

UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

A CONCEPTUAL APPROACH TO JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY

Rodrigo BRITO MELGAREJO*

RESUMEN: Este artículo tiene como fin ofrecer un marco teórico para el análisis de los principales elementos del concepto de control jurisdiccional de constitucionalidad. A través del examen de términos como *constitucionalidad*, *jurisdicción* y *control*, el autor propone una serie de reflexiones sobre la importancia de un estudio teórico de este mecanismo para determinar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad.

ABSTRACT: This article aims to offer a theoretical framework that analyses the main elements of the concept of judicial review. Through the examination of terms like *constitutionality*, *jurisdiction* and *control*, the author puts forward a series of reflections about the importance of a theoretic study of this mechanism to adjudicate the constitutionality of the laws and acts of the authorities.

PALABRAS CLAVE: Control de constitucionalidad, jurisdicción, constitucionalidad, control.

KEYWORDS: Judicial Review, Jurisdiction, Constitutionality, Control.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia. Contacto: r.brito@me.com

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de constitucionalidad*. III. *El concepto de control*. A) *Finalidad del control*. B) *Estructura del control*. C) *Objeto del control*. IV. *Una primera definición (teórica) de control*. V. *¿Un concepto “adecuado” de control?* VI. *El control en el Estado constitucional*. VII. *Controles institucionalizados*. VIII. *El control jurisdiccional de constitucionalidad*.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico existen temas y conceptos que llaman la atención por sí mismos y que aparecen recurrentemente en las discusiones académicas. A ellos se dedica gran cantidad de tiempo en aulas, auditorios y en el foro, pero generalmente parecen tan naturales que en ocasiones se olvida abordarlos con mayor profundidad desde el punto de vista teórico y conceptual. Uno de estos temas es el control jurisdiccional de constitucionalidad, que al tener un amplio espectro de aplicación práctica, muchas veces no es tratado desde la perspectiva que puede ofrecer la teoría. Es por ello que en las páginas que siguen se ofrecerá un acercamiento conceptual al control jurisdiccional de constitucionalidad partiendo de elementos teóricos a través de los cuales pueda formarse un bagaje teórico sobre este tipo de control. Para ello se hará un análisis sobre la noción de constitucionalidad que prevalece entre la doctrina, se abordará el concepto de control, así como su finalidad, estructura y objeto, finalmente, después de hacer un análisis teórico de la idea de jurisdicción, se ofrece una aproximación conceptual sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad.

II. LA NOCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

El término constitucionalidad puede ser entendido en una primera aproximación como la calidad de constitucional.¹ Si se parte de esta idea, es preciso mencionar que la noción de constitucionalidad puede considerarse desde dos puntos de vista: por un lado, es posible asumirla como una *técnica*, referida concretamente a los actos de los poderes públicos que *deben estar de acuerdo o encontrar su fundamento* en la Constitución; mientras que también, considerada en un sentido más general, puede aludir a la conformidad

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, t. I, p. 549.

con la Constitución de cualquier acto, *emane o no de una autoridad*.² Ambos puntos de vista ofrecen la idea de que por constitucionalidad debe entenderse la conformidad con la Constitución de cualquier tipo de acto. Ahora bien, si se considera que la Constitución está dotada de fuerza normativa y eficacia directa, el ámbito de la noción de constitucionalidad puede restringirse. Considerando estos dos factores, se entenderá por constitucionalidad el que todos los operadores jurídicos tomen a la Constitución como premisa en su actuar. Esto conlleva la necesidad que tienen de analizar la conformidad de la ley a la Constitución, aplicarla para la determinación de situaciones jurídicas e interpretar el ordenamiento conforme a ella.

Desde luego esta idea implica considerar que un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas en el que no existe una jerarquía. Por el contrario, la noción de constitucionalidad está relacionada directamente con la estructura jerárquica que rige el orden jurídico a través del posicionamiento de las normas que lo conforman en estratos superpuestos. Esta jerarquía permite asignar rangos distintos a las normas cuya consecuencia, en caso de contraposición normativa, será la derogación de aquella norma inferior que se encuentre en contradicción con la superior.³ Por lo tanto, si se toma en cuenta la posición de la Constitución en el vértice del ordenamiento normativo, la constitucionalidad de las leyes deberá ser entendida como la conformidad de todas las leyes que integran el ordenamiento jurídico de un determinado Estado a la Constitución que lo rige.

Esta idea puede ser extendida al ámbito de los actos de la autoridad sin mayores problemas. Dado que en un Estado de derecho los actos de las autoridades públicas deben encontrar su fundamento en una norma jurídica, puede afirmarse tranquilamente que todo acto de la autoridad que encuentre fundamento en una norma que entre en conflicto con otra de rango superior será inválido. Consecuentemente, tomando la supremacía constitucional como presupuesto, la constitucionalidad de los actos de la autoridad implica que absolutamente todos los actos que llevan a cabo las autoridades públicas de un Estado, para ser válidos, deberán ser conformes a la Constitución.

Esta noción de constitucionalidad será nuestro punto de partida; sin embargo, no puede pasarse por alto que cada día se extiende en mayor medida

² Cfr. ARTEAGA, NAVA, Elisur y TRIGUEROS GAISMAN, Laura, *Diccionarios Jurídicos Temáticos*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2000, t. 2, p. 15.

³ La derogación debe ser entendida aquí como principio interpretativo que produce la no aplicación de la norma en caso de conflicto normativo. Véase Díez PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 122 y ss.

y cobra más fuerza la idea de hacer posible que los órganos jurisdiccionales que conocen de procesos constitucionales puedan determinar la constitucionalidad de los actos de los particulares en sus relaciones *inter privatos* constatando el efecto frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)⁴ o permitiendo de manera implícita o explícita el amparo contra actos de particulares⁵ cuyas exteriorizaciones no responden a las manifestaciones y dimensiones de los actos de autoridad.

III. EL CONCEPTO DE CONTROL

La palabra control en el sentido que aquí interesa, de acuerdo a lo que señala el Diccionario de la Real Academia Española, puede identificarse con “comprobación”, “inspección”, “fiscalización”, o “regulación sobre un sistema”.⁶ Estas acepciones, sin embargo, ofrecen sólo una vaga idea de lo que debe considerarse como control. Se hace necesario entonces profundizar más al

⁴Véase por ejemplo la sentencia que recayó al caso *Lüth-Urteil* del Tribunal Constitucional Federal Alemán que, actuando sin sujetarse al texto literal del artículo 19-4 de la Ley Fundamental (“Todo el que se vea lesionado en su derecho por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial”), se vio obligado a fallar sobre la base del sistema de valores incluido en sus normas constitutivas. Asimismo, se remite a las sentencias 5/1981, 2/1982, 78/1982 y 56/1995 del Tribunal Constitucional Español. Sobre el tema véase también SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez-Fundación Konrad Adenauer, 2003; GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, así como ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁵Entre los primeros figuran, por ejemplo, El Salvador (art. 247), Costa Rica (art. 48), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183) y entre los países que lo contemplan de manera explícita pueden mencionarse Bolivia (art. 19), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), Paraguay (art. 134) y Perú (art. 200). Al respecto puede verse VALADÉS, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, VON BOGDANDY, Armin et al. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, t. 1, 2010, pp. 600 y ss. Sobre la acción de tutela contra particulares en Colombia véase: CASASOLA MENDOZA, Alberto, *La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006. Reporte disponible en: www.scjn.gob.mx.

⁶REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., pp. 561-562.

respecto para tener la posibilidad, posteriormente, de encontrar los elementos que caracterizan al control jurisdiccional de constitucionalidad.

La palabra “control”, como señala Manuel Aragón, proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, que pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), cuyo significado, literalmente, es “contra-libro”, es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros.⁷ El término, después de afianzarse en Francia, se generalizó poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés *control* se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, idioma en que el término suele restringirse más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (*kontrolle*), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”.⁸

Las variadas implicaciones que conlleva el control en su noción general, hacen evidente que esta figura puede ser orientada en cualquier dirección y servir a diversos fines. El control puede considerarse un “momento operativo” o el “momento lógico” de una actividad de mayores dimensiones y pue-

⁷ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, IJ-UNAM, pp. 120 y ss. En el mismo sentido se pronuncia Massimo Severo Giannini, quien señala que “Non è privo di interesse rilevare che ‘controllo’ nacque come vocabolo se non proprio strettamente giuridico, quantomeno di scienza dell’amministrazione, essendo noto che era il nome di ciò che, in termini moderni, chiameremmo il registro di riscontro (contra rotolum): di dati tributari, contabili, di elenchi di prestazioni di opere, di inventari, e così via. È uno dei non frequenti casi in cui nozioni nate nella pratica amministrativa si diffondano altrove”, véase “Controllo: nozioni e problemi”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. II, 1974, p. 1264. Véase también SALVI, Luciano, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 3 y 4.

