹¹.

A continuación, se exponen los tres principales modelos de justicia constitucional que se han formulado y que son relevantes en un Estado constitucional y democrático de derecho.

III. MODELOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

3.1. Modelo americano o *judicial review*

El primero de los modelos tradicionales es el americano, estadounidense o *judicial review*.

Aun cuando en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se establece la superioridad de la constitución y las leyes federales, expresamente no se alude al control de constitucionalidad de las leyes. De ahí la importancia del caso paradigmático *Marbury vs. Madison* (1803) al ser el punto de partida del control de constitucionalidad de las leyes bajo el supuesto de la supremacía de la constitución.

Como bien lo expone Pizzorusso¹², en el “*Federalist*” fueron recogidas una serie de artículos, redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en 1787-1788, en los cuales fue ilustrado el texto de la constitución en ese entonces en fase de aprobación por parte de la Convención de Filadelfia. El número 78 del *Federalist*, redactado por Hamilton, ilustró, en particular, las razones que justificaban el reconocimiento al Poder Judicial, dada su potestad de resolver los casos de conflictos entre una disposición de la Constitución y una disposición de una ley ordinaria y, consecuentemente, de declarar la invalidez de esta última. Sobre esta afirmación fue fundado el sistema americano de control de la legitimidad de las leyes.

Como consecuencia de un proceso complejo y gradual, las primeras constituciones de los Estados Unidos de América terminaron mostrando que no son producto de la soberanía del Poder Legislativo, sino de la soberanía del pueblo. Esta idea de una constitución como expresión soberana del pueblo implicaba un apartamiento radical del ejemplo inglés, en el que el parlamento era el soberano y no tenía límites para modificar la constitución. Este

11 Gilbert Armijo Sancho, “Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, ed. por Gisela Elsner (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007), 16.

12 Alessandro Pizzorusso, “Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos”, *Revista Judicial*, 118 (2016): 25.

alejamiento no solo complementa esa idea radicalmente nueva de constitución, sino que implica un traslado de la soberanía que pasa del Poder Legislativo al pueblo. De ahí que la constitución, sancionada a través de un procedimiento especial, intensamente participativo para los estándares de la época, se considere como una expresión de esa soberanía del pueblo¹³.

El modelo norteamericano encuadra en la tradición del derecho común o *common law*. Nació pretorianamente en 1803 y se caracteriza por ser difuso, es decir aplicado por cualquier juez, para casos concretos, con efecto interpartes¹⁴.

Nino¹⁵, expone lo que denomina “la lógica de Marshall” en el caso *Marbury vs. Madison*: los jueces deben aplicar la ley, siendo que cuando esta no satisface las condiciones que deben caracterizarla en realidad no es una ley y, por consiguiente, los jueces no pueden estar justificados en ningún caso para aplicar una ley inconstitucional.

El modelo de control de constitucionalidad americano (*judicial review*) confió en todos los jueces el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Se convirtió en un poder “contramayoritario”, resguardando los derechos de las minorías.

Tradicionalmente se ha dicho que el modelo americano se caracteriza por ser judicial y difuso (presupone que todos los órganos jurisdiccionales puedan ejercitarlo). En este sistema todo juez tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma. Por consiguiente, los jueces tienen el deber de no aplicar las normas inconstitucionales¹⁶.

Al respecto, si el órgano judicial interviniente declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso. Se trata de un control en concreto, lo que supone que debe darse en una causa judicial y quien lo promueve estar involucrado o tener un derecho o interés jurídico particulares en la cuestión a la que se refiere la norma o el acto que se reputan total o parcialmente contrarios a la constitución¹⁷. Se ha dicho que este modelo es incidental (prejudicial), especial (aplicación de la ley al caso específico) y declarativo con efectos *ex tunc*¹⁸.

13 Manuel José García-Mansilla, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2, 3 (2022): 476.

14 Jorge Alejandro Amaya, “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 10 (2010): 3.

15 Carlos Nino, “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989): 80

16 Jorge Luis Rodríguez, “Algunas Dificultades en la Reconstrucción de la Dinámica Jurídica”, en *El realismo jurídico genovés*, ed. por Jordi Ferrer y Giovanni Ratti (Madrid: Marcial Pons, 2011), 144.

17 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 17.

18 Francisco Fernández Segado, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 29.

Si bien, en Estados Unidos de América rige un sistema difuso de control de constitucionalidad, la *Supreme Court* norteamericana es la cúspide del sistema judicial, de modo que sus interpretaciones respecto a la inconstitucionalidad informan a todo el ordenamiento jurídico, por el principio del *stare decisis*.

