
Miguel Ángel Alegre Martínez
(Universidad de León)

Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales

I

Es de todos conocido que la tendencia a la generalización del establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad por los diversos Ordenamientos jurídicos no ha significado uniformidad en el mecanismo escogido. Así, si bien existe coincidencia en la opción por el control de constitucionalidad, lo cierto es que existen *diversas soluciones* a la hora de establecer el sistema conforme al cual llevar a cabo esta función de vigilancia sobre el control de la adecuación del resto del ordenamiento a la Constitución ¹.

Nos referiremos a continuación a uno de los criterios conforme a los cuales han sido clasificados los diversos sistemas de justicia constitucional, conscientes de que toda clasificación, aunque sea útil a efectos sistemáticos, ha de ser tomada con cautela; y más en el campo de la justicia constitucional, en el que existe una tendencia a la convergencia o adopción de soluciones *mixtas*, que recojan características de varios de los modelos estudiados ².

¹ En relación con estas cuestiones pueden citarse por ejemplo, dentro de la copiosa bibliografía existente, F. RUBIO LLORENTE, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional* —en adelante REDC—, nº 35, mayo-agosto 1992, págs. 9-39; VV.AA. (publié par L. FAVOREU y J. A. JOLOWICZ), *Le contrôle juridictionnel des lois: légitimité, effectivité et développements récents*, París-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1986; M. CAPPELLETTI, "Nécessité et légitimité de la Justice constitutionnelle", en VV.AA., *Cours constitutionnelles européennes et Droits fondamentaux*, París-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1982, págs. 461 y ss. (También, con el título "Necesidad y legitimidad de la Justicia constitucional", en la versión en castellano *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 —traducción de L. AGUIAR DE LUQUE y M. G. RUBIO DE LAS CASAS— págs. 599-662); L. ELIA, "Giustizia costituzionale e Diritto comparato", en VV.AA. (a cura di A. PIZZORUSSO y V. VARANO), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milán, Giuffrè, 1985, tomo II, págs. 1415-1424 (también en *Quaderni Costituzionali*, nº 1-1984, págs. 7-16).

² Así, a efectos sistemáticos se ha venido distinguiendo entre *control político* y *control jurisdiccional* y, dentro de éste, entre el *control difuso* y el *concentrado*. Véanse P. CRUZ VILLALÓN, "El control previo de constitucionalidad", *Revista de Derecho Público* (2º época), nº 82, enero-marzo 1981, págs. 5-21, en concreto pág. 6. La distinción entre "control

Entre los Ordenamientos que prevén un sistema de control jurisdiccional, puede a su vez distinguirse entre los que establecen un *control difuso* (que, de acuerdo con el modelo norteamericano, compete a todos los tribunales del país) y los que optan por un sistema *concentrado*, basado en el modelo austríaco, que atribuye el control a un único tribunal. Cabrá, a su vez, una nueva distinción en función de que ese tribunal único sea un órgano judicial ya existente que normalmente será el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria), o bien sea un órgano *tribunal constitucional—específicamente* (aunque no *exclusivamente*) creado para este cometido.

En cualquier caso, conviene matizar que, como se sabe, en los diversos ordenamientos jurídicos no se encuentran estos modelos "en estado puro", sino que lo habitual es que la regulación del control de constitucionalidad recoja elementos de varios de ellos, de acuerdo con la tendencia que se viene observando hacia la convergencia y la unificación en esta materia ³.

jurídico" y "control político" la recoge también M. ARAGÓN REYES, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC*, nº 17, mayo-agosto 1986, págs. 85-136, en concreto págs. 101 y ss. Véase, asimismo, VV.AA. "Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois" (Mesa redonda, 25-octubre-1984), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. I (1985), París-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1987, págs. 77-91.

³ Se observa, en efecto, una tendencia al acercamiento, que no sólo se da entre los sistemas norteamericano y austríaco, ya que, además, diversos ordenamientos recogen, junto a la figura del control en vía directa, la del control en vía incidental, e incluso, junto con modalidades de control sucesivo, diversos supuestos de control preventivo, como queda reflejado en otros trabajos de próxima publicación.

Así, G. ZAGREBELSKY, en el editorial de *Quaderni Costituzionali*, año II, nº 3, diciembre 1982, dedicado a "La Giustizia costituzionale in Europa: dai modelli alla prassi" (págs. 517-519), señala:

"Un aspetto rilevante di questa materia è la grande varietà delle forme organizzative del controllo di costituzionalità, spesso adottate cumulativamente, in modo tale da rendere sempre meno riconoscibili le «famiglie» di appartenenza. L'esperienza dimostra la possibilità concreta di combinazioni tra fattori concettualmente distinti (controllo astratto e concreto; iniziativa individuale o di organi pubblici o di forze partitiche; effetti ex tunc, ex nunc o pro futuro delle decisioni ecc.)."

A las analogías y diferencias entre los sistemas norteamericano y europeo se refiere, por ejemplo, L. ELIA, "Giustizia costituzionale e diritto comparato", *op. cit.* Por su parte, A. PIZZORUSSO, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", *Quaderni Costituzionali*, año II, nº 3, diciembre 1982, págs. 521-533, en concreto, pág. 522, señala que la tradicional bipartición sistema americano-sistema austríaco no agota la variedad de las características de los modelos de justicia constitucional operantes. Y ello, señala este autor, tanto por la existencia de sistemas que, en mayor o menor medida, combinan elementos propios de ambos modelos, como por el hecho de que los criterios de clasificación utilizados —"*accentrato-difuso, principale-incidentale, costitutivo-dichiarativo*"— no agotan la variedad de rasgos que se presentan. Véase, asimismo, A. SCAVONE, "Tendenze della giurisdizione costituzionale", *Diritto e Società*, nº 3, 1986, págs. 575-586, en concreto págs. 579 y ss.

A la evolución convergente de ambos modelos se refiere, en nuestra doctrina, A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 3ª ed., 1992, vol. 2,

Porque, después de todo, lo más lógico es que, dado que en todos los casos se trata de llevar a cabo la misma función —el control de constitucionalidad—, los diversos Ordenamientos jurídicos no opten por una solución de entre las posibles, excluyendo todas las demás, sino que *opten por acoger lo más aprovechable y ventajoso de cada una de ellas*, en función de sus propias características políticas, e incluso históricas, adaptándolo, además, a sus propias peculiaridades ⁴.

II

La expresión "control jurisdiccional" de constitucionalidad se aplica a aquellos sistemas que tienen en común el prever un control *conforme a Derecho*, y ejercido por órganos *jurisdiccionales*. El control jurisdiccional es el más extendido, y el que propiamente puede ser considerado como justicia constitucional ⁵.

Sin embargo, si bien el ejercicio del control por órganos jurisdiccionales es el denominador común de estos sistemas, existen *diversas manifestaciones o modalidades de jurisdicción constitucional*.

En efecto, por lo que interesa a los efectos de este trabajo, en la terminología clásica se habla de jurisdicción constitucional *difusa* y jurisdicción constitucional *concentrada*.

Esta terminología aparece ya en Carl Schmitt, que propone el término "difuso" para designar el control que "sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada juez", contraponiéndolo al "concentrado", que sería el realizado "en una sola instancia"⁶.

De tal modo que, mientras en el sistema concentrado puede hablarse de procesos de inconstitucionalidad, que se sustanciarán ante el Tribunal constitucional, en el sistema difuso cabría hablar más bien de incidente de inconstitucionalidad que se plantea dentro de un litigio determinado.

págs. 384-385. También se refiere a la cuestión E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1993, pág. 274, señalando que las peculiaridades propias de cada país "afectan tanto a las funciones como a los procedimientos a seguir, produciéndose una especie de simbiosis entre el sistema austríaco y el norteamericano, aunque con preponderancia de los elementos de aquel".

La presencia simultánea del recurso en vía directa y en vía incidental se da, por ejemplo, en el ordenamiento italiano (tal y como puede verse en las diversas normas que desarrollan las previsiones de los arts. 134-137 de la Constitución de 1947 —en particular, las Leyes constitucionales de 9 de febrero 1948 n° 1, 11 de marzo 1953 n° 1, y 22 de noviembre 1967 n° 2— y en el español (arts. 161.1.a y 163 de la Constitución, desarrollados por los arts. 27 a 40 —Título II, "De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", de la Ley orgánica 2/1979 de 3 octubre, del Tribunal constitucional — en adelante LOTC).

⁴ Vid. F. RUBIO LLORENTE, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *op. cit.*, pág. 12.

⁵ E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional, op. cit.*, pág. 273.

⁶ C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, traducción directa del alemán por Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931, pág. 29.

III

La distinción control difuso-control concentrado, vendría a afectar, en primer término, a la *estructura orgánica* del control jurisdiccional de constitucionalidad, ya que el criterio diferenciador reside en el órgano u órganos jurisdiccionales a los que el ordenamiento encomienda esta competencia.

Por eso, Cappelletti afronta esta diferenciación dentro de lo que él llama "análisis estructural" del control. Para este autor, el *sistema difuso* es aquel en el que el poder de control compete a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de la decisión de las causas de su competencia. Mientras que el sistema concentrado, sería aquel en el cual el poder de control se centra en un solo órgano judicial⁷.