⁸*Ibidem*, p. 121. Al referirse a la aceptación del término en la lengua castellana, Guillermo Cabanellas señala que “hasta 1961, y probablemente por el empleo masivo del vocablo desde la Guerra de España y la ulterior y permanente invasión de turistas, la Academia se resistió a admitir esta ‘*entente cordiale*’, por galicismo y anglicismo a la vez, contra el español, fruto del prurito exportador en lo idiomático de ingleses, yanquis y franceses”. Véase *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 14a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1979, p. 362.

de expresarse en un acto autónomo en cuanto persigue una finalidad propia.⁹ En su acepción lógico-filosófica, la voz “control” puede implicar un aspecto del comportamiento humano necesariamente secundario y accesorio, que está dirigido a revisar, reexaminar, comprobar o verificar una actividad de carácter primario o principal.¹⁰ De esta última definición derivan diversas manifestaciones de la noción de control a las que no es necesario referirse; sin embargo, estas consideraciones evidencian que la excesiva elasticidad de significado que es propia de este término hace difícil también su determinación científica en el ámbito jurídico.

Dadas las dificultades que esta elasticidad implica, para ofrecer un concepto de control es necesario partir de algunas premisas. La primera es que el problema de asociar un nombre a cada “cosa” (en el sentido más amplio del término) naturalmente compete también a las ciencias sociales y, dentro de ellas, al derecho y a quienes a él se dedican (o por lo menos, como señala Scarpelli, a quienes no consideran los temas del lenguaje “elegancia superflua y nociva”). Este punto de partida, que podría parecer perogrullo, es importante por ciertas peculiaridades que presenta la ciencia jurídica y que deben ser tomadas en cuenta. Y es que un análisis de los conceptos jurídicos desde el punto de vista teórico, si pretende ser adecuado, no puede pasar por alto la carga sociocultural del lenguaje en que se desarrolla. El teórico del derecho se expresa a través de las palabras y, consciente o inconscientemente, el uso que hace de ellas está condicionado por una (precisa o imprecisa) visión del mundo. Por tanto, el lenguaje jurídico debe ser tratado de manera crítica desde una perspectiva empírica y nominalista en la que a los signos y las palabras se les dé un valor de acuerdo con la función que cumplen en la experiencia humana y con relación a los aspectos que se observan en esa experiencia. Tener en cuenta que, como pensaba Wittgenstein en sus últimos escritos, no debe buscarse el referente, sino el uso (y sólo cuando el uso sea referencial debe buscarse el referente), es algo que no puede dejarse de lado si se quieren ofrecer construcciones teóricas en el ámbito jurídico que sean comprensibles.¹¹ Sin embargo, debe también tomarse en cuenta que la construcción o reconstrucción de los conceptos, como en general toda orien-

⁹ GIANNINI, Massimo Severio, “Controllo: nozioni e problemi”, *op. cit.* pp. 1265 y 1266.

¹⁰ BERTI, Giorgio y TUMIATI, Leopoldo, “Controlli amministrativi”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1962, t. x, p. 298.

¹¹ Sobre este planteamiento véase PEGORARO, Lucio, “Forme di governo, definizioni e classificazioni”, en PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (eds.), *Semipresidenzialismi*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 5 y ss.

tación sistemática de la ciencia jurídica, parte en primer lugar de una exigencia teórica que es esencial y que tiene que ver con las categorías que en ella se construyen y que cumplen una función esencialmente cognoscitiva (*ad cognoscendum*), que se lleva a cabo a través de la clasificación y el orden de los datos pertenecientes a la ciencia jurídica. Es por ello que la utilidad práctica y normativa (*ad jubendum*) de las definiciones conceptuales en este ámbito puede, en ocasiones, no apreciarse inmediatamente.¹² Considerando estos dos planteamientos, se ha decidido ofrecer un concepto de control que, partiendo de categorías y elementos teóricos, se concrete en una concepción del control “adecuada” al actual momento histórico.

Son pocas las aproximaciones a una teoría del control en el ámbito jurídico, sin embargo, existen trabajos interesantes (aunque la mayor parte traten el tema desde el punto de vista del derecho administrativo) que deben ser tomados en cuenta. Uno de los autores que aborda sistemáticamente el tema es, en la doctrina italiana, Serio Galeotti, quien ofrece una visión amplia de la teoría del control. Galeotti, a pesar de las contradicciones e imprecisiones en que incurre al referirse a los controles constitucionales,¹³ hace un análisis muy valioso desde el punto de vista de la teoría general.

Después de analizar una gran cantidad de escritos sobre el tema,¹⁴ este autor llega a la conclusión de que en la doctrina se encuentran señalados (o al menos se intuyen) ciertos elementos lógicos del concepto de control, aunque éstos no resulten siempre precisados exactamente, ni se encuentren orgánicamente formulados. Estos elementos son: a) La *finalidad* del control; b) La *estructura* de la actividad de control, y c) El *objeto* del control.¹⁵

¹² Cfr: GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 6.

¹³ Véanse en este sentido los apuntes que realiza Manuel Aragón en *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

¹⁴ Galeotti se refiere a las obras de varios autores, entre los que pueden citarse a Forti, Cammeo, Marchi, Vanni, Fresutti, Gneist, Salvi, Sica, Borsi, Zanobini, Ortolani, Giannini, Guarini, Ferrari, Casulli y Gasparri.

¹⁵ Para llegar a esta conclusión Galeotti señala acertadamente que: “La categoria dei controlli è destinata evidentemente a variare, nell’estensione delle sue figure, in dipendenza della nozione generale di controllo che si assuma. Ma questa scelta non può ritenersi abbandonata all’arbitrio dello studioso; tutte le teorizzazioni dottrinali del concetto di controllo avrebbero allora, nei limiti in cui fossero coerentemente costruite con le premesse liberamente assunte, una pari validità. L’arbitrio del teorizzatore incontra invece i suoi limiti nei dati dell’esperienza giuridica che il concetto mira appunto ad inquadrare. Cosicché avrà titolo (o, meglio, maggior titolo) di validità quel concetto di controllo che sia logicamente

A partir de estos elementos puede ofrecerse una definición teórica de control y obtener algunos corolarios que permitan aclarar su concepto. El tratamiento desde el punto de vista teórico será entonces el primer paso que se dará para ofrecer una visión más o menos clara del concepto de control.

A) *Finalidad del control*

Según una buena parte de la doctrina, la finalidad del control es “asegurar la correspondencia de la actividad controlada a ciertas normas y principios”.¹⁶ Esta descripción del control, aunque es empíricamente verdadera, a decir, de Galeotti no es conceptualmente exacta. Lo que el controlante puede y busca asegurar en principio no es tanto la *correspondencia* del objeto controlado a los principios, normas y valores que tutela, pues muchas veces debe, al ejercer su poder de control, impedir, eliminar o destruir la actividad controlada y es en estos casos en los que la finalidad del control se presenta en su estado puro. Por tanto, el *primum movens* del sujeto controlante no se limita a buscar la “*correspondencia* a”, sino que se extiende a la “*salvaguardia* de” los principios, normas, intereses o, de manera más general, de los valores que debe respetar o en los que se basa institucionalmente, frente a una actividad o hecho que podría infringirlos.¹⁷

Dada la relación directa que existe entre la finalidad del control y la función que cumple, es necesario también hacer algunas consideraciones sobre esta última. Al respecto debe decirse que afirmar (como lo ha hecho la doctrina usualmente) que la función del control es simplemente *corregir* o

capace di abbracciare, nell'estensione più ampia compatibile con la sua logica interna, i fenomeni che tradizionalmente, secondo la convenzione più consolidata del linguaggio della dottrina e degli operatori giuridici, vennero indicati come controllo [...] Muovendo allora dalla piattaforma fornita dalla dottrina tradizionale (che è ancor oggi essenzialmente *la base* del nostro linguaggio convenzionale) traguadata alla luce dell'elaborazione successiva, sembra che il cammino della definizione debba muovere dall'individuazione del fine (che è anche individuazione della funzione) dell'attività di controllo; dalla nozione del fine discenderà poi logicamente quella del mezzo, cioè della struttura essenziale di codesta attività; dopo di ciò sarà necessario proporsi la determinazione dell'oggetto del controllo affinché sia possibile determinare l'ambito dei fenomeni cui il concetto si estende...”; véase GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, pp. 34 y 35.