La Corte Suprema cuando ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, es próxima al sistema de los tribunales constitucionales del modelo europeo-kelseniano. El ejercicio de selección (*writ of certiorari*)¹⁹ se manifiesta no solo como un tamiz para no rebosar el circulante de la Corte Suprema, sino que es una manifestación de su poder jurisdiccional, resolviendo no decidir, cuando así lo considere²⁰.

Bajo este modelo, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición legal, pero es la Suprema Corte la que tiene la “última palabra”.

El acceso a la Corte Suprema del modelo americano se logra a través de un recurso de inconstitucionalidad. Esto significa que quien quiere obtener un pronunciamiento del alto tribunal debe primero pasar por todas las instancias judiciales inferiores, recurriendo cada una de las sentencias que dictan los jueces de primera y segunda instancia²¹.

Así como para comprender la génesis de la *judicial review* es necesario realizar un análisis retrospectivo al pensamiento constitucional estadounidense de finales del siglo XVIII, a los debates constituyentes previos a la Constitución de 1787 y a la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* (1803); sin duda, para explicar el surgimiento de los tribunales constitucionales europeos, debe acudir a la obra de Hans Kelsen y al contexto de Europa en el primer tercio del siglo XX. Precisamente, de seguido se estudiará el modelo europeo o kelseniano.

2. Modelo concentrado, austriaco o kelseniano

El modelo clásico concentrado de justicia constitucional, es de origen austriaco. Se dice que fue ideado por el ilustre jurista Hans Kelsen.

Velandia²² sintetiza de la siguiente forma los principales argumentos de la tesis planteada por Kelsen: 1. El control de constitucionalidad no puede llevarlo a cabo el juez ordinario, al

19 La Corte Suprema de Estados Unidos de América ha elaborado una doctrina por la cual algunas cuestiones que pertenecen a la política no son revisables judicialmente (*political question doctrine*).

20 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 39-40.

21 Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 17-18, 154-156.

22 Eduardo Velandia Canosa, “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”, en *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017): 21.

no ser especialista en temas constitucionales, por lo cual plantea la creación de un tribunal constitucional; y 2. Este juez debe tener solamente la competencia de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Kelsen plantea la idea de que la función de garantía de la constitución sea transferida a un tribunal independiente que pueda anular normas que considere son inconstitucionales. Al referirse a esta nueva institución indica:

desde todos los puntos de vista desde los que se puede explicar y juzgar el pro y el contra del problema jurídico-político de un Tribunal constitucional, hay uno completamente banal: el de si este órgano es un “Tribunal” y si su función es auténtica “justicia”. Éste es un problema de clasificación muy significativo desde el punto de vista teórico-jurídico. Pero de su resolución –sea esta afirmativa o negativa– no se sigue nada que hable a favor o en contra de la transferencia de la función señalada a un órgano colegiado, a cuyos miembros –convocados de alguna manera– les sea garantizada la plena independencia; una independencia frente al Gobierno y al Parlamento, que se denomina “judicial” porque las Constituciones modernas acostumbran a conferirla a los *Tribunales (aunque no sólo a ellos)*. Del concepto de “jurisdicción”, sea como fuere concebido, no puede deducirse que la institución caracterizada aquí como “Tribunal constitucional” sea imposible o irrealizable²³.

Para Kelsen, con la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por parte del tribunal constitucional, éste se convierte en una suerte de legislador negativo, sin embargo, ese poder carece de la creatividad propia del dictado de las leyes²⁴.

Sobre este punto particular, añade Da Silva, el tribunal constitucional tiene la competencia para anular una ley: lo que implica producir otra con un signo negativo. En su criterio, en realidad se trata de una función complementaria a la del parlamento, “de una forma singular de reparto de la competencia legislativa”²⁵.

Kelsen, expresa las diferencias entre un tribunal ordinario y un tribunal constitucional, señalando sobre el particular:

Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal constitucional competente para la casación de las leyes y un Tribunal ordinario en lo civil, penal o administrativo, es que tanto éstos como aquél aplican Derecho y también generan Derecho; estos producen sólo normas individuales, mientras que aquél, aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que – tal como lo he señalado – oficia de “legislador negativo”. Pero entre la función de

23 Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 15.

24 Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astera, 2002), 659-661.

25 Pedro Da Silva Moreira, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional* (Madrid: CEPC, 2019), 56.

un Tribunal constitucional semejante y la de los Tribunales ordinarios se introduce una forma intermedia, muy digna de atención, con su derecho de control sobre leyes y decretos. Pues un Tribunal que no aplica a un caso concreto una ley en razón de su inconstitucionalidad, o una ordenanza en razón de su ilegalidad, elimina una norma general y opera así también como “legislador negativo” (en el sentido material del término “ley”). Sólo que la *- norma general está limitada a un caso y no a la totalidad –como la sentencia de un Tribunal constitucional –, es decir, a todos los casos posibles*²⁶.