Se suele, además, hablar de esta dicotomía realizando una diferenciación geográfica en función del país donde se sitúa el origen de cada uno de los dos sistemas. En este sentido, se designa al sistema difuso como "sistema norteamericano" y al sistema concentrado como "sistema austríaco" o "europeo"⁸.

⁷ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, págs. 49 y ss., concretamente, pág. 51. Distingue este autor, desde este punto de vista "orgánico" o "subjetivo",

"due grandi tipi di sistemi di controllo giudiziario della legittimità costituzionale delle leggi:

a) il «sistema diffuso» ossia quello, nel quale il potere di controllo spetta a tutti gli organi giudiziari di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza; e

b) il «sistema accentratore», nel quale il potere di controllo si concentra invece in un organo giudiziario soltanto".

Habla también aquí este autor de la existencia de diversos sistemas mixtos o intermedios.

⁸ Como es sabido, el sistema difuso, en su estado puro, tiene su origen en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, o *judicial review*, instaurado en los Estados Unidos (sin que estuviera previsto en la Constitución federal de 1787) por obra del Tribunal Supremo, y particularmente del juez John Marshall (desde la sentencia *Marbury versus Madison*, dictada en 1803).

Ello sin perjuicio de los precedentes habidos en la Inglaterra del siglo XVII, de entre los cuales suele citarse como ejemplo la sentencia del juez Coke, en 1610, sobre el caso *Bonham*. Precedentes que, sin embargo, no cuajaron, a causa de que las luchas entre el Parlamento y el Rey que tuvieron lugar en esta época, culminaron con lo que A. TORRES DEL MORAL (*Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991, pág. 54) llama "parlamentarismo oligárquico", y con la consolidación del principio de soberanía parlamentaria y consiguiente intangibilidad judicial de las leyes. Efectivamente, además de las peculiaridades derivadas del hecho de que el Derecho constitucional inglés esté integrado fundamentalmente, salvo excepciones, por normas no escritas, sino por costumbres y convenciones, nos encontramos con la tajante afirmación de la soberanía absoluta del Parlamento, con la lógica consecuencia de la imposibilidad de la revisión judicial de la validez de las leyes emanadas por el Parlamento (*Statutes*).

A su vez, esta diferenciación geográfica ha servido a Cappelletti para asociar cada una de estas dos modalidades de control de constitucionalidad a una de las dos grandes "familias jurídicas" que él distingue: la del *common law*, y la romano-germánica.

Así, señala este autor, mientras que los países del *common law* han adoptado un sistema "descentralizado" o "difuso", en que el control se confía a todos los tribunales del país (los cuales, con motivo de cualquier proceso, pueden y deben no aplicar a ese caso concreto las leyes u otros textos que consideren contrarios a la Constitución –

Sobre el modelo norteamericano de la *judicial review*, cabe recordar que la primera manifestación histórica, con relación a la Constitución federal, se produjo en 1803, y fue la sentencia *Marbury v. Madison* (Vol. I de la Recopilación de Cranch, pág. 137), del juez John Marshall. Esta decisión se basa en un principio que, en 1788, había sido ya llamado por Hamilton –en *The Federalist*– la "vinculación más fuerte" –*superior obligation and validity*. Decía aquí Madison que

"una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios." (HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; n° LXVIII, pág. 332).

La transcripción de los fragmentos más significativos de la sentencia *Marbury v. Madison*, así como información sobre el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, pueden encontrarse en W. F. MURPHY y J. TANENHAUS, *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, Nueva York, St. Martin's Press, 1977, pág. 108-110. Comentarios y referencias a la misma y a su contexto pueden verse, entre otros, en E. S. CORWIN, *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, 14ª edición, 1978; A. S. MILLER, *The Supreme Court, Myth and Reality*, Westport, Ct., 1978; R. BERGER, *Government by Judiciary, The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978; J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. Traducción al castellano de algunos párrafos significativos, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 1985., págs. 176-178, en nota.

También aparecen traducidos y comentados los párrafos más significativos en M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, págs. 421-424. Asimismo, aparecen traducidos algunos párrafos significativos en L. SÁNCHEZ AGESTA, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1982, págs. 97-99. Véase también S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven-London, Yale University Press, 1990. Véase, sobre la contraposición entre los modelos norteamericano y europeo de justicia constitucional, L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986, págs. 6 y ss. También sobre esta contraposición, centrandó la referencia al control concentrado en el modelo español, F. SANTAOLALLA, "Vinculación de la Constitución y control de las leyes", *Revista de las Cortes Generales*, n° 5, segundo cuatrimestre 1985, págs. 171-213. Otro estudio de ambos modelos en la doctrina española es el de F. RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *REDC*, n° 22, enero-abril 1988, págs. 5-51, en concreto, págs. 14 y ss. Asimismo, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, págs. 1046-1049.

higher law), la generalidad de los países de la familia romano-germánica ha optado por la creación *ad hoc* de nuevos "tribunales constitucionales especiales". En estos países también el resto de los jueces están vinculados por la ley, de cuyo control de constitucionalidad sólo pueden conocer los tribunales constitucionales⁹.

Estas consideraciones nos han adelantado ya algunas de las *características* (concretamente las características estructurales, organizativas) que identifican y diferencian a estos dos sistemas de jurisdicción constitucional.

IV

Pero nos interesa ahora resaltar que, junto a esas características estructurales, y relacionadas con ellas, puede hablarse de unos *efectos* diferentes en ambos sistemas¹⁰.

⁹ Véase, al respecto, M. CAPPELLETTI, "Necesidad y legitimidad de la Justicia constitucional", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit., págs. 599-662, concretamente págs. 601-602. Señala aquí este autor que "las escasas y, habitualmente, muy breves experiencias de algunos países de tradición romano-germánica con el modelo «difuso» (...) de Justicia constitucional —por ejemplo, la República de Weimar durante algún tiempo, o Italia de 1942 a 1956— no han sido especialmente alentadoras." Sobre el control de constitucionalidad en Alemania durante la república de Weimar (1919-1933), puede verse P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, págs. 71-227, especialmente, págs. 223 y ss.

Hay que aclarar, por otra parte, que existen supuestos de control concentrado, en los que no se crea un Tribunal *ad hoc*, sino que se confía esta función a un órgano judicial preexistente (que normalmente será el tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria, como sucede, por ejemplo, en los casos de Irlanda y Suiza). Sin embargo, lo más frecuente es la creación de un tribunal encargado específicamente (aunque no únicamente) de la función de control de constitucionalidad. Por eso, al hablar de control concentrado, lo normal es referirse a estos órganos creados al efecto, y así lo haremos también de ahora en adelante en este trabajo. Así pues, al hablar de control concentrado estamos pensando en esos órganos que, independientemente del nombre que reciban en cada ordenamiento (*Corte costituzionale* en Italia, *Conseil constitutionnel* en Francia, *Tribunal constitucional* en España...) se designan genéricamente como *Tribunales constitucionales*.

¹⁰ Lógicamente, nos interesan aquí sobre todo los efectos de las decisiones *que aprecien la existencia de inconstitucionalidad*, (decisiones estimatorias, o, en términos de Derecho italiano, *di accoglimento*), pues son las que mejor revelan los caracteres definitorios y diferenciadores del modelo respectivo. La no apreciación de inconstitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional correspondiente (sentencias desestimatorias o *di rigetto*) conllevará diversos efectos según cada ordenamiento, que serán más bien de carácter jurídico-procesal (irrecurribilidad, posibilidad o imposibilidad de volver a interponer el recurso, compatibilidad o incompatibilidad entre las diversas vías...). De regular estos efectos se ocupan, en nuestro ordenamiento, los polémicos arts. 29.2 y 38.2 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal constitucional. También producirán el lógico efecto de la continuidad en la vigencia de la ley (de toda ella o de la parte no afectada por inconstitucionalidad) en caso de control sucesivo, o la posibilidad de entrar en vigor en el caso del control previo, de acuerdo con los arts. 61 y 62 de la Constitución francesa de 1958. El hecho de que las sentencias desestimatorias ofrezcan un menor interés a los efectos de este trabajo, nos exime de abordar aquí la problemática de las llamadas "sentencias

Así, en los países que han optado por el control *difuso*, cualquier Tribunal, en el curso de cualquier proceso debe *inaplicar para ese caso concreto* la norma que considere inconstitucional. Por ello, la decisión carece en principio de efectos *erga omnes*. Sin embargo, el principio *stare decisis* que opera en estos países, dota de fuerza vinculante al precedente, de manera que, como dice Cappelletti, "todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de una norma realizada por un tribunal superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor *erga omnes*"¹¹.

De todas formas, y dado el carácter no absoluto de la regla *stare decisis* en materia de interpretación de la Constitución, puede suceder que diversos órganos judiciales mantengan opinión distinta respecto de la constitucionalidad de la ley, de tal modo que uno la aplique y otro la inaplique, lo cual representa un serio inconveniente para la seguridad jurídica y la propia supremacía constitucional¹².

interpretativas", sentencias desestimatorias al entender el tribunal que una cierta interpretación del texto legal es compatible con la Constitución; sentencias que, por ejemplo en Italia, dieron lugar a la *Guerra delle due Corti*. A ello se refiere F. RUBIO LLORENTE, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *REDC*, nº 4, enero-abril 1982, págs. 35-67, en concreto pág. 53.