¹⁶En este sentido véase FORTI, Ugo, “I controlli dell'amministrazione comunale”, en ORLANDO, Vittorio Emanuele (ed.), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Libraia, v. II, 1915, pp. 613 y 614.

¹⁷Cfr. GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, op. cit., p. 43.

rectificar, es correcto sólo parcialmente. Es correcto si se considera que el mecanismo de control (específicamente del control jurídico) está pensado de manera que éste sea idóneo para impedir o, al menos, hacer más difícil que los actos jurídicos anómalos subsistan y operen como si fueran conformes a las normas. Sin embargo, esta afirmación no sería exacta si se asumiera en sentido literal, pues el control no es idóneo por sí mismo para subsanar o corregir el acto objeto de control. La función del control entonces está ligada a la finalidad que éste persigue, esto es, garantizar, frente a la operatividad del objeto sobre el que recae, la integridad de la esfera de valores que tutela, considerando la conformidad o disconformidad del objeto de control con esos valores y, de acuerdo a esta valoración, permitiendo o inhibiendo su operación.¹⁸

B) *Estructura del control*

Si el control tiene como objetivo satisfacer la finalidad que se ha referido, deberá contar con una estructura que, al menos en su esquema abstracto, contenga eventualmente dos elementos: un *juicio* y una *medida* que se ponga en práctica en el caso de que el juicio sobre la conformidad del objeto a los valores que protege el sujeto controlante sea negativo.

El control deberá estructurarse entonces de manera que en él se incluya el poder de juzgar y evaluar la materia controlada para estar en posibilidad de establecer si ésta se adecua a la esfera de valores que el controlante debe preservar. Sobre este punto existe consenso por parte de la doctrina. La discordia, sin embargo, surge respecto a la suficiencia o insuficiencia del juicio para representar por completo la estructura del poder de control.

Al respecto, Galeotti ha señalado que, si se parte de una noción exacta de la finalidad del control, es evidente que el juicio no es siempre suficiente para conformar su estructura. Si es verdad que todo control debe traducirse (también) en un juicio, no es suficiente encontrar en la previsión normativa un juicio que haga posible afirmar que en ella esté contemplada un poder de control. El juicio puede ser sólo un momento preparatorio del control o servir para perfeccionar un número indefinido de actos jurídicos relacionados con éste y, por consiguiente, el juicio no puede equipararse siempre al control. Esto, según Galeotti, porque no es posible identificar al control sólo con la emisión de un juicio, pues éste requiere de una acción sucesiva mediante

¹⁸*Ibidem*, pp. 44 y 45.

la cual la autoridad controlante, en forma total o parcial, intente prevenir o eliminar la conducta o el hecho contrario a los valores que protege el controlante y, cuando esto no sea posible, al menos las consecuencias que implica. Y es que, a decir del jurista italiano, el juicio por sí solo no puede, *ex lege*, producir las modificaciones jurídicas adecuadas (o traducirse en un acto que las produzca) para alcanzar la finalidad del control.¹⁹

Las afirmaciones de Galeotti pueden considerarse correctas sólo de manera parcial, pues es evidente que cuando el juicio de conformidad es negativo, para que la finalidad del control se cumpla será necesario determinar una medida²⁰ que persiga este resultado; sin embargo, no es necesario que esto suceda en todos los casos para que exista un control. La finalidad de esta figura puede cumplirse incluso en aquellos casos en los que no se dé un juicio negativo, dado que aun cuando el resultado es un elemento indispensable del control, este último no puede hacerse gravitar exclusivamente en la existencia de una medida que surja como respuesta a un juicio que no es positivo, es decir, en el momento “admonitorio”, pues eso conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado,

¹⁹*Ibidem*, pp. 46 y ss. Esta última aseveración debe matizarse (Galeotti considera que la medida es *indispensable* para alcanzar la finalidad del control) pues existen casos en que el solo juicio puede cumplir la finalidad que es propia del control.

²⁰Se prefiere usar el término “medida” y no el de “sanción” empleado por Manuel Aragón, porque existen casos (como las decisiones de *incostituzionalità accertata ma non dichiarata* utilizadas por la Corte Constitucional italiana) en los que no se da, en el sentido en que generalmente es usado el término en el ámbito jurídico, una sanción y, sin embargo, en el actuar del sujeto controlante existen elementos (en el ejemplo ofrecido este elemento sería la argumentación empleada por la Corte en la que se evidencia la inconstitucionalidad) que sin duda podrían nombrarse como “medidas”, a través de los cuales se busca concretar la finalidad del control (en muchos casos sin que medie la coacción y a condición de la cooperación del sujeto que lleva a cabo el acto que es objeto del control). El evitar el uso del término sanción también puede verse en Forti, quien se refiere a “manifestación de voluntad” al señalar que el control “consiste in un riesame compiuto da un organo sulla precedente attività di un altro organo al fine di giudicarne la rispondenza a determinate norme. Tale giudizio ‘consecutivo’ e proveniente da un soggetto diverso dal controllato, si estrinseca poi in una *manifestazione di volontà* destinata a produrre effetti giuridici positivi o negativi sulla efficacia dell’attività del soggetto controllato o in qualche caso a tradursi in provvedimenti che toccano la persona del funzionario o influiscono sulla sua qualità di organo” (cursivas nuestras). FORTI, Ugo, “I controlli dell’amministrazione comunale”, *op. cit.*, pp. 608-610.

tesis cuyo solo enunciado ya la hace abiertamente rechazable por no ser comprensiva de la totalidad del fenómeno del control.²¹

Algo que no puede pasarse por alto es que, en ocasiones, el juicio de conformidad puede ejercer un influjo inhibitorio o disuasorio sobre los sujetos que eventualmente se encuentren en una situación semejante a aquella que vive el sujeto cuyo comportamiento o actos son objeto de control y, en estos casos cumplir, *pro futuro*, la finalidad que es propia del control. Piénsese, por ejemplo, en una situación en que el sujeto controlante declara, a través del juicio, la conformidad de un acto a los valores que protege, pero haciendo evidente que la conducta del sujeto que llevó a cabo el acto pudo haber sido contraria a estos valores si hubieran concurrido en su actuar determinadas circunstancias. En este caso, la decisión del sujeto controlante puede disuadir a determinados sujetos de un eventual comportamiento que, de presentarse en los términos señalados a través del juicio de conformidad, sería contrario a los valores protegidos por el controlante y, de esta manera, la finalidad del control se cumpliría.²²

Por tanto, se puede afirmar que el esquema normativo del control deberá incluir, cuando el *juicio* sea negativo, lo que ha sido designado como el *momento admonitorio*²³ del control, es decir, el momento en el que, debido a la contradicción entre el hecho controlado y los valores que protege el controlante, se determina una *medida obstaculizante* del propio hecho (para usar el término más amplio), que en la realidad jurídica podrá asumir diversas formas según el objeto del control y las exigencias operativas de éste.²⁴ En los demás casos, la finalidad del control podrá cumplirse con ciertas medi-

²¹ ARAGÓN, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, t. 1, p. 55.

²² Carla Huerta, en este sentido, señala que la sanción es tan solo una de las facetas del control, pero que no abarca todas las funciones de este instrumento, pues el derecho no puede operar solamente a través del miedo, sino que también debe generar la convicción de que debe ser obedecido. Véase *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2ª ed., México, IJ-UNAM, 2001, p. 38. También, desde esta perspectiva, son importantes los señalamientos de Crick, para quien el control “means influence, not direct power”, véase CRICK, Bernard, *The Reform of Parliament*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1968, p. 80.