Aunque en el pensamiento de Kelsen el tribunal constitucional aparece como un órgano respetuoso de las credenciales democráticas del parlamento, como lo indica Jiménez²⁷, este autor europeo lleva a situarnos de manera indirecta al centro del problema para la época, a saber, la desconfianza ante los órganos elegidos directa o indirectamente por el pueblo, que conduce a la creación de un nuevo órgano que controle las posibles desviaciones del legislativo por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones que éste dicte. La creación de un órgano con ese poder de revisión judicial sirve para combatir los excesos del legislativo, pero conduce inevitablemente a la creación de un nuevo legislador y, consecuentemente, al enfrentamiento entre los dos legisladores, entre el poder legislativo y el tribunal constitucional.

Precisamente, dada la importancia de la seguridad jurídica, Kelsen se refirió a la necesidad de uniformidad en los alcances de declaratoria de inconstitucionalidad de la norma respectiva, señalando: “...La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional -por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no- es un gran peligro para la autoridad de la Constitución...”²⁸.

Conforme lo explica Orunesu²⁹, la seguridad jurídica, que conlleva a preservar en el plano de la aplicación de las normas el principio de igualdad, en los sistemas de control difuso podría verse afectado en el tanto individuos que se encuentran en situaciones similares no reciban un trato igual (piénsese en que diferentes jueces resuelvan de manera disímil la constitucionalidad de las normas cuestionadas).

Bajo la concepción original de Kelsen, se prefigura un órgano que centralizadamente lleva adelante ese control y, en el supuesto de considerar inconstitucional una norma, ésta es expulsada del sistema. Este tribunal especializado, en palabras de Sagüés³⁰, se caracteriza por ser “extra poder”, al situarse entre la “clásica” Suprema Corte y el Parlamento.

26 Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 34-39.

27 José Jiménez Sánchez, “La legitimidad del juez constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36 (2002): 319.

28 Hans Kelsen, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, *IUS ET VERITAS*, 4, 6 (1993): 83.

29 Claudina, Orunesu, “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”, *Opus Magna Constitucional*, 1, 16 (2020): 155

30 Néstor Pérez Sagüés, “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74 (1991), 473.

El modelo austriaco (en el planteamiento original de 1920) es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado, en el tanto a la generalidad de los jueces y de los operadores jurídicos se les niega la labor de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y se reserva, por el contrario, a un órgano particular. Principal, porque se acciona mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la constitución. Constitutivo, porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado³¹.

Si bien, en la actualidad existe una relativización de las características de los modelos norteamericano y europeo, es posible pensar en tres diferencias puntuales. Por un lado, en relación con el órgano jurisdiccional encargado de ejercer el control de constitucionalidad; por otro, la forma en que se puede cuestionar la norma y, finalmente, los efectos de la sentencia que se dicta.

En el modelo de judicial *review of legislation*, todos los órganos judiciales pueden emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias surgidas ante ellos. La ley que se considera puede tener roces de inconstitucionalidad no es susceptible de cuestionarse de manera directa. En sentido estricto, el juez no anula la ley que estima contraria a la Constitución, sino que la inaplica. Se está ante un control especial, entendido como que los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, enfocados al caso particular. En el sistema austriaco original, es un órgano *ad hoc* el encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Se sigue un procedimiento en vía principal (impugnación directa) mediante la interposición de una acción o recurso de inconstitucionalidad cuya sentencia estimatoria tiene efectos *erga omnes*³².

Un detalle que no puede pasarse por alto es que los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo de judicatura surgida luego de la revolución francesa, fueron diseñados sobre la base de una profunda desconfianza en los jueces, lo que se tradujo en una limitación de sus potestades en la aplicación del derecho.

La mayoría de los países de América Latina han incorporado diferentes modelos, siendo que, luego de diversas reformas implementadas, los sistemas de control de constitucionalidad se asemejan en varios rasgos al sistema europeo y, en otros, al estadounidense. Ello ha permitido que en la actualidad sea válido hablar de un modelo mixto.

31 Tania Groppi, "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada", en *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, ed. por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar (México: UNAM, 2009), 231.

32 Francisco Fernández Segado, "La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 30-35.

3. Modelo mixto

Tradicionalmente se ha presentado a los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad como contrapuestos: por un lado, el judicial o difuso (*judicial review of legislation*) y, por otro, el sistema autónomo o concentrado (la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana).