¹¹ M. CAPPELLETTI, "Necesidad y legitimidad de la Justicia constitucional" *op. cit.*, pág. 602.

¹² Así lo ponía de manifiesto H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, mayo 1942, págs. 183-200, especialmente págs. 188 y ss. Cita aquí Kelsen a este respecto un fragmento de la Sentencia *O.V. and S. K. R. R. versus Morgan County*, 53, Mo. 156 (1873), según el cual "*Constitutional questions are always open to examination*" —las cuestiones constitucionales están siempre abiertas a examen. Pone además de manifiesto Kelsen que cabe la posibilidad de que el Tribunal supremo declare una misma ley constitucional en un caso e inconstitucional en otro, criticando esa falta de certeza y seguridad jurídica, y citando algunas decisiones en que esto ha sucedido: concretamente *Denney v. State*, 144 Ind. 503, 42 N. E. 929 (1896), y *McCullum v. McConnoughy*, 141 Iowa 172, 119 N.W. 539 (1909). (De este art. existe versión en italiano, "Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana", en la obra recopilatoria de escritos de H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, *premesse* de A. LA PERGOLA, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 293-313, especialmente págs. 301 y ss. Asimismo, en francés, "Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 1, 1990., págs. 17-30.). Sobre el carácter no absoluto de la regla *stare decisis*, puede verse A. S. MILLER, *The Supreme Court, Myth and Reality*, Westport, Ct., 1978, págs. 189 y ss.

Entre los autores que en la doctrina española se han ocupado del principio *stare decisis* y, en general, de la comparación entre el modelo del *common law* y el kelseniano, podemos citar aquí a L. LÓPEZ GUERRA, "El Tribunal Constitucional y el principio «stare decisis»", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, vol. II, págs 1433-1455. Se caracteriza aquí este principio como una "clave para conseguir la realización del principio de seguridad jurídica, superando posibles divergencias entre las diversas instancias jurisdiccionales, y haciendo posible la introducción de criterios comunes a todas ellas", posibilitando así una actuación uniforme de

En cualquier caso, independientemente de la mayor o menor operatividad del principio *stare decisis*, hay que afirmar, como característica propia del sistema difuso, que la decisión judicial de inconstitucionalidad, en sí misma, sólo tiene efectos respecto del caso concreto. No se tratará de una anulación, sino de una *inaplicación* que, como veremos, tiene carácter *declarativo*, y produce sólo efectos *inter partes* ¹³.

los Tribunales (*ibidem*, págs. 1439-1440). Distingue este autor dos manifestaciones en el referido principio:

"Por un lado, y cara a los Tribunales inferiores, supone que éstos deben seguir las normas derivadas de las sentencias de los Tribunales superiores, a menos que procedan a distinguir las circunstancias del caso de las contempladas en tal norma. Y, por otro lado, se entiende que los Tribunales superiores, generalmente seguirán sus propios precedentes."

Sobre este último aspecto, se señala (pág. 1441) que esa vinculación no tiene un carácter rígido, y son frecuentes los cambios, por parte de los tribunales supremos de estos países, de sus propios criterios (*overruling*). Se refiere también este autor (pág. 1442) al gran alcance político que pueden conllevar las decisiones judiciales como consecuencia de la combinación del sistema difuso y del principio *stare decisis*.

También sobre el principio *stare decisis*, véase F. RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *op. cit.*, págs. 14-15.

Sobre el significado jurídico-político de la *judicial review* en Estados Unidos, puede verse L. SÁNCHEZ AGESTA, "La justicia constitucional", *Revista de Derecho político*, nº 16, invierno 1982-1983, págs. 7-26. Al referirse, dentro del estudio del sistema norteamericano, al principio *stare decisis*, pone de manifiesto este autor la incertidumbre y el carácter equívoco que caracterizan a este sistema de vinculación a los precedentes, ya que "la expresión de una sentencia puede ser ambigua o el progreso histórico haber desenvuelto nuevas formas o hechos nuevos diversos de aquellos sobre los que recayó la decisión." Además, "La sentencia se pronuncia a la vista de unos hechos, y ningún caso es, ciertamente, igual a otro." (*ibidem*, pág. 10).

Los diversos aspectos del Tribunal supremo norteamericano son estudiados, con carácter monográfico, en el número 59 de la revista *Pouvoirs*, 1992. Véase, además, A. M. GARRO, "Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte", *REDC*, nº 35, mayo-agosto 1992, págs. 85-95.

¹³ El carácter declarativo del control difuso es puesto de manifiesto dentro de la doctrina española. Véase al respecto A. TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, *op. cit.*, págs. 199-200. Refiriéndose al sistema que comienza a funcionar con la sentencia *Marbury v. Madison*, y poniéndolo en relación con el carácter rígido del principio de separación de poderes en la Constitución de 1787, este autor extrae aquí la consecuencia de que "el juez, todo juez, debe inaplicar la ley inconstitucional. No puede anularla porque ello es función legislativa (legislación negativa, como la derogación), que sólo al Congreso compete. De manera que, en principio, esta decisión judicial solamente tiene efectos respecto del litigio concreto que se sustancia." También F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, *op. cit.*, págs. 1047, señala que "en el modelo difuso-norteamericano, en sentido estricto, puede afirmarse que el juez no anula la ley, sino que declara una *nulidad preexistente*, inaplicándola, por lo que los efectos de su declaración son, lógicamente, retroactivos (efectos «*ex tunc*») y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos «*inter partes*»)."

Por el contrario, en el control *concentrado*, la decisión de inconstitucionalidad se caracteriza por producir efectos *erga omnes* (*Allgemeinwirkung*). En este sistema, la apreciación de una contradicción con la Constitución no conlleva la mera inaplicación de la norma inconstitucional, sino la *desaparición del ordenamiento jurídico como consecuencia de esa nulidad radical*.

Ello es consecuencia de la misma concepción kelseniana de la justicia constitucional, materializada, a través de la participación de Kelsen en su redacción, en el modelo de la Constitución austríaca de 1920, perfeccionado en su reforma de 1929, y seguido por el constitucionalismo de la primera posguerra. Tras la Segunda Guerra Mundial, el modelo kelseniano es seguido, con ciertas variaciones, en Italia y Alemania, antecedentes más próximos de nuestro actual modelo de justicia constitucional¹⁴.

El alcance de las decisiones de inconstitucionalidad en el sistema concentrado, se halla en relación con el carácter *abstracto* del control propuesto por Kelsen. Y ello porque este control consiste en el examen de la ley por parte del tribunal constitucional para determinar si existe alguna contradicción –formal o material– entre la producción de esa ley y la Constitución. Es, en definitiva, la confrontación, la comparación, entre la Constitución y la ley, independientemente de su aplicación, en un litigio cuyo objeto específico es determinar si existe o no contradicción entre la ley y la Constitución –jerárquicamente superior. Por eso, la existencia de esa contradicción conllevará la

¹⁴ En cuanto al Tribunal de garantías constitucionales que recogía nuestra Constitución republicana de 1931, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, *op. cit.*, pág. 59, mantiene que "En España el sistema austríaco acusa su influjo en la Constitución de 1931, aunque con otros, quizá predominantes, procedentes del sistema weimariano". El mismo autor (*ibidem*, pág. 133), afirma que en el Tribunal de garantías constitucionales "influye mucho más el sistema de Weimar que el austríaco". Frente a esta opinión, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, en el estudio que realiza sobre el Tribunal de garantías constitucionales en págs. 301-340, concretamente pág. 335, afirma que "el modelo español es una variante del «sistema europeo» hasta ese momento representado por los modelos checoslovaco y austríaco, y no un *tertium genus* situado en algún lugar del camino entre el sistema americano y el europeo". Por su parte, J. L. CASCAJO CASTRO, "Kelsen y la Constitución española de 1931, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 1, enero-febrero 1978, págs. 243-255, afirmaba (pág. 245) que el punto de influencia más directo de la doctrina de Kelsen en nuestro país es la creación y organización técnica del Tribunal de garantías constitucionales. De la misma opinión es J. OLIVER ARAUJO, el cual, en el estudio que realiza dentro sobre el Tribunal dentro de su obra *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 1991, (véanse págs. 178-248, así como la amplia bibliografía allí citada) afirma (pág. 183) que "La influencia más clara y directa en la constitucionalización del Tribunal de Garantías en el Texto de 1931 hay que buscarla en la doctrina de Hans Kelsen y en la Constitución austríaca de 1920 directamente inspirada en ella." Sin embargo, no es esta la única influencia, ya que, como señala este mismo autor (*ibidem*, pág. 221) la regulación del recurso de inconstitucionalidad en la ley del Tribunal de garantías constitucionales de 1933 supone el paso del modelo austríaco previsto en la Constitución a una mayor influencia del modelo americano. Obras generales, para mayor información sobre el Tribunal de Garantías son las de M. BASSOLS COMA, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, y R. M. RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982.

desaparición de la ley —efectos *erga omnes*—, y no su mera inaplicación a un caso concreto. La decisión de inconstitucionalidad tendría, en este sentido, "fuerza de ley": sería, de hecho, algo parecido a la derogación de la ley, en cuanto que provoca su desaparición, si bien en este caso *la ley inconstitucional no es directamente sustituida por otra, sino que debe ser el legislador quien dicte una nueva norma, de acuerdo con los preceptos constitucionales*. Por eso, aunque pueda hablarse de "fuerza de ley" de las decisiones estimatorias de inconstitucionalidad, no quiere ello decir que éstas tengan exactamente los mismos efectos de las leyes.