²³ Esta expresión es formulada por GIANNINI, Massimo Severo, “Recensione a Salvi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1958.

²⁴ Esta medida, sin embargo, deberá ser proporcionada al fin de tutela propio del control. Véase GALEOTTI, Serio, “Controlli costituzionali”, en *Enciclopedia del Diritto, op. cit.*, pp. 321 y 322.

das (como ocurre, por ejemplo, con las sentencias apelatorias²⁵ en que, por diversas circunstancias, el juicio se impone como positivo) o a través del propio juicio cuando éste tiene efectos inhibitorios o de disuasión.

C) *Objeto del control*

El objeto del control en el ámbito que nos ocupa será cualquier fenómeno jurídico respecto del cual pueda proponerse o subsistir la finalidad típica del control,²⁶ es decir, mantener intactos determinados valores. Por tanto, el objeto de control estará ligado a ciertas eventualidades que pueden presentarse en el actuar jurídicamente calificado. Con mayor precisión, puede decirse que el objeto de control se encontrará en aquellas eventualidades, potenciales o concretas, que deriven de poderes o facultades jurídicas, así

²⁵Estas sentencias, que reciben el nombre de *sentenze di monito* en Italia y *Appellentscheidungen* en Alemania, se caracterizan porque dirigen recomendaciones al legislador sobre cómo debe legislar una determinada materia o cuándo debe hacerlo de manera que se repare una inconstitucionalidad que no ha sido declarada porque las consecuencias de esa declaración podrían incurrir en una “mayor inconstitucionalidad” o implicar graves consecuencias para el interés público.

²⁶Al respecto Galeotti señala que: “Il carattere *giuridico* del controllo non si può far discendere solo dalla circostanza della predisposizione normativa di questo perché, ad esempio, anche un collaudo, una verifica contabile, una superperizia, in quanto predisposti direttamente o indirettamente dall’ordinamento giuridico, debbono, a questa stregua e in questo senso, dirsi controlli giuridici (mentre appunto si tratta di intendere la differenza che separa un controllo tecnico, poniamo medico, predisposto o previsto dalla legge, ed un controllo su di un atto legislativo, amministrativo, ecc.; entrambi sono controlli predisposti dall’ordinamento giuridico (e in tal senso entrambi sono giuridici) ma l’uno rimane un controllo medico, dal diritto stesso assunto e qualificato come di tal natura, gli altri sono controlli squisitamente giuridici. Il carattere giuridico del controllo neppure, propriamente, si rileva dalla natura dei criteri in base ai quali si conduce il giudizio, che è implicazione essenziale di ogni attività di controllo, perché, a questa stregua, soli casi di controllo giuridico sarebbero quelli che si conducono in base a criteri vincolati dal diritto ossia i controlli di legittimità [...] La qualificazione di giuridico ad un controllo sembra invece che debba derivare [...] dalla natura dell’*oggetto* su cui verte il controllo, ossia, per non spendere un termine così polisensu come quello di ‘natura’, dalla *qualificazione* con cui nell’ordinamento si assuma l’oggetto sottoposto al controllo [...] La qualificazione con cui appaia o si assuma (nella fattispecie normativa) l’oggetto del controllo si risolve dunque nel cogliere e nel rilevare la sua destinazione (o un profilo preminente della sua destinazione) cioè si traduce nello specificare il campo d’esperienza cui il dato nel suo uso ed operazione (ovvero nel profilo da cui la previsione normativa lo riguarda) è destinato”. Véase *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali, op. cit.*, pp. 36-38.

como en aquellas que tienen que ver con los operadores jurídicos (individuales o colegiados) que ejercen esas facultades. La distinción tradicional entre controles “sobre actos” y controles “sobre personas” no surge entonces propiamente como medio para distinguir los medios del control, sino que se establece debido a que la *medida* derivada de éste debe ser adecuada a la finalidad que persigue y, por tanto, proporcional al objeto del control.²⁷

IV. UNA PRIMERA DEFINICIÓN (TEÓRICA) DE CONTROL

Partiendo de los tres elementos que se acaban de señalar puede ofrecerse, tomando algunos de los postulados de Galeotti y matizando otros, una primera aproximación al concepto de control. Desde una perspectiva abstracta, el control puede considerarse como el poder que, teniendo como finalidad la tutela de los valores expresados o institucionalmente protegidos por la autoridad controlante, frente al ejercicio concreto o potencial de ciertos poderes o facultades, se estructura en un *juicio* sobre la normalidad del modo de actuar o de ser de los operadores jurídicos y que implica, en caso de que ese juicio resulte desfavorable, una *medida* que, dicho de manera general, obstaculiza el comportamiento o la situación organizativa considerada como anómala.²⁸ Esta definición puede servir como un buen punto de partida para conformar un concepto de control útil a los fines que aquí se persiguen; sin embargo, tomar simplemente como referente este intento de unificación conceptual conllevaría diversos problemas al momento de transportar el concepto de control a su aplicación práctica.

V. ¿UN CONCEPTO “ADECUADO” DE CONTROL?

Si se quiere evitar que una definición “meramente teórica” limite los alcances del concepto de control, es necesario dotar a este último de un sentido acorde con la realidad y con la utilidad práctica que puede ofrecer. Esto es indispensable porque no cabe duda que el fanatismo teórico se presenta como el peor enemigo de la teoría y puede conducirla a perder lo que cons-

²⁷GALEOTTI, Serio, “Controlli costituzionali”, en *Enciclopedia del diritto*, *op. cit.*, p. 322. Al respecto puede verse también del mismo autor, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

²⁸*Cfr.* GALEOTTI, Serio, “Controlli costituzionali”, *op. cit.*, p. 322.

tituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad.²⁹

Pues bien, para poder dotar de sentido al concepto de control en primer lugar debe delimitarse el ámbito en el que éste será tratado. No puede decirse que la idea de control sea igual en todos los campos del conocimiento y, ni siquiera, en el propio ámbito jurídico.³⁰ En consecuencia, tampoco es posible hablar de un único concepto de control que sea teóricamente válido³¹ y, por tanto, es necesario reducir el rango en el que se usará este concepto para que las consecuencias que de él derivan puedan ser válidas. Para cumplir con este primer paso, se delimitará el ámbito del concepto de control al campo constitucional.

Ahora bien, aunque se ha restringido el campo desde el que se tratará el control, es necesario decir que incluso en este ámbito no puede ofrecerse un concepto único de este fenómeno;³² sin embargo, si se limita la perspectiva desde la que se trata al campo constitucional, sí será posible encontrar un sentido único al control.³³ Este sentido constitucionalmente determinado

²⁹ ARAGÓN, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el ...", *op. cit.*, pp. 11 y 12.

³⁰ Este hecho es evidenciado por Vincenzo Casulli, quien después de señalar las diferencias existentes entre las acepciones de control en diversos ámbitos, indica que dentro del mismo ámbito jurídico no es posible hablar de control en el mismo sentido, pues "una tale attività di riesame può svolgersi sia nel campo del diritto privato che in quello del diritto pubblico [...] Nel campo del diritto privato il controllo ha scarse possibilità di applicazione e non si presenta con gli stessi caratteri che ha nel campo del diritto pubblico, in quanto non è per lo più collegato al riesame di atti, ma di determinate attività...". CASULLI, Vincenzo Rodolfo, "Controllo", en AZARO, Antonio y EULA, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, 3a. ed., Turín, UTET, 1968, t. IV, pp. 728-734. Aunque no se compartan del todo, estas afirmaciones sirven para dar cuenta de que el concepto de control, incluso en el mismo ámbito jurídico, no puede considerarse como unívoco.

³¹ Por esta razón la definición que aquí se ha ofrecido no tiene pretensiones dogmáticas, sino sólo instrumentales —es un punto de partida— respecto a la formulación conceptual que se intenta construir.

³² Esto porque "la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control". Véase ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, p. 123.