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, muchos Estados han optado por no acoger la tradicional polaridad entre los modelos originarios difuso y concentrado. Se habla, entonces de nuevas categorías, modelos híbridos³³ o mixtos. Ya no se vislumbra tan claramente una dicotomía o polaridad de sistemas. La tendencia es el tránsito hacia modelos más dúctiles y poliformes³⁴. Es más común la incorporación de mecanismos que permiten al juez que conoce de un proceso, que excepcionalmente, consulte a la corte, tribunal o sala constitucional sobre la constitucionalidad de la ley o disposición legal. Díaz³⁵ expone que un claro ejemplo de ello es el procedimiento que se conoce como “la cuestión de constitucionalidad”. En esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado³⁶.

Bazán³⁷ señala que es posible visualizar, en modelos que adoptan el control de constitucionalidad difuso vestigios que de algún modo los aproximan a los sistemas centralizados o concentrados. Destaca que, en Estados Unidos de América, la Suprema Corte actúa como un tribunal constitucional *de facto* por medio de la utilización del *writ of certiorari*; sin dejar de lado la regla del precedente que debe ser seguida por los tribunales inferiores.

Algunos autores como Lopera³⁸ son del criterio de que el funcionamiento real de los tribunales constitucionales conserva de la propuesta kelseniana su carácter concentrado y los efectos generales de sus decisiones, acercándose, en el resto, más a la lógica que impregna la *judicial review*.

De lo expuesto se desprende que, con el transcurso del tiempo, se ha dado un fenómeno de combinación de los dos modelos tradicionales de control de constitucionalidad, los cuales

33 Luca Mezzetti, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, *Estudios Constitucionales de Chile*, 2, 7 (2009): 289.

34 Lucio Pegoraro, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002): 415.

35 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 40.

36 Eduardo Velandia Canosa, “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”, en *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017): 22-23.

37 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 19-20.

38 Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, (2001): 240.

fusionan o permiten la convivencia de algunos aspectos, dando paso a sistemas híbridos de justicia constitucional, con rasgos específicos de cada país.

Quedará para un posterior artículo realizar un estudio comparado entre los modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes que siguen distintos países en la actualidad.

IV. CONCLUSIONES

El control de constitucionalidad es consecuencia de los principios de supremacía y de rigidez constitucional. Constituye un mecanismo de garantía ante una falta de congruencia de las normas inferiores (como las leyes) con los derechos, normas y principios reconocidos y establecidos por la constitución.

Tradicionalmente se han concebido dos modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad: el americano y el austriaco.

El modelo americano tiene su génesis en el siglo XIX. Explícitamente alcanzó reconocimiento a partir del célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, sobre el cual se pronunció la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En este país se asignó la supremacía constitucional a un órgano “contramayoritario”, caracterizado por ser judicial, creado jurisprudencialmente, de naturaleza difusa, con carácter incidental, *inter partes* y cuyas sentencias tienen efectos *ex tunc*.

A finales del siglo XVIII, Europa (especialmente Francia), se caracterizó por tener un control político basado en un ambiente de desconfianza hacia los jueces (la ley, al reflejar la voluntad popular, no admitía control), siendo que, a partir de la Primera Guerra Mundial se institucionalizan las cortes constitucionales como órganos independientes, separados del Poder Judicial. Con ello, el control político fija la custodia de la supremacía constitucional a un órgano vinculado con los representantes del pueblo.

El modelo europeo o austriaco en su versión original, tuvo como protagonista a Hans Kelsen. Se diseñó a partir de la segunda década del siglo XX. Se distinguió por ser concentrado, quedando a cargo, el control de constitucionalidad, a un tribunal autónomo (*ad hoc*), es decir, fuera del Poder Judicial, de creación normativa, encontrándose, dentro de sus particularidades, su carácter principal, abstracto y constitutivo (declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*).

Si bien, los dos modelos coinciden en tener por objeto garantizar la supremacía de la Constitución, lo cierto es que en el caso estadounidense la función es desempeñada a lo interno del Poder Judicial, mientras que en el modelo europeo-kelseniano se realiza por un órgano *ad hoc*, denominado Corte Constitucional.

En la actualidad, hay una relativización en relación con las características de los modelos norteamericano y el europeo kelseniano. La clásica polaridad entre ambos pareciera que no puede sostenerse de forma tan rígida. Es palmario que después de la Segunda Guerra Mundial han nacido y se han difundido los modelos mixtos o híbridos.