Estas cuestiones están relacionadas con el hecho de que, según la propuesta kelseniana, la naturaleza del órgano de control de constitucionalidad de las leyes es *jurisdiccional*¹⁵, pero no le preocupa en exceso que ese órgano sea o no considerado como un auténtico "tribunal"¹⁶, y habla de él como de un "legislador negativo"¹⁷.

¹⁵ H. KELSEN, "Chi deve essere il custode della Costituzione", en *La giustizia costituzionale, op. cit.*, págs. 229-291, concretamente págs. 244 y ss. Asimismo, H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, tomo XLV, 1928, págs. 197-257. Señala aquí (pág. 223) el jurista vienés:

"Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation ses actes inconstitutionnels, c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel".

Versión italiana de este artículo, en H. KELSEN, *La Giustizia costituzionale, op. cit.*, págs. 143-206, con nota de R. CARRÉ DE MALBERG, pág. 215-228. El texto alemán de este artículo de Kelsen se encuentra en "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 5, Berlín y Leipzig, 1929, págs. 31-88.

¹⁶ H. KELSEN, "Chi deve essere il custode della Costituzione", *op. cit.*, pág. 239, donde, respondiendo a las críticas de Carl Schmitt, y refiriéndose al problema de si se está o no ante un auténtico Tribunal, señala: "En el plano de la teoría del derecho, éste es, sin duda, un problema muy importante. Sin embargo, de su solución en un sentido o en otro, no se deriva nada que impida confiar la función indicada a un órgano colegiado, a cuyos miembros les sea garantizada la plena independencia".

Asimismo, H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *op. cit.*, pág. 225, donde, tras señalar que la justicia constitucional no se opone al principio de separación de poderes, quita importancia a la cuestión de si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales es un tribunal, afirmando: "La question de savoir si l'organe appelé à annuler les lois inconstitutionnelles peut être un tribunal est par suite sans portée."

¹⁷ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *op. cit.*, págs. 223-226. Se señala aquí que, aunque desde el punto de vista de la independencia el órgano de control de constitucionalidad aparece organizado como un Tribunal, "un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif". Y ello porque "autant que l'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles" —admite después Kelsen el carácter no absoluto de esta distinción. Entonces, "annuler une loi, c'est poser une norme générale; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa

Si traemos aquí a colación esta problemática, es para explicar el carácter abstracto y los consiguientes efectos *erga omnes* del control concentrado, relacionándolo con el carácter de "legislador negativo" que en la construcción kelseniana acompaña al Tribunal constitucional.

Porque, tal y como estamos viendo, *el carácter de "legislador negativo" que Kelsen atribuye al tribunal constitucional se halla en relación, más que con la posible naturaleza legislativa de la institución, con el carácter abstracto de su actividad y con la concepción kelseniana de la jerarquía normativa*¹⁸.

En efecto, de acuerdo con esta estructura jerárquica, la Constitución regula en sus líneas esenciales la formación de las leyes —no sólo respecto del procedimiento, sino también del contenido—, con lo cual el legislador se encuentra sometido a la norma

confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative".

Tras estas afirmaciones, señala Kelsen (*ibidem*, pág. 225) que la justicia constitucional no está en contradicción con el principio de separación de poderes, sino que es una afirmación del mismo, dada la independencia del Tribunal constitucional respecto de los demás poderes —entre ellos, del Parlamento—, y señala que esa función de "legislación negativa" no es exactamente igual que la función legislativa del Parlamento, sino que cabe realizar una distinción entre la formación de la ley y su anulación. Efectivamente, *"L'annulation d'une loi se produit essentiellement en application des normes de la Constitution. La libre création qui caractérise la législation fait ici presque complètement défaut"*. Quiere decir Kelsen que, si bien el Parlamento, a la hora de legislar, está también vinculado por la Constitución, tanto en cuestiones de procedimiento como de contenido, existe en su labor una nota de libertad creativa, de la que carece el Tribunal constitucional. En la actividad de éste tiene una mayor peso específico la tarea de aplicación de las normas constitucionales que la creación de Derecho: la labor "creadora" del Tribunal se reduce a la interpretación de la norma. Es una nueva configuración del principio de separación de poderes, en la que el juez no es una mera boca que reproduce las palabras de la norma, sino que la interpreta. Pero esta nueva configuración de la separación de poderes no supone una ruptura con el mismo. Sobre la naturaleza y significado del modelo kelseniano de Justicia constitucional puede verse también L. SÁNCHEZ AGESTA, "La justicia constitucional", *op. cit.*, págs. 18-23. Véase también, referido al Tribunal alemán, H. P. SCHNEIDER, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *REDC*, nº 5, mayo-agosto 1982, págs. 35-61.

En definitiva, señala Kelsen (*ibidem*, pág. 226), refiriéndose a la función del *"législateur négatif"*, que *"c'est précisément par là que sa fonction ressemble à celle de tout autre tribunal en général; elle est principalement application, dans une faible mesure seulement création du droit; elle est par suite véritablement juridictionnelle"*.

¹⁸ A esta concepción de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico, se refiere Kelsen, relacionándola con la garantía jurisdiccional de la Constitución, en "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *op. cit.*, especialmente págs. 204 y ss. Al ámbito de la jurisdicción constitucional, y a la explicación del sistema kelseniano de Justicia constitucional, se refiere F. RUBIO LLORENTE, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *op. cit.*, págs. 38-45, poniendo de manifiesto (pág. 40) cómo, en la construcción kelseniana "...ese control no puede ejercerlo el juez como «ejecutor» de la ley y vinculado a ella, sino un órgano distinto cuya naturaleza jurisdiccional no le impide ser realmente legislador, legislador negativo". Tampoco ese carácter de "legislador negativo", en el sentido expuesto, le impide ser un órgano jurisdiccional.

constitucional. A su vez, el juez está vinculado a la ley, y por ello no puede ser él quien la inaplique. Ha de ser un órgano distinto del poder judicial y del Parlamento quien ejerza esa función de controlar, de modo incontestable, la constitucionalidad con efectos *erga omnes*, que permitan la anulación de la norma —o parte de ella— que sea inconstitucional¹⁹.

V

Una vez expuestos los efectos para el caso concreto en el sistema difuso y los efectos generales para todos los poderes públicos y todos los ciudadanos en el sistema concentrado, corresponde ahora estudiar, en ambos modelos, el *alcance temporal* de esos efectos, que también estará relacionado con las características que de cada uno de los dos modelos hemos analizado. Se trata, en definitiva, de estudiar el carácter *ex nunc* (sólo efectos *pro futuro*) o *ex tunc* de la decisión, lo que equivale a preguntarse por el carácter *constitutivo* o *declarativo* del control.

El modelo norteamericano de *control difuso* supone, como ya hemos señalado, que la ley inconstitucional, al ser contraria a una norma que goza de supremacía, es considerada inconstitucional *ab initio*, si bien, como ya sabemos, de acuerdo con el modelo norteamericano puro, la decisión sólo tiene efectos para el caso concreto enjuiciado. El órgano judicial *no anula, sino que declara* la nulidad absoluta, *ex tunc*, preexistente, de la ley inconstitucional²⁰.

Por tanto, la decisión jurisdiccional no tendría aquí la fuerza abrogatoria que veíamos respecto del control concentrado. El órgano judicial no es aquí un "legislador negativo": no puede anular la ley —ya que esa tarea corresponde al poder legislativo—, sino que lo único que puede hacer es *declarar*, poner de manifiesto, una inconstitucionalidad que de hecho ya existe (y, consiguientemente, inaplicar la norma), entendiéndose aquí la inconstitucionalidad como *contradicción con la norma fundamental*. Estamos, por tanto, ante lo que se ha dado en llamar *control declarativo*²¹.

¹⁹ Vid. H. KELSEN, *ibidem*, págs. 199-200, 206 y 223 y ss. así como la explicación del modelo kelseniano que realiza A. TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, *op. cit.*, pág. 200. Según pone aquí de manifiesto este autor,

"La construcción kelseniana comporta una cierta alteración de algunos elementos del régimen demoliberal, según se venía entendiendo éste hasta entonces. En efecto, la soberanía no se residencia ya en el Parlamento sino en el Ordenamiento jurídico, o en el Estado, que para Kelsen son expresiones sinónimas."

²⁰ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, págs. 105 y ss. Se cita aquí a E. S. CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1955, fifth printing 1963, págs. 14 y 48: "*unconstitutional statutes are unconstitutional per se, and not because of any authority attaching to the court that so pronounces them*"; "*when the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress 'void', it ordinarily means void ab initio...*". Es decir, que cuando la norma es inconstitucional lo es por sí misma, es nula desde el principio, y no porque el juez lo diga.