³³ Manuel Aragón refiere sobre este punto que "para la teoría de la Constitución, el fenómeno del control [...] escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por el contrario, es justamente la existencia de un sentido 'constitucionalmente' unívoco del control lo que permite ser [...] elemento inseparable de un concepto único de Constitución. Unidad de sentido que deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma teoría del control: considerada la íntima

puede encontrarse en la limitación del poder, cuyo resultado más importante es asegurar la libertad y los derechos fundamentales. A partir de esta delimitación del sentido de control es posible afirmar que, bajo las diversas formas en que se presentan en el ámbito constitucional (parlamentarios, jurisdiccionales, sociales, etc.) y bajo sus diversas facetas (freno, vigilancia o revisión, entre otros), todos los medios de control están orientados y responden a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos.³⁴ Con esta idea en mente, que refleja los fines del Estado constitucional, puede ofrecerse una definición que trascienda una postura meramente dogmática y que proyecte los fines del constitucionalismo: “control constitucional” es aquel en que el “valor” por el que vela el sujeto controlante es el ejercicio adecuado del poder. Sin embargo, aunque esta definición por su generalidad puede salvar muchas de las críticas que pudieran hacerse, no implica una utilidad práctica relevante por ser escasamente explicativa. Por ello, a este primer acercamiento para formular un concepto de control deberán acompañarse algunas consideraciones.

Para empezar, debe decirse que el control del poder se manifiesta en el Estado constitucional a través de una multiplicidad de formas que poseen caracteres muy diferenciados. Como señala Manuel Aragón:

Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas (incluida la ley en los países con jurisdicción constitucional), los actos del gobierno y de la administración, del Poder Legislativo y del Judicial (en los países [...] donde existe un control de constitucionalidad que los incluye), la mera “actividad” o “comportamiento” del gobierno (responsabilidad política), y la lista podría, sin duda, ampliarse. De otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia, cámaras parlamentarias y sus comisiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarios, órganos de gobierno en sentido propio e incluso órganos de la

relación que existe entre Constitución y control parece evidente que la teoría de aquella ha de incluir a la teoría de éste y que, a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional”. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 12.

³⁴*Ibidem*, pp. 13 y 14. García de Enterría ha señalado acertadamente que el poder es “una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento”. Véase *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 51.

administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las administraciones públicas), grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etc. Y, finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad de apreciación (característica, entre otras, del control genuinamente político).³⁵

Estas líneas hacen evidente la heterogeneidad de los controles que se presentan en el ámbito constitucional, pero también consiguen hacer patente que muchas de las situaciones objeto de control, dentro de este mismo ámbito, trascienden la esfera jurídica.³⁶ Estas consideraciones tienen implicaciones importantes dado que, si la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control en el ámbito constitucional y considerarle por ello, válidamente, como elemento inseparable del concepto de Constitución, la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un único concepto de control. No se trata, señala Aragón, de que existan clases de control, que ello es obvio y no repugnaría, por sí solo, a la unidad conceptual, sino de que, por imperativos analíticos, la heterogeneidad de los medios de control es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. Por ello puede afirmarse que para el Derecho constitucional no hay uno, sino diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, desde luego, pero integrado por muy variados elementos.³⁷

La diversidad de elementos que la categoría de control presenta en sus manifestaciones prácticas hace pensar que cualquier intento de establecer un único concepto de control es una empresa condenada, teóricamente, al

³⁵ ARAGÓN, Manuel, "La interpretación de la Constitución y...", *op. cit.*, p. 15.

³⁶ De hecho, al criticar la primera aproximación al concepto de control constitucional con la que Galeotti parte para su razonamiento teórico ("Por control constitucional puede entenderse toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional"), Aragón indica que incluir en el ámbito de los controles jurídicos a los controles constitucionales lleva a excluir del concepto figuras tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión, etc., que poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional a pesar de que no tienen carácter jurídico. *Ibidem*, p. 16.

³⁷ ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, p. 123.

fracaso, o en todo caso, operativamente, a la esterilidad.³⁸ La conclusión a la que puede llegarse entonces es que no existe un concepto unívoco de control sino que, por el contrario, si quiere ofrecerse una noción “adecuada” de este fenómeno, deberá recurrirse a la pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control para, de esta manera, no reducir la utilidad práctica que este concepto puede ofrecer.

VI. EL CONTROL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La pluralidad conceptual que implica el control cuando se estudia desde el punto de vista constitucional, tiene una serie de consecuencias que se manifiestan a través de las diferencias que existen entre las diversas modalidades de control que son constitucionalmente relevantes. Todas estas modalidades, sin embargo, respetan el sentido único o, si se quiere llamar así, el “valor” fundamental que persigue el control en el Estado constitucional: el ejercicio, sin abusos, del poder. La unicidad de sentido del control está determinada entonces por uno de los postulados que sirvieron como punto de partida para la construcción del constitucionalismo moderno, esto es, la limitación del poder político. Por esta razón, en muchas ocasiones suelen confundirse con el control, los límites al poder que son propios del Estado constitucional.

Esta situación conlleva diversos errores de apreciación que no permiten desarrollar una noción adecuada de lo que es el control. Por ello, es necesario aclarar las diferencias que existen entre el control y los límites que se establecen en las constituciones, pues esta distinción hará posible determinar las diferenciaciones conceptuales propias de las modalidades de control atinentes al ámbito constitucional.

Para lograr diferenciar los límites al poder del control debe partirse de la idea de que, en el Estado constitucional, existe un equilibrio de poderes que pretende conseguir, a través de una serie de instrumentos determinados constitucionalmente, un ejercicio adecuado del poder. Este equilibrio de poderes se consigue a través de un diseño institucional y social contenido en las normas constitucionales, esto es, a través de la función “mecánica” de la Constitución, así como por una serie de medios que garantizan la vigencia de este diseño y que encuentran su fundamento en la concepción normativa

³⁸*Idem.* En esta obra, Aragón hace críticas acertadas a los intentos de unificación conceptual desarrolladas por Galeotti, Giannini, Chimenti, Zanobini y Santaolalla López.

de la ley fundamental. Pues bien, para que exista congruencia entre el diseño social-institucional y los fines propios del Estado constitucional, son necesarias una serie de limitaciones al poder que eviten el ejercicio abusivo por parte de los agentes que lo detentan; sin embargo, para que estos límites sean efectivos deben existir también controles que permitan su vigencia. Limitación y control son de esta manera términos íntimamente ligados y que se implican mutuamente pues el poder limitado, sin controles que hagan efectivas las limitaciones que se le imponen, sería poder arbitrario. Su ejercicio, adecuado o abusivo, dependería del agente que lo detenta y por lo tanto estaría condicionado a factores subjetivos (algo que por supuesto es contrario a los postulados de un Estado constitucional de derecho). El poder limitado entonces, desde el punto de vista constitucional, debe ser poder controlado, pues los límites sin control son ineficaces ante el abuso del poder.

Si se parte de este supuesto, el razonamiento contrario implicará necesariamente consecuencias contrarias: el poder sin límites es poder incontrolable. Pensar que existan controles para un poder que se ejerza sin que hayan límites que lo regulen sería absurdo por el simple hecho de que no se puede controlar algo que es ilimitado. Y es que si objetivamente no existen límites al poder, entonces no se podrá encontrar un parámetro que sirva para poner en marcha el juicio de conformidad del que se ha hablado y que es elemento fundamental en la estructura del control. En consecuencia, la idea de un poder ilimitado es incompatible con la existencia de control.

Una vez precisado que limitación y control no deben confundirse³⁹ se puede seguir adelante y mostrar, a partir de la distinción que se ha hecho,

³⁹ Es oportuno mencionar, sin embargo, que la diferencia entre limitación y control no es la única importante si se desea tener una noción clara sobre este fenómeno, pues existen otras figuras que pueden confundirse con él. Por ello, es importante también distinguir entre garantía y control. Al respecto, Manuel Aragón señala que las garantías constitucionales son los medios objetivos a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las normas y principios constitucionales. Partiendo de esta definición, Aragón agrega que el control es una garantía, pero no es todas las garantías. Unas veces el control opera como única garantía, otras hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término “garantía” es más amplio que el de control. Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procesos de control, etc.) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen,

las particularidades de la clasificación más genérica a la que alude Aragón de los tipos de control: institucionalizados y no institucionalizados. Esto porque a cada tipo de limitación corresponderá un diverso tipo de control de acuerdo a sus características.