Ambas tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, ante la necesidad de dar respuesta a los profundos cambios producidos en el mundo en los últimos años, dándose una reciprocidad en cuanto a algunas de sus características. Por ejemplo, en el *common law* ha ido creciendo paulatinamente la “codificación”, mientras que en el *civil law* ha aumentado el papel de los jueces en la creación del Derecho por medio de la interpretación de las normas³⁹. Ello ha permitido, desde hace varias décadas el “modelo mixto”.

En el presente, mantener la dicotomía entre los modelos difuso o norteamericano y concentrado o kelseniano resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad.

Con carácter ejemplificativo, cabe afirmar que este modelo híbrido es seguido en la actualidad -con distintos niveles de intensidad- por países como Estados Unidos de América, Italia y Costa Rica.

Las cortes, los tribunales o las salas constitucionales, aparte de tener una naturaleza jurídica, también tienen un carácter político. Al tener una posición *sui generis* dentro de la arquitectura del Estado constitucional de derecho (estar en la intersección entre el Derecho y la política), su estudio se vuelve apasionante. Los alcances de sus decisiones se relacionan, en mayor o menor medida, con las características del modelo de control de constitucionalidad que siga cada país. Dicho lo anterior, se concluye que el tema aquí investigado aparte de actual, está abierto a la constante reflexión.

39 Jorge Alejandro Amaya, *Control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2015), 57-58.

REFERENCIAS

- Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Amaya, Jorge Alejandro. “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 10 (2010): 1-22.
<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/539>
- Armijo Sancho, Gilbert. “Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, ed. por Gisela Elsner, 15-36. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- Bazán, Vitor. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Córdova Vianello, Lorenzo. “La Democracia Constitucional y el Control de las Reformas Constitucionales”. En *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, ed. por César Astudillo y Lorenzo Córdova, 211-224. México: UNAM, 2011.
- Campione, Roger. “La génesis de un juez de las leyes: La Corte Costituzionale”. En *Teoría del derecho y decisión judicial*, ed. por Pablo Raúl Bonorino, 345-373. Madrid: Bubok, 2010.
- Da Silva Moreira, Pedro. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*. Madrid: CEPC, 2019.
- Díaz Bravo, Enrique. “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”. *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 25-46,
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>
<https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a1>
- Fernández Segado, Francisco. “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”. *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 19-75. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>
- Gama, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- García-Mansilla, Manuel José. “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”. *Revista Jurídica Austral*, 2, 3 (2022): 473-530.
<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/961>
<https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.man>
- Groppi, Tania. “Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada”. En *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, ed. por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar, 227-255. México: UNAM, 2009.

- Jiménez Sánchez, José. “La legitimidad del juez constitucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36 (2002): 303-325.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/13483>
<https://doi.org/10.30827/acfs.v36i0.13483>
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- Kelsen, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. *IUS ET VERITAS*, 4, 6 (1993): 81-90.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iuserveritas/article/view/15379>
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008. <https://doi.org/10.2307/jj.2321999>
- Lopera Mesa, Gloria. “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, (2001): 227-256.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50357>
- Mezzetti, Luca. “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”. *Estudios Constitucionales de Chile*, 2, 7 (2009): 281-300.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>
<https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200011>
- Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astera, 2002.
- Nino, Carlos. “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989): 79-88.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1230&IDA=35323>
- Orunesu, Claudina, “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”. *Opus Magna Constitucional*, 1, 16 (2020): 149–176. <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.7>
- Pegoraro, Lucio. “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002): 393-416.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50604>
- Pérez Sagüés, Néstor. “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74 (1991): 471-495. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27123>
- Pizzorusso, Alessandro. “Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos”. *Revista Judicial*, 118 (2016): 11-32.
https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/02_archivo.pdf p. 25.
- Ridaó Martín, Joan. “El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política”. *UNED. Revista de Derecho Político*, 117 (2023): 73-98
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/37921/27886>
<https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37921>

- Rodríguez, Jorge Luis. “Algunas Dificultades en la Reconstrucción de la Dinámica Jurídica”. En *El realismo jurídico genovés*, ed. por Jordi Ferrer y Giovanni Ratti, 117-146. Madrid: Marcial Pons, 2011. <https://doi.org/10.2307/jj.2322025.9>
- Romboli, Roberto. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- Sarmiento, Juan Pablo. “Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana”. *Estudios constitucionales*, 1, 21 (2023): 111-141. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002023000100111>
- Velandia Canosa, Eduardo. “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”. En *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia, 9-54. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Recibido: 28/02/2024

Aprobado: 10/05/2024



Ángel guardián, óleo sobre lienzo 99 x 68 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)