²¹ Así, A. PIZZORUSSO, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", *op. cit.*, págs. 521-522, utiliza esta terminología al señalar que la *judicial review* es, en

Respecto de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad en el sistema de *control concentrado*, cabe afirmar que, en este punto, los actuales modelos de justicia constitucional se apartan del primitivo modelo kelseniano.

De acuerdo con las características que venimos exponiendo de este *modelo primitivo*, el tribunal constitucional, y sólo él, al estar situado aparte del poder judicial ordinario, *puede anular la ley inconstitucional*. Pero, puesto que la ley fue en su momento aprobada por el Parlamento, esa ley *es válida hasta que el tribunal la anula*, de tal modo que *es la decisión del tribunal constitucional*, y no el hecho objetivo de la contradicción entre la Constitución y la ley, la que produce la nulidad de ésta. Es la decisión la que "casa" (*aufhebt*) la ley. Por eso, la decisión del tribunal constitucional tendrá carácter *constitutivo*, y consecuentemente, sus efectos frente a todos sólo tendrán virtualidad *ex nunc*, es decir, *pro futuro* ²².

En efecto, en sus escritos, Kelsen afirmaba que una ley no puede ser nula *ab initio*, y por eso no es posible la nulidad absoluta, sino sólo la anulación. El pronunciamiento de nulidad por parte del sujeto al que el ordenamiento haya otorgado esa competencia —continúa diciendo Kelsen— tendrá naturaleza *constitutiva* y no *declarativa*. El acto es nulo sólo si así lo declara la autoridad competente (y es válido y eficaz hasta que esa autoridad establezca lo contrario). Antes de que esa autoridad intervenga, el acto no es nulo, pues "nulo" significa jurídicamente inexistente; y el acto debe existir jurídicamente para poder ser objeto de juicio por parte de esa autoridad ²³.

síntesis, un sistema difuso, incidental y declarativo, mientras que el modelo kelseniano, en su concepción originaria, se presenta como un control concentrado, principal y constitutivo. (*"In sintesi, il «Judicial Review of Legislation» può definirsi una forma di controllo diffuso, incidentale e dichiarativo, laddove la Verfassungseritchsbarkeit nella sua concezione originaria si presenta invece come un controllo accentrato, principale e costitutivo.*") En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha adoptado, desde 1965, la técnica del *prospective overruling* para que, a efectos de aplicación del fallo, éste sólo tenga efectos *pro futuro*. Véase al respecto E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Un paso importante para el desarrollo de nuestra Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 61, Enero-Marzo 1989, págs. 5-17. concretamente págs. 6.

²² Véase al respecto M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, págs. 106-108. Asimismo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, *op. cit.*, pág. 131, donde se señala que "el vicio de inconstitucionalidad de la Ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho de esta última, sino constitutivo de una simple anulabilidad, anulabilidad que hace de la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer una sentencia constitutiva." Asimismo, F. RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *op. cit.*, págs. 22 y ss. Estudia este autor por separado el modelo austríaco con los modelos europeos actuales (págs. 25 y ss.).

²³ H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *op. cit.*, pág. 190:

"It is not possible to characterize an act which presents itself as a legal act as null a priori (void ab initio). Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable.(...) Since the legal order (...) empowers certain authorities to establish whether an act is null, this establishment always has a constitutive, not a declaratory character. The act is «null» only if the competent authority declares it

Consecuentemente con esta visión, Kelsen propone que la decisión de inconstitucionalidad –y la consiguiente anulación de la norma inconstitucional– tengan, en principio, sólo efectos *pro futuro*.

Sin embargo, si bien Kelsen no admite la nulidad *ab initio*, sí admite ciertos efectos retroactivos para la anulabilidad, señalando que esa cierta retroactividad es necesaria para la estructuración del procedimiento de control de constitucionalidad.

En efecto, si la decisión de inconstitucionalidad tuviera efectos sólo *pro futuro* – es decir, sólo para las relaciones suscitadas tras la publicación de la decisión–, ni siquiera podría inaplicarse en el caso que había provocado la actuación del tribunal constitucional, con lo cual, los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley no tendrían interés en provocar esa intervención. Por eso, Kelsen admite el efecto retroactivo en relación con el caso en cuyo enjuiciamiento se suscitan las dudas sobre la inconstitucionalidad de la ley. Asimismo, admite ese efecto retroactivo en relación con todos los casos anteriores a la anulación que, en el momento de producirse ésta, estén aún pendientes de decisión, ya que, si la sentencia de inconstitucionalidad tuviera sólo efectos *pro futuro*, esos casos, suscitados antes de la anulación, deberían ser resueltos conforme a la ley inconstitucional. Sin embargo –dice Kelsen–, en interés de la certeza del Derecho, los efectos retroactivos no afectarán a las decisiones adoptadas anteriormente a la anulación²⁴.

null. This declaration is an annulment, an invalidation. Before this declaration the act is not null, for being «null» means legally non-existent. And the act must legally exist, if it can be the objet of a judgement by an authority."

Kelsen emplea aquí el término "declarar" en el sentido de fallar, resolver, sobre la anulación de la norma, no tratándose de denunciar una incompatibilidad preexistente entre la ley y la Constitución.

²⁴ H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *op. cit.*, pág. 196:

"This retroactive force, exceptionally granted to the judgement or annulment, was a technical necessity, because without it the authorities charged with the application of the law (that is, the judges or the Supreme Court and of the Administrative Court respectively) would not have had an immediate and consequently sufficiently cogent interest to cause the intervention of the Constitutional Court."

Asimismo, H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *op. cit.*, págs. 242-243:

"En tout cas il serait bon, dans l'intérêt de la même sécurité juridique, de n'attribuer en principe aucun effet rétroactif à l'annulation des normes générales. Du moins en ce sens qu'elle laisserait subsister tous les actes juridiques antérieurement faits sur la base de la norme en question. Mais ce même intérêt ne se rencontre pas pour les faits antérieurs à l'annulation qui n'ont encore fait, au moment où elle se produit, l'objet d'aucune décision d'une autorité publique, et qui, si l'on excluait tout effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, devraient toujours -la norme générale n'étant annulée que pro futuro, c'est-à-dire que pour les faits postérieurs à l'annulation- être jugés d'après elle."

Es por esto que, de acuerdo con la propuesta kelseniana, dado que la ley anulada fue válida hasta el momento de la anulación, ésta no debe tampoco, en principio, llevar consigo la recuperación de la vigencia de aquellas normas que fueron derogadas por aquélla.²⁵

²⁵ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *op. cit.*, págs. 243 y ss.), señala, en relación con las consecuencias del control, que la anulación por parte del Tribunal constitucional de una ley inconstitucional, con los efectos retroactivos limitados que hemos visto, no trae como consecuencia el restablecimiento de la vigencia de las normas que la norma ahora declarada inconstitucional había derogado en su momento. Siendo esto así, continúa Kelsen, a la anulación sigue un vacío jurídico. Para remediar ese vacío propone, como solución, la posibilidad de posponer los efectos anulatorios de la decisión hasta que transcurra un determinado plazo, o bien el que la sentencia de inconstitucionalidad pueda volver a poner en vigor las normas que regulaban la materia con anterioridad a la norma anulada; si bien admite que este poder acentuaría el carácter "legislativo" de la función del Tribunal. Por eso, esta segunda medida no aparece originariamente en la Constitución de 1920, aunque sí se encuentra en la misma tras la reforma de 1929.

Así, en el modelo austríaco de justicia constitucional, la solución que se adopta en relación con los efectos temporales de la sentencia –constitutiva– de inconstitucionalidad, se encuentra –tras la reforma de 1929– en el art. 140, párrafos 5, 6 y 7, de la Constitución. En virtud de estos preceptos, recobran vigencia, por mandato constitucional, las leyes derogadas por la norma inconstitucional, aunque se deja al Tribunal la potestad de disponer lo contrario (párrafo 6). Además, (párrafo 5), y con el fin de que el legislador pueda corregir la inconstitucionalidad de la ley, evitando así el vacío jurídico, el Tribunal puede decidir retardar los efectos de su decisión, hasta un plazo máximo de un año debiéndose especificar en la publicación de la decisión si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal.

El fallo de inconstitucionalidad vincula a todos los tribunales y órganos administrativos, si bien (art. 140, párrafo 7) "se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación –*die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände*–, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes de que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia." (traducción de M. Daranas Peláez, *Las Constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, vol.I, págs. 321-322).

Sin embargo, de todas estas posibilidades, la Constitución de 1920 sólo preveía (art. 140, párrafo 3) la de que el Tribunal fijara un plazo –que no podría exceder de seis meses desde la publicación– para la pérdida de vigencia –*Ausserkrafttreten*– de la ley anulada, si bien la regla general era la entrada en vigor de anulación desde el día de la publicación de la decisión.

Desde la reforma constitucional de 1975, el Tribunal constitucional austríaco puede también establecer efectos retroactivos para sus sentencias (arts. 139.6 y 140.7). Las leyes anteriormente derogadas podrán volver a entrar en vigor, si así lo establece expresamente el Tribunal (art. 140.6 de la Constitución). A. WEBER, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación", *REDC*, nº 17, mayo-agosto 1986, págs. 47-83, en concreto pág. 66, pone de manifiesto que la flexibilidad del sistema austríaco ha supuesto indudables ventajas en la práctica.