Las limitaciones no institucionalizadas tienen su correspondencia en tipos de controles que tampoco están institucionalizados, pero que no por ello dejan de ser efectivos. Se trata de controles generales y difusos entre los que se encuentran tanto las que Jellinek denominaba “garantías sociales” como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión. Estos controles, que pueden calificarse también como sociales, son aquellos que ejerce la misma sociedad para controlar el poder. Al no ser institucionalizados, el derecho no regula los instrumentos o medios a través de los que se expresan estos controles; no se puede hablar, propiamente, de procedimientos “normativizados” del control social. Pero, a pesar de ello, estos controles son objeto del derecho, pues es precisamente éste el que posibilita su ejercicio.⁴⁰

Por su parte, las limitaciones institucionalizadas están vigiladas por controles también institucionalizados. Estos controles pueden clasificarse en políticos y jurídicos, siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía, mientras que lo peculiar de los segundos es su carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario, no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho.⁴¹

Aragón establece que las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas “garantías constitucionales” y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control. Véase “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁴⁰ ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, p. 130 y 212. Este autor señala que el Derecho garantiza el ejercicio de los controles sociales “no por la vía de establecer tramitaciones específicas, sino por la de consagrar los ‘derechos’ que hacen posible el control. En ese sentido el control social es objeto del derecho y objeto de estudio por los juristas, bien que siempre de manera indirecta, es decir, a través de los derechos fundamentales, que son, exactamente, el presupuesto de su ejercicio: sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder”.

⁴¹ *Ibidem*, p. 131.

VII. CONTROLES INSTITUCIONALIZADOS

Para tener una idea adecuada del concepto al que pretendemos aproximar-nos es necesario profundizar en las características que presentan los contro-les institucionalizados, pues a ellos pertenece el control jurisdiccional de constitucionalidad.

A fin de llevar a buen punto esta tarea, se ofrecerá una noción de los controles que pertenecen a esta categoría (políticos y jurídicos) a partir de las diferencias que existen entre ellos. De esta forma, siguiendo los plantea-mientos realizados por Aragón en las obras aquí tratadas, podrán eliminarse las posibles confusiones que existen entre ambos tipos de control y se de-terminará a qué categoría pertenece el control jurisdiccional de constitucio-nalidad.

La primera diferencia de la que se puede partir está en el parámetro del control. Mientras que el control jurídico encuentra este parámetro en una norma o conjunto normativo preexistente⁴² y que no puede ser cambiado (formalmente, aunque en ocasiones sí en su significado)⁴³ por el sujeto controlante, en el control político no existe un canon fijo predeterminado del cual pueda servirse el sujeto controlante para realizar el juicio de conformi-dad. Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico (en el que siempre existirá una norma predeterminada que condiciona al sujeto controlante en el momento del juicio), el control político es mera-mente subjetivo, pues el juicio que lleva a cabo el sujeto controlante está determinado por la libre apreciación que éste realiza con base en razones de oportunidad, lo que implica que la composición del parámetro utilizado sea eventual y esté a su entera disposición.

Otra diferencia que distingue al control político del control jurídico se encuentra en la discrecionalidad del sujeto controlante cuando es llamado a ejercer el control. En el control jurídico, el controlante debe necesariamente ejercer actividades de control cuando se le conmina a hacerlo; por el contra-rio, en el control político el ejercicio del control queda al arbitrio del sujeto controlante (que está condicionado sólo por razones políticas) y, por tanto, aun cuando éste sea llamado a ejercer el control, puede decidir, en los casos

⁴² Sin embargo, en ocasiones, pueden también fungir como parámetro ciertos hechos con relevancia constitucional.

⁴³ Esto sucede, por ejemplo, con las sentencias interpretativas que dictan los tribunales constitucionales.

que el ordenamiento jurídico no prevea lo contrario, no tomar en cuenta este llamado y, en consecuencia, no llevar a cabo ninguna actividad de control.

De esta diferencia deriva otra muy importante que tiene que ver con el resultado del juicio realizado por el sujeto controlante. En el control jurídico, cuando este juicio es negativo, el controlante deberá, necesariamente, tomar una medida que obstaculice, destruya o inhíba los efectos del acto controlado. Esto no sucede en el caso del control político, pues en este tipo de control el sujeto controlante puede no estar obligado, si el juicio de conformidad es negativo, a determinar o ejercer ningún tipo de medida de control. La libertad para activar el control también se refleja en la posibilidad de que, una vez activado y realizado el juicio de conformidad, el sujeto controlante tenga la facultad, si el ordenamiento jurídico no dispone otra cosa, de decidir si responder o no ante una eventual disconformidad entre el objeto controlado y los valores que debe salvaguardar.

Finalmente, en los órganos que ejercen los controles políticos y jurídicos puede encontrarse una última diferencia relevante entre estos tipos de control. El control jurídico es realizado por órganos independientes e imparciales que cuentan con un especial conocimiento técnico-jurídico; por el contrario, el control político está encargado a órganos que no reúnen estas características, pues sus decisiones se guían en muchas ocasiones por razones políticas y de oportunidad. Esto hace necesariamente que, en esencia, los órganos que tienen a su cargo el control político sean órganos parciales y ligados a una ideología e incluso a grupos reales de poder. Pero si el sujeto controlante es algo que diferencia marcadamente el control político del control jurídico, no puede decirse lo mismo del objeto de control debido a que, en muchas ocasiones, las decisiones políticas pueden ser sometidas a control jurídico y, viceversa, tampoco son raros los casos en que el objeto controlado es de naturaleza esencialmente jurídica y se somete a control político.⁴⁴

VIII. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez establecidas las características que diferencian a los controles jurídicos de los controles políticos, se puede determinar a qué categoría perte-

⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en un decreto-ley que requiere una intervención parlamentaria que reúne las características del control.

nece el control jurisdiccional de constitucionalidad y hacer algunos apuntes que permitan un acercamiento al concepto de este tipo de control.

Puede comenzarse diciendo que el control jurisdiccional de constitucionalidad pertenece a los controles jurídicos.⁴⁵ Sin embargo, esta simple afirmación, aunque podría compartirse fácilmente, pecaría de un cierto grado de dogmatismo si no se mencionaran los razonamientos que llevan a esta conclusión. Es necesario entonces ofrecer argumentos que puedan servirle de soporte. Para ello, deben hacerse algunos apuntes sobre el concepto de jurisdicción e indicar cuál es la relación que ésta guarda con el control. Con esto será posible determinar cuáles son las características del control jurisdiccional a secas y cuáles las que presenta este tipo de control cuando tiene como finalidad salvaguardar la constitucionalidad de los actos de autoridad (*lato sensu*), es decir, cuando se habla de control jurisdiccional de constitucionalidad.

El primer punto a tratar entonces es el concepto de jurisdicción. Éste, para empezar, es ya un problema complejo, pues no existe actualmente, ni ha existido en el pasado, consenso sobre lo que debe entenderse por este término. Para ofrecer una idea sobre esta figura se han hecho muchos esfuerzos y, sin embargo, no se ha logrado conseguir conceptualizar a la jurisdicción sin que al concepto derivado de estos intentos se dirija una serie de críticas que dejen ver los puntos débiles de los que sufre.

Las teorías que buscan dotar al concepto de jurisdicción de elementos inmunes a la crítica son muy numerosas, sobre todo, si se tienen en cuenta los múltiples matices que derivan de ellas;⁴⁶ de hecho, Redenti escribía a

⁴⁵ Manuel Aragón incluso refiere al control jurisdiccional como el paradigma del control jurídico. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