Sobre los efectos del control de constitucionalidad en el sistema austríaco, puede verse, además, H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *op. cit.*, especialmente págs. 197 y ss. Asimismo, la reedición de la clásica obra de Ch. EISENMANN, aparecida en 1928, *La Justice*

Como ya adelantábamos, el modelo kelseniano de justicia constitucional ha servido como modelo de los sistemas europeos de control de constitucionalidad. Dejando aparte su influencia en el Tribunal de garantías constitucionales de la II República española, nos interesa sobre todo resaltar su influencia en los tribunales constitucionales establecidos en la segunda posguerra, particularmente en Italia y Alemania, que a su vez habrían de influir en el Tribunal constitucional previsto en la Constitución española de 1978.

Sin embargo, a pesar de esa influencia, puede decirse que estos Tribunales, y en particular el español, *se alejan en alguna medida del modelo kelseniano puro*. No ya solamente por el número de competencias, sino —respecto de lo que aquí nos interesa— por la evolución que se observa en su más genuina atribución: el control de constitucionalidad de las leyes. Por decirlo con mayor precisión, más que alejarse, estos Tribunales *evolucionan*, sin romper con el modelo kelseniano, potenciando una de las vertientes que éste ofrece.

Así, aunque el modelo kelseniano se respeta, entre otros aspectos, conservando el sistema estructural de jurisdicción concentrada y regulando constitucionalmente el Tribunal constitucional *aparte del Poder judicial*, se afirma con mayor claridad en los actuales modelos europeos occidentales el *carácter jurisdiccional*. Si Kelsen se refería al Tribunal constitucional como "legislador negativo" (en el sentido que hemos tratado de esclarecer en páginas anteriores), en los actuales tribunales constitucionales de nuestro entorno, y también en el nuestro, se ha tratado de hacer mayor hincapié en la otra cara que ofrece el modelo kelseniano: la naturaleza jurisdiccional. Se concibe, pues, al tribunal constitucional, como *verdadera jurisdicción*.

Esta concepción es consecuencia de la *influencia ejercida por el modelo norteamericano*, que concibe a la Constitución como norma jurídica suprema, y a la justicia constitucional como verdadera jurisdicción ²⁶.

constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, con prólogo de H. Kelsen a la edición de 1928 y de G. Vedel a la reedición de 1986, París—Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1986, especialmente págs. 221 y siguientes, y apéndice con la versión francesa del texto de la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920, tras la reforma de 30 de julio de 1925. Véase E. ALONSO GARCÍA, "El Tribunal constitucional austríaco", en VV.AA., *El Tribunal constitucional*, vol. I, págs. 411-459. Sobre las últimas reformas de la Constitución austríaca en materia de justicia constitucional, véase la contribución de H. SCHÄFER al Congreso "La reforma constitucional en España", La Rioja, 1992 (próxima publicación en *Revista de Derecho Político*, nº 38).

²⁶ Pueden verse estos planteamientos en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, *op. cit.*, págs. 59 y ss. y 133 y ss. Señala aquí este autor que en la proliferación de Tribunales constitucionales en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, se sigue el modelo de Kelsen, porque "es el modelo que se tiene más a mano ante la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos." Habla de las propuestas de P. Calamandrei en Italia y de H. Nawiasky en Alemania en el sentido de adoptar en estos países el modelo kelseniano puro. "Sin embargo" —continúa García de Enterría—

"una y otra propuesta son rechazadas. No se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la

La influencia norteamericana ha venido a propiciar en el sistema europeo, como más importante consecuencia por lo que aquí nos interesa, una cierta transformación en el carácter del control. Así, si en su concepción original, Kelsen lo concebía como un control de naturaleza *constitutiva*, la evolución experimentada lo convierte en un control *declarativo*.

En efecto, si la Constitución es la norma suprema, y jerárquicamente superior a las leyes (de acuerdo con la concepción kelseniana de la jerarquía normativa), la contradicción entre la Constitución y una ley que se oponga a ella *existe desde el principio*, desde que la ley es aprobada. Y el Tribunal constitucional, en su decisión, *declara* la existencia de esa contradicción, y la consiguiente desaparición del ordenamiento jurídico de la norma contraria. El propio tenor literal de los textos constitucionales apoya estas afirmaciones ²⁷.

Constitución. (...) En este sentido se puede decir que el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos del otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana".

Cita Enterría (*ibidem*, págs. 134-135) a R. DOLZER, *Die staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, 1972, págs. 37 y ss., y a K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band II, págs. 949 y ss. No creemos, por nuestra parte, que el hecho de que los actuales tribunales constitucionales de Europa occidental se aparten en alguna medida del modelo kelseniano puro, permita afirmar que en estos modelos es mayor la influencia del sistema norteamericano que la del kelseniano. Más bien cabe encuadrar este fenómeno dentro de la evolución convergente de ambos modelos.

En cuanto a la regulación de los tribunales constitucionales –de acuerdo con el modelo kelseniano– aparte del poder judicial, ello se observa claramente en las vigentes Constituciones italiana (Título IV, *La Magistratura*, y Título VI, *Garanzie costituzionali*), francesa (Título VIII, *L'Autorité judiciaire*, y Título VII, *Le Conseil Constitutionnel*) y española (Título VI, *Del poder judicial*, y Título IX, *Del Tribunal Constitucional*). Respecto de la Constitución alemana, ésta establece en su art. 92 (dentro del número IX, "La Administración de Justicia" –*Die Rechtsprechung*) que "El Poder judicial (*die rechtsprechende Gewalt*) estará confiado a los jueces (*Richter*), siendo ejercido por el Tribunal constitucional federal (*das Bundesverfassungsgericht*), así como por los Tribunales federales (*Bundesgerichte*) previstos en la presente Ley Fundamental y por los Tribunales (*Gerichte*) de los Länder" (traducción tomada de J. L. CASCAJO CASTRO y M. B. GARCÍA ÁLVAREZ, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1991). Sin embargo, sus competencias y líneas generales sobre su composición y *status* se regulan en los arts. 93 y 94. Esta solución deja claro el carácter jurisdiccional, y al mismo tiempo mantiene la regulación propiamente dicha aparte de la del poder judicial.

²⁷ Así, por ejemplo, el art. 136.1 de la Constitución italiana: "*Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*". También el art. 62.1 de la Constitución francesa –con peculiaridades respecto de los efectos, relacionadas con el carácter preventivo del control, que tendremos ocasión de ver– recoge esta terminología: "*Une disposition déclarée inconstitutionnel ne peut être promulguée ni mise en application*". Por su parte, la Constitución alemana (art. 93.1.2), al establecer las competencias del Tribunal Constitucional Federal, señala que entre ellas está el conocer de "las diferencias de opinión o dudas (*bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln...*)"

Así, la pérdida de vigencia de la ley inconstitucional no se produce *por obra* de la decisión del Tribunal constitucional, sino por el hecho de la contradicción entre la ley y la Constitución, contradicción que en un momento dado pone de manifiesto, *declara*, el Tribunal, con los consiguientes efectos para la ley. No estamos, entonces, ante sentencias que *anulan* una ley, sino ante sentencias que *ponen de manifiesto la nulidad radical de la ley*.

Parece contradecir estas ideas el hecho de que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad sean, en principio, sólo *pro futuro* (aunque con la excepción consistente en la inaplicación de la ley al caso que haya provocado el control y a los supuestos aún no juzgados, tal y como proponía el sistema kelseniano puro).

La solución que los distintos ordenamientos ofrecen al problema de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad, y algunas referencias a la doctrina que

relativas a la compatibilidad formal y sustantiva de la legislación federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental..." (traducción: J. L. CASCAJO CASTRO y M. B. GARCÍA ÁLVAREZ, *Constituciones extranjeras contemporáneas, op. cit.*). De este precepto se extrae ya que la compatibilidad o incompatibilidad es algo preexistente, sobre lo que el Tribunal se pronuncia. Más explícito es el art. 79.1 de la ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal constitucional federal, el cual se refería, antes de su reforma en 1970, a "las decisiones fundadas sobre una norma *declarada nula...*" ("*für nichtig erklärten Norm...*").

También la Constitución española emplea esta expresión, por ejemplo, en el art. 161.1.a) ("...La declaración de inconstitucionalidad..."), o en el 164.1 ("...Las [sentencias] que declaren la inconstitucionalidad de la ley..."). Por su parte, el art. 39.1 de la Ley orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal constitucional, establece que "Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...". Parece claro que se trata de la declaración de una incompatibilidad preexistente. Así, la consecuencia de la inconstitucionalidad *declarada* por el Tribunal es la nulidad, no la anulación por el Tribunal. El carácter declarativo de las decisiones de inconstitucionalidad se deduce también por el tenor, además de por el contenido, de los arts. 39.2 y 40.1 LOTC.

Defiende la teoría contraria (según la cual la sentencia no pone de manifiesto una nulidad radical de la ley, sino que la anula) B. J. SCHNEIDER, *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt del Main, 1988. Véase reseña por M. A. AHUMADA RUIZ en *REDC*, nº 29, mayo-agosto 1990, págs. 396-398. *Idem* respecto de la obra de P. E. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos, Baden-Baden, 1988 (*REDC*, nº 30, septiembre-diciembre 1990, págs. 246-247). Según se pone de manifiesto en estos comentarios, el *BVerfG* utiliza la expresión "declaración de incompatibilidad" (*Unvereinbarerklärung*) para poder reaccionar frente a la norma inconstitucional con más flexibilidad de la que le permitía el principio general que impone la consecuencia de la nulidad *ipso iure* de la ley inconstitucional. Aparte de los problemas que ha creado esta figura de creación jurisprudencial, cabe decir que, en nuestra opinión, esta denominación no hace sino reafirmar el carácter declarativo del control, y los postulados que aquí venimos manteniendo. La ley incompatible con la Constitución es nula; cuestión distinta será la de los efectos que, por diversas razones, se quiera dar al fallo del tribunal. Respecto de esos efectos, véase A. RUGGERI, "Vacatio sententiae, «retroattività parziale» e nuovi tipi di pronuncia della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, fascículo 5, 1988, págs. 924-940.

se ha elaborado sobre los efectos retroactivos de esas decisiones, servirán para aclarar la cuestión ²⁸.

En el *Derecho italiano*, las decisiones de inconstitucionalidad dictadas por la *Corte Costituzionale* tienen eficacia *erga omnes* y, en principio, solamente *pro futuro*. En este sentido, el artículo 136 de la Constitución establece como efecto de la decisión de la *Corte* la cesación de la eficacia de la norma *desde el día siguiente al de la publicación de la resolución*. Así, en puridad, esa pérdida de vigencia de la ley sólo afectaría a las relaciones que surgieran tras la publicación de la decisión, y no para las relaciones surgidas anteriormente, entre las cuales estaría el caso que dio lugar al proceso de inconstitucionalidad. Pero esta interpretación, que encajaría en un sistema de control abstracto promovido *de oficio*, desinteresadamente, por determinados órganos, no sería lógica ni coherente con el mecanismo incidental previsto en el artículo 1 de la Ley constitucional nº 1 de 1948, pues aquí el control se promueve por el interés que presenta la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley para la resolución de un caso concreto. Si una ley declarada inconstitucional pudiera aplicarse en el incidente en que se suscitó la duda sobre la constitucionalidad de la ley, ni el juez ni las partes en ese juicio *a quo* tendrían interés en promover el proceso ante la *Corte*. Por eso, el efecto retroactivo respecto del juicio *a quo* es algo necesario y lógico: resultaría contradictorio que la ley declarada inconstitucional pudiera seguir aplicándose.

Por eso, la Ley de 11 de marzo de 1953, nº 87, en su artículo 30.3 establece que, desde el día siguiente a la publicación de la sentencia, la ley declarada inconstitucional ya no puede ser aplicada ("*non può più avere applicazione*").

Con ello queda claro, además, que la ley declarada inconstitucional no sólo se inaplicará en el juicio *a quo* en el que se suscitó el incidente de inconstitucionalidad, sino que se rebasa ese límite, *extendiéndose el efecto retroactivo* de la decisión (en aras del principio de igualdad) a todos aquellos procesos pendientes en que se juzgue de situaciones anteriores a la sentencia (*rapporti pendenti*); es decir, que esos efectos retroactivos afectarán a todo lo que no sean *rapporti esauriti*, procesos terminados por sentencia firme con *forza di giudicato* ²⁹.

²⁸ Véase, con carácter general sobre esta cuestión, F. RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *op. cit.*, págs. 42 y ss.

²⁹ Pueden verse estos planteamientos en G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, especialmente en págs. 259-269. Véase, asimismo, el comentario al art. 136 de la Constitución italiana, en G. PESCATORE, F. FELICETTI y G. MARZIALE, *Costituzione e leggi sul processo costituzionale e sui referendum*, Milán, Giuffrè, 1984, págs. 814 y ss., especialmente pág. 818, donde se cita abundante jurisprudencia sobre los efectos *ex tunc*, sobre "*rapporti non ancora esauriti*", de la decisión de inconstitucionalidad. Véase, igualmente, A. PIZZORUSSO, comentario al art. 136 en A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO Y R. MORETTI, *Garanzie costituzionali, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bolonia-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1981, págs. 183 y ss., especialmente pág. 184. Para mayor profundización en el tema, pueden verse las numerosas aportaciones de la doctrina, sobre todo italiana, reunidas en VV. AA. *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale, anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milán, Giuffrè, 1989. Asimismo, véase el nº I correspondiente a 1989 de *Quaderni costituzionali*, dedicado con carácter monográfico a *Corte costituzionale: l'efficacia temporale delle sentenze*, que recoge parcialmente esas contribuciones.

Vemos, pues, que el límite está en que no podrán removerse situaciones *esaurite*, "agotadas", no susceptibles de variación. Y puede decirse que ese límite existe por razones de *seguridad jurídica* (ya adelantadas por el propio Kelsen). En efecto, si no se pusiera ningún límite a los efectos *ex tunc* de la decisión, no sólo habría que remover los casos cerrados, sino que además tendría lugar la recuperación de la vigencia de las leyes derogadas por la ahora declarada inconstitucional, volviendo así a tener vigente un derecho que en su momento ya había sido necesario sustituir, y que, por eso, difícilmente se adaptará a las nuevas circunstancias.

Pero, aunque estas razones aconsejen este límite, la supremacía de la Constitución conduce a la afirmación de que la sentencia tiene un carácter declarativo. La ley se opone a la Constitución desde el principio, y no desde que el juez constitucional lo pone de manifiesto. La inconstitucionalidad surge desde que hay contradicción con la Constitución; como dice G. Zagrebelsky, los efectos derivan *ipso iure* de la norma constitucional³⁰.

En *Alemania*, es aún más clara la intención de que las decisiones de inconstitucionalidad no desplieguen eficacia sólo *pro futuro*: se trata de una eficacia retroactiva, *ex tunc*, siendo la inconstitucionalidad causa de auténtica nulidad, con la consiguiente ineficacia *ipso iure* de la ley. El Tribunal Constitucional Federal, según se desprende del tenor del artículo 93.1.2 de la Constitución, resolverá la duda sobre la compatibilidad o incompatibilidad (que ya existirá en cualquier caso) entre la Ley y la Constitución. El artículo 79 de la Ley de 1951 sobre el Tribunal Constitucional Federal prevé efectos *ex tunc* para las sentencias de inconstitucionalidad. Sin embargo, también por razones de seguridad jurídica, y para evitar los inconvenientes de un efecto retroactivo ilimitado, se introducen algunas correcciones, tales como la limitación que suponen los casos concluidos por sentencia firme, o los supuestos en que el Tribunal constitucional puede dictar declaraciones de inconstitucionalidad no acompañadas de

³⁰ Si bien G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 266, señala que los efectos sobre el pasado –asuntos no cerrados– tendrían una naturaleza procesal, hay que afirmar que esos efectos, esa inaplicabilidad a los casos pendientes, son algo más que una mera consecuencia procesal, pues proceden de la contradicción misma con la Constitución. Este mismo autor (pág. 259) afirma: "*Le conseguenze modificative dell'ordinamento giuridico discendono dunque ipso iure dalla norma costituzionale, sulla base de la dichiarazione d'incostituzionalità assunta come fatto giuridico, non sono invece l'effetto di una decisione contenuta in essa*". (Las consecuencias modificativas del ordenamiento jurídico descienden, por tanto, *ipso iure* de la norma constitucional, sobre la base de la declaración de inconstitucionalidad, asumida como hecho jurídico; no son, sin embargo, el efecto de una decisión contenida en ésta). Además, señala este autor (pág. 260), a la vista del art. 136 de la Constitución, no serían admisibles decisiones declarativas de inconstitucionalidad de la ley a las que no siga automáticamente la pérdida de vigencia de ésta; igualmente, serían inconstitucionales medidas legislativas particulares tendentes a suspender los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad o a prorrogar la eficacia de la ley declarada inconstitucional.

En suma, el art. 136 de la Constitución alude al carácter declarativo del control. Y, por si de este precepto no se dedujera claramente el carácter retroactivo del fallo a las situaciones aún no agotadas, la cuestión queda aclarada relacionando este precepto con los arts. 1 de la Ley constitucional nº 1 de 1948 y 30.2 de la ley nº 87 de 1953.

declaración de nulidad, a fin de producir una eficacia *ex nunc*, con prohibición de aplicación ³¹.

También Portugal establece una eficacia *ex tunc*, siendo revisables las sentencias firmes que hayan conllevado algún tipo de sanción ³².

En Francia, estos problemas no se plantean, dado el carácter preventivo del control. Así, según el artículo 62 de la Constitución francesa, una disposición declarada inconstitucional no podrá ser promulgada ni puesta en vigor. Este sistema permite afirmar el carácter declarativo del control (se pone de manifiesto una incompatibilidad entre ley y Constitución que ya existe desde la aprobación de aquella), y proporciona un máximo de seguridad jurídica, sin necesidad de recurrir a limitaciones, y sin dar lugar a que existan, como puede suceder en Italia, Alemania, Portugal o España, aplicaciones de la ley inconstitucional en procesos que concluyen en sentencia firme, con lo que se convierten en irrevisables ³³.