⁴⁶ Fernando Flores García señala que en el sentido normativo jurídico “la voz jurisdicción ha recibido muchas connotaciones y se han expuesto varias posturas doctrinales. Así, una primera corriente negó la existencia de la jurisdicción como actividad autónoma y distinta de las funciones de hacer el derecho (poder legislativo) y la de aplicarlo (poder ejecutivo) y le atribuyó un quehacer complementario a la tarea administrativa. Entre estos tratadistas cabe mencionar a Barthelemy, Ducrocq, Duguit, Hauriou, y en algunos aspectos, a Carré de Malberg y a Kelsen”. Además agrega que “otro grupo de autores que sí consideran la jurisdicción como una potestad del gobierno (aunque equivocadamente le califiquen de actividad “estatal”), sostienen concepciones múltiples, desde el punto de vista material, que a su vez le define atento su objeto, su finalidad o su estructura; tomando como base el criterio formal, ahora a partir de la organización de la autoridad de que emana o según su procedimiento, o por último, se define la jurisdicción de acuerdo con la fuerza que se le atribuye (Lampue)”. Véase

principios del siglo pasado que el concepto de jurisdicción ha sido empleado con renovada frecuencia como premisa o factor de razonamientos sin que haya existido al respecto claridad y concordia de ideas.⁴⁷ Por desgracia, hoy en día, no puede decirse que estas palabras hayan perdido actualidad y la razón es probablemente la misma, esto es, que los estudiosos han buscado y continúan buscando una “definición” de jurisdicción e intentan reducir a un simple concepto un momento esencial de la vida social y jurídica, que no puede ser comprendido más que analizando, precisamente, esta realidad y las estructuras que la conforman.⁴⁸ Se ha hablado de la jurisdicción como actuación del derecho, como composición de la *litis*, como materialización de las sanciones, como sustitución de la actuación pública a la actividad de los particulares, etc. También se han evidenciado la garantía exterior de la función, la naturaleza del interés, el procedimiento lógico que precede al acto, la prevalencia del juicio sobre la voluntad y muchas otras características válidas del concepto de jurisdicción. Todos estos elementos, como sostiene Salvatore Satta, evidentemente contienen algo de verdad porque cada uno de ellos puede encontrarse en la jurisdicción, aunque no sean exclusivos de ella. Por lo tanto, la preferencia respecto a alguno de ellos es definitivamente el resultado de una opción entre varias posibles y, consecuentemente, tiene en sí misma algo de arbitrario que convierte a la definición en convencional.⁴⁹ El razonamiento de Satta, si se quiere ser congruente con lo apuntado sobre el concepto de control, debe ser considerado válido, y, por ello, sin profundizar en las críticas a cada uno de los conceptos que sobre esta figura se han ofrecido (labor que, cabe decirlo, sería muy complicada ante la pléyade de concepciones que existen sobre el tema), es necesario señalar que la pluralidad conceptual es también característica de la jurisdicción. No puede hablarse entonces de un concepto único de jurisdicción, sino que debe aten-

FLORES GARCÍA, Fernando, “Jurisdicción”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-III-UNAM, 2002, t. IV, pp. 452-454. Estos apuntes hechos por Flores García hacen evidente la multiplicidad de teorías que existen respecto al concepto de jurisdicción. Para una crítica desde el punto de vista de la doctrina italiana a estas teorías y a los planteamientos de algunos de sus exponentes (Carnelutti, Chiovenda, Ranelletti, Zanzucchi, etc.) véase SALVI, Luciano, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁴⁷ Véase REDENTI, Enrico, “Intorno al concetto di giurisdizione”, aparecido en 1916 y vuelto a publicar en *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milán, Giuffrè, 1962, v. I.

⁴⁸ SATTÀ, Salvatore, “Giurisdizione (nozioni generali)”, *Enciclopedia del Diritto*, *op. cit.*, t. XIX, p. 218.

⁴⁹ *Idem.*

derse a cada tipo de actividad jurisdiccional para poder referir sus elementos y poder formular un concepto adecuado.

Esta operación implica definir qué tipo de jurisdicción se intenta tratar, para poder delimitar, de nueva cuenta, el campo de análisis. El control jurisdiccional de constitucionalidad, al ser el objeto de estudio de este trabajo, implica que las consideraciones que deben hacerse en esta sede tengan que ver con la jurisdicción constitucional y la relación que ésta guarda con el control. Pues bien, ofrecer un concepto de jurisdicción constitucional o de control jurisdiccional de constitucionalidad no es posible si no se cuenta con instrumentos conceptuales (aunque éstos adolezcan de un vicio de generalidad discutible), a partir de los cuales desarrollar un primer acercamiento a la construcción teórica que se pretende realizar. Por ello, como primer paso para llegar a los elementos que caracterizan el control jurisdiccional de constitucionalidad debe precisarse la idea de jurisdicción. En este sentido volvemos al punto de partida de este apartado: es necesario ofrecer un primer acercamiento a este concepto.

Con este objetivo en mente, y a pesar de las críticas que puedan hacerse a las muchas teorías sobre el concepto de jurisdicción, debe hallarse un punto de coincidencia entre todas ellas que sirva como vehículo para encontrar los elementos del control jurisdiccional de constitucionalidad. Este punto de coincidencia, con las premisas metodológicas que se han tomado en consideración, no debe tomar en cuenta el simple ámbito teórico, sino que debe adecuarse a la realidad de la noción de jurisdicción que existe actualmente. Considerando estos puntos, el postulado del que se partirá es que la jurisdicción expresa la afirmación del ordenamiento en un caso concreto.

Esta afirmación puede ser defendida argumentando que, debido a la abstracción de la ley, ésta sólo cobra vigencia (se pone en acción) con una operación formal que es característica de cualquier tipo de jurisdicción: el análisis de la voluntad de otro y la realización de un juicio al respecto. Si este razonamiento es correcto, la conclusión que se obtiene es que la jurisdicción implica la recreación del derecho en el hecho.⁵⁰ La presencia del hecho, por tanto, se presenta como un elemento absolutamente nuevo respecto al precepto.⁵¹ Entonces, para dotar de un sentido a la ley o a su actuación,

⁵⁰ Sobre la importancia de la concreción del derecho en los hechos, véase RAMOS TAVARES, André, *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. Hard cases e soluções juridicamente adequadas*, San Paulo, Método, 2006, pp. 27 y ss.

⁵¹ Salvatore Satta, quien aborda el tema en la manera aquí expuesta, señala que los juristas se han dado cuenta de esta diferencia y “hanno cercato di colmare il vuoto sottostante

es necesario traducir la imagen normativa en términos reales llevándola a la dinámica del ordenamiento y esta operación se realiza mediante la jurisdicción.

Las posiciones contrarias a esta idea pueden ser variadas, sin embargo, a ellas se podría responder fácilmente aprovechando la generalidad de la afirmación. Por ejemplo, la crítica que se ha hecho con más frecuencia a esta concepción es que ésta reduce el ordenamiento a la fase contenciosa, aun cuando es evidente que la vida se desarrolla generalmente de manera pacífica y, por tanto, el ordenamiento precede al juicio y puede existir sin él. Esta crítica, cuya afirmación puede ser completamente válida, no le quita fuerza a las consideraciones hechas sobre la jurisdicción. En primer lugar, porque cuando se dice que el ordenamiento se afirma en la jurisdicción, se entiende que éste se resuelve en un juicio y ahí encuentra su certeza o, *tout court*, su realidad. Fuera de esta concreción el ordenamiento no tiene una realidad, es simplemente abstracción (que puede o no ejercer cierta influencia), es, utilizando la paráfrasis que Satta hace de las palabras de Pirandello, un autor en busca de un personaje. Y este personaje es indudablemente el juez, pero eso no excluye, sino que más bien presupone, que el ordenamiento encuentre su concreción en la acción que ejercen las personas para activar la jurisdicción. Lo que no debe olvidarse entonces es que de ningún modo puede subestimarse la acción, porque el ordenamiento sin acción no existe más que en el pensamiento, es una *flatus vocis*, que puede encontrar efectos sólo indirectamente sobre el actuar de las personas.⁵² Estos razonamientos llevan a la conclusión de que sería difícil negar que la jurisdicción sea la

ricorrendo all'idea della fattispecie legale, di un'ipotesi di fatto nella quale idealmente il fatto (futuro) concreto è già contenuto, e per così dire realizzato: ma non occorre dimostrare che si tratta di un espediente, di un'altra immagine, che con la realtà non ha nulla a che fare, mentre è vero soltanto che la cosiddetta fattispecie si pone come un limite alla libertà di giudizio in ordine all'unico fatto pensabile, cioè al fatto concreto. La verità è che tutte queste immagini hanno la loro origine in un unico atteggiamento del pensiero di fronte alla realtà: e cioè in una visione statica di questa. Come si vede la legge nella immobilità del suo testo, così si vede il fatto nella sua prestabilita certezza. Ma purtroppo, se questa visione è scolasticamente ammissibile, non lo è nell'osservazione diretta della realtà, che si presenta essenzialmente dinamica. Diritto e fatto sono oggetto di giudizio, e quindi esistono solo attraverso il giudizio, e non possono essere riportati ad una anteriore, neppure ipotizzata, esistenza". Véase "Giurisdizione (nozioni generali)", *op. cit.*, p. 221.

⁵²*Ibidem*, p. 222. Satta incluso afirma que "L'azione umana, presa in se stessa, nel suo prodursi (o nel suo non prodursi) non è né giuridica né antigjuridica, se non nell'anatomia che noi ne facciamo sul tavolo della scienza, riconducendola a quello che si vuol chiamare

afirmación del ordenamiento, porque sólo a través de ella el derecho hace su aparición necesaria y concreta. Es sólo en el momento del juicio que surge la exigencia de dar valor a un acto determinado y de afirmar de acuerdo a esta exigencia el ordenamiento a través de la jurisdicción.

Con esta premisa, que puede aplicarse a todas las teorías o conceptos de jurisdicción, se cuenta ya con un primer elemento al que será necesario añadir los rasgos característicos de la jurisdicción constitucional para poder ofrecer una idea más clara de lo que es el control jurisdiccional de constitucionalidad. Este primer planteamiento, sin embargo, puede generar, por su ambigüedad, algunas imprecisiones sobre la relación que existe entre la jurisdicción y el fenómeno del control.

Parte de la doctrina considera que en cada juicio que realizan los órganos jurisdiccionales existe un control, mientras que algunos doctrinarios entienden la relación entre jurisdicción y control como una relación que media entre dos categorías disyuntivas que se excluyen entre sí. Ambas corrientes, tomadas en sus extremos, pueden ser consideradas incorrectas; sin embargo, si se atemperan un poco, en cada una de ellas se encontrará algo de verdad. Lo importante es señalar que ambos fenómenos se hallan en una relación de parcial coincidencia y superposición y de parcial independencia recíproca. Galeotti consigue mostrar esta relación de manera excepcional al señalar que el acercamiento, la distinción o la superposición entre control y jurisdicción pueden establecerse sólo cuando estas figuras se consideran, en cierto modo, entidades homogéneas, es decir, cuando se tratan tomando en cuenta las características que presentan en común. En este sentido, dado que el fulcro de la noción de control es esencialmente un dato teleológico y que las nociones elaboradas por la doctrina sobre la jurisdicción muchas veces toman en cuenta el criterio de la finalidad de la jurisdicción (la actuación del derecho objetivo o la resolución de una duda y con ello la afirmación del ordenamiento jurídico), es posible tratar estos dos fenómenos desde el punto de vista teleológico para encontrar la distinción entre ellos y al mismo tiempo entender su superposición e independencia recíproca. Desde este enfoque se puede notar fácilmente que la finalidad de garantía a la que en su operación objetiva tiende el control, es al mismo tiempo más amplia y más restringida de cuanto pueda serlo la que es propia de la jurisdicción.⁵³

il modello legale: essa è quello che è, e il diritto nelle sue componenti non c'entra né punto né poco".

⁵³ GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, op. cit., p. 100.

Por un lado, la garantía que constituye la finalidad del control asiste y protege una esfera de valores más amplia e indefinida que la instrumentada por la jurisdicción. Esta última, sólo excepcionalmente está dirigida a la tutela y actuación de valores que no tengan la forma de normas jurídicas, quedando, en principio, destinada a garantizar exclusivamente las normas de derecho objetivo. No sucede lo mismo con el control, que está dirigido también, en gran medida, a asegurar valores que el mismo derecho deja a la especificación y determinación concreta de los órganos o sujetos controlantes.⁵⁴

En correlación con la más amplia esfera de intereses tutelados por el control, debe señalarse además que éste se confía frecuentemente a autoridades diversas de las jurisdiccionales (v.g. al parlamento). De esta forma se hace evidente la imposibilidad de contemplar todo el control en la jurisdicción pues, a pesar de ser conceptos teleológicamente afines, el primero es un fenómeno más amplio por cuanto se refiere a la esfera de los valores que tutela y las autoridades que pueden ejercerlo.

Por otro lado, puede decirse también que la función de garantía que cumple el control tiene un alcance más específico y limitado que la que se lleva a cabo a través de la jurisdicción. Además, los medios o medidas de los que el control se vale para realizar esta función son necesariamente más restringidos que los que son propios de esta última. El control es un mecanismo que tiende a asegurar la integridad de los valores que tutela, de manera que éste se vale de medidas que están encaminadas, por sí mismas, a prevenir o impedir la lesión, o bien, si la lesión se ha consumado, a cesar los efectos que ésta puede tener sobre el valor amenazado o violado. La jurisdicción, por su parte, debe garantizar la actuación del derecho objetivo frente a sus eventuales lesiones en vía directa, pero también puede hacerlo –como ocurre con más frecuencia– por equivalente o en vía indirecta. Por tanto, si es verdad que la jurisdicción usa, cuando es posible, los medios de los que se vale el control, es también cierto que usualmente interviene en vía eventual y sucesiva, cuando la lesión del derecho ya se ha consumado, y no puede dar actuación al derecho objetivo más que en vía secundaria y sustitutiva de la actividad de los obligados mediante medidas represivas o reparatorias, que exceden la rigurosa definición del fenómeno del control.⁵⁵

⁵⁴*Idem*

⁵⁵*Ibidem*, p. 101.

La conclusión que puede obtenerse de lo hasta aquí señalado es que existe una diferencia evidente entre jurisdicción y control, pues la primera no es una especie del segundo; pero, al mismo tiempo, no puede negarse que existe un área en que el control puede coincidir con la jurisdicción y, en este caso, puede estructurarse como función jurisdiccional.⁵⁶ Es posible entonces afirmar que el control de tipo jurisdiccional existe como una parte específica del control.

Esta afirmación permite aclarar los dos primeros elementos que forman parte del objeto de estas páginas: “control” y “jurisdicción”. El siguiente paso que debe darse para tener una visión completa del control jurisdiccional de constitucionalidad es buscar las características del elemento que hace falta, esto es, analizar desde el punto de vista constitucional el control jurisdiccional. Para ello, es necesario determinar qué se entiende por jurisdicción constitucional. La precisión sobre este punto es necesaria no sólo porque son muchos los sentidos en que esta expresión se utiliza,⁵⁷ sino también porque la elección de la concepción que se utilice es necesaria para formar una idea clara del concepto de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Existen, esencialmente, dos puntos de vista para entender la jurisdicción constitucional: uno, que puede calificarse como formal, en el que este tipo de jurisdicción contempla las actividades realizadas sólo por aquellos órganos que, en el sentido kelseniano, pueden calificarse como tribunales constitucionales;⁵⁸ mientras que, desde otro punto de vista, que puede ca-

⁵⁶ La expresión control jurisdiccional, de origen francés (*contrôle juridictionnel*), señala el tipo de control en las que un juez (*lato sensu*) lleva a cabo un juicio de conformidad entre el objeto y un parámetro determinado de control para salvaguardar ciertos valores.

⁵⁷ Friesenhan ha referido la imposibilidad de establecer un concepto único de jurisdicción constitucional y ha señalado al respecto que todos los sentidos que se dan a esta expresión pueden ser legítimos, pues la pluralidad de conceptos en este terreno también es inevitable.

⁵⁸ Cuyas características principales eran, en principio, ser órganos de única instancia, no pertenecer a ninguno de los tres poderes tradicionales y conocer exclusivamente de cuestiones de constitucionalidad. Esta última característica, sin embargo, ha perdido vigencia con el paso de los años y a los tribunales constitucionales se les han otorgado facultades para conocer de otro tipo de cuestiones (por ejemplo, procedimientos contenciosos electorales). Sobre la concepción originaria de los tribunales constitucionales, véase KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, IIJ-UNAM, 2001, pp. 51 y ss. Asimismo, José Julio Fernández Rodríguez ha señalado que el elemento formal de la definición de jurisdicción constitucional está constituido, por un lado, por una serie de notas propias de la jurisdicción y, por otro, por rasgos de índole constitucional. Una actividad es jurisdiccional porque es llevada a cabo por un órgano independiente, que actúa sometido al derecho, basado en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción. Además, el segundo tipo de

lificarse como material, serán actividades propias de la jurisdicción constitucional todas aquellas que, independientemente del órgano que las realice, tengan como fin la protección del orden constitucional.⁵⁹

La primera de estas posiciones presenta, como ha señalado Rubio Llorente, el inconveniente de ser superficial y