³¹ Por ejemplo, el párrafo 79.1 de la ley de 12 de marzo de 1951, sobre el Tribunal constitucional federal, establecía que, a excepción de los juicios en materia penal que pueden dar lugar a una reapertura del proceso, las decisiones que se apoyen en una norma declarada nula, pero que pueden ser objeto de contestación, subsisten: "*Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer Gemäß 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig*". Se han introducido posteriormente en este precepto, por reforma de 1970, correcciones a la retroactividad, pero obedeciendo a razones de seguridad jurídica, sin perjuicio del carácter declarativo del control. Véase A. WEBER, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación", *op. cit.*, pág. 66, donde se recogen estos planteamientos, se cita otra bibliografía alemana, y se habla de la "vacilante práctica decisoria del Tribunal Constitucional federal".

En el carácter declarativo del control coincide también K. SCHLAICH, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *Quaderni Costituzionali*, año II, n° 3, diciembre 1982, págs. 557-592, concretamente págs. 574 y ss. Señala este autor que el Tribunal no puede ni derogar ni abrogar: una ley inconstitucional es nula, no anulable. Se remite a los párrafos 78.1, 82.1 y 95.III.1 de la citada Ley sobre el Tribunal Constitucional. Desde la reforma de 1970, la ley (párrafos 31.II.2-3 y 79.1, que introducen factores correctores a los efectos *ex tunc*).

En cuanto a bibliografía no alemana, véase, por ejemplo, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, pág. 110, y L. FAVOREU, *Les Cours Constitutionnelles*, París, PUF, 1986, pág. 65. Asimismo, Jean-Claude BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1982, especialmente págs. 165 y ss.

³² Si bien el párrafo 1 del art. 282 de la Constitución portuguesa tras la revisión de 1989, establece la nulidad con efectos *ex tunc*, y el restablecimiento de la vigencia de las leyes derogadas por la inconstitucional, el art. 282.4 de la Constitución portuguesa: "*Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade, ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n° 1 e 2*".

³³ Bástenos aquí—in perjuicio del estudio sobre estas cuestiones en trabajos de próxima publicación— remitirnos al art. 62 de la Constitución francesa (véase su texto en nota 27). Véase también L. FAVOREU y L. PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, París, PUF, 4ª edición, 1988, especialmente págs. 68 y ss. (Existe 5ª edición, 1992).

Respecto de España, puede afirmarse también el carácter declarativo del control, de acuerdo con los artículos 161.1.a) y 164.1 de la Constitución y 39 y 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. De acuerdo con esa naturaleza, y como se desprende de los preceptos citados, la decisión de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, si bien éstos encuentran un límite en las sentencias que en su momento aplicaron la ley declarada inconstitucional, y que ya gocen de valor de cosa juzgada. Incluso en este caso son posibles los efectos retroactivos de acuerdo en los supuestos del artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Ello nos permite afirmar de nuevo que los límites puestos a los efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad obedecen más a razones de seguridad jurídica que a una concepción constitutiva del control. El control no puede considerarse constitutivo por el hecho de que sea la declaración de inconstitucionalidad la que suponga una incidencia en el Ordenamiento. La contradicción con la ley existe desde el principio, y lo que el Tribunal hace es declarar esa inconstitucionalidad³⁴.

Por otra parte, las decisiones del *Conseil* son declaraciones de conformidad o de no conformidad, aunque habitualmente emplee la expresión "*décide*". La expresión "*déclare*" se utiliza, por ejemplo, en la decisión de 30 diciembre 1976.

³⁴ En efecto, el art. 40.1 LOTC establece una excepción a la imposibilidad de revisar, ante una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que la ley inconstitucional se hubiera aplicado. Esa excepción se producirá "en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad."

Del tema se ha ocupado también, comentando la STC 45/1989 de 20 de febrero, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Un paso importante para el desarrollo de nuestra Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *op. cit.* Refleja aquí este autor cómo la citada sentencia (sobre la inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en relación con la unidad familiar matrimonial) despliega una eficacia "*pro futuro*" (ver fundamento jurídico 11), siendo la primera sentencia que acoge con plena consciencia la doctrina de la llamada por el Tribunal supremo norteamericano "prospectividad" del fallo. En cualquier caso, creemos, no se puede negar el carácter declarativo del control, por el hecho de la aceptación por nuestro Tribunal constitucional de la doctrina prospectiva, pues, como señala E. García de Enterría (*ibidem*, pág. 11), el Tribunal supremo norteamericano, y, siguiéndole, el Tribunal español, "han renunciado a buscar una explicación en una construcción abstracta y se han remitido directamente a una estimación ponderada, según las circunstancias de cada caso, de las consecuencias indeseables de la retroactividad."

Nuestro Tribunal constitucional ha afirmado la inconstitucionalidad *ab initio* en la sentencia 14/1981, de 29 de abril, si bien en la sentencia 45/1989, de 20 de febrero parece abrir la posibilidad de dejar en manos del Tribunal la determinación de los efectos temporales de las decisiones, argumentando que la nulidad no tiene el mismo significado en todos los órdenes. El tema se halla también relacionado con los efectos espaciales. Así, por ejemplo, en el supuesto de que una ley de las Cortes Generales invada competencias sólo respecto de algunas Comunidades Autónomas, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos sólo respecto de esas comunidades, permaneciendo en el Ordenamiento (sentencia 80/1985, de 5 de julio). Ello, sin embargo, no viene a desmentir el carácter declarativo del fallo. Aunque sólo

VI

El estudio de los rasgos diferenciales de los modelos difuso y concentrado de control de constitucionalidad nos ha permitido resaltar y conocer mejor algunas características de nuestro propio modelo. En cualquier caso, toda la problemática aquí tratada nos muestra una *interacción* entre los sistemas norteamericano y kelseniano-europeo, que ha motivado el que ya no se pueda hablar en la actualidad de la existencia de un sistema que recoja alguno de estos modelos en su estado puro. Como hemos podido ver, las peculiaridades de cada país influyen a la hora de configurar el sistema de justicia constitucional. Como consecuencia de ello, se habla de una *tendencia al acercamiento* entre ambos modelos, que se materializa en una serie de rasgos: desde la introducción de la vía incidental en los sistemas europeos (que no es, sin embargo, una forma de control difuso equiparable a la norteamericana, por corresponder la decisión última al Tribunal constitucional), hasta la aplicación en el sistema norteamericano de la vinculatoriedad del precedente (principio *stare decisis*) o la eficacia *pro futuro* de las decisiones (*prospective overruling*)³⁵.

En definitiva, puede decirse que esa tendencia al acercamiento entre los dos modelos, está propiciada por el hecho de que, ya desde el principio ambos tenían sus

sea respecto de determinadas comunidades, la contradicción con el texto constitucional existía desde el principio.

Véase sobre esta problemática A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 3ª ed., 1992, vol. 1, págs. 217 y ss.

³⁵ Nos remitimos a la nota 5, donde se proporciona la referencia a algunas obras que se refieren a esta tendencia. E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional*, op. cit., pág. 274, habla de "una especie de simbiosis entre el sistema austríaco y el norteamericano, aunque con preponderancia de los elementos de aquél." Por su parte, A. TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, op. cit., pág. 200, habla de una "evolución convergente de los dos modelos". Así, el sistema norteamericano, que respondía a las necesidades del federalismo, evolucionó hacia la protección de los derechos y libertades; mientras que —continúa este autor— "El sistema kelseniano quebró parcialmente con la reforma de la Constitución austríaca (1929), dando entrada al recurso indirecto de inconstitucionalidad", separándose más aún de ese modelo kelseniano la Constitución de 1931. En opinión contraria a Álvarez Conde, señala que en Italia, Alemania y España "a pesar de la aparente contradicción de la jurisdicción, hay acado tantos elementos del modelo americano como del kelseniano. Así, pues, en general, puede hablarse de una cierta convergencia entre ambos, más por aproximación del kelseniano al estadounidense que viceversa."

Véase también F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, op. cit., págs. 1048-1049, que habla de un proceso de progresiva fusión de ambos sistemas. Como ejemplo, la función de la regla *stare decisis* en el modelo norteamericano, y el carácter interpretativo de algunas decisiones de los tribunales europeos, que, en la práctica, puede dar lugar a la eficacia del precedente.

Sin entrar en las demás competencias asumidas por los Tribunales constitucionales, ni tampoco a valorar cuál de los dos sistemas ha aportado más elementos, podemos afirmar que el modelo de Justicia constitucional al que responden los actuales Tribunales constitucionales europeos es el fruto de un acercamiento entre los sistemas norteamericano y austríaco, que ha dado como resultado un control de carácter declarativo, estructuralmente organizado como un control concentrado.

puntos en común. En efecto, es fácilmente conciliable el carácter de norma suprema que desde Estados Unidos se predica de la Constitución, con la concepción kelseniana de la jerarquía normativa. Y también lo es la combinación del carácter jurisdiccional del control norteamericano con el carácter de "legislador negativo de naturaleza jurisdiccional" del tribunal constitucional kelseniano, carácter que, como hemos visto, está, a su vez, relacionado con la idea de jerarquía normativa.

León, noviembre de 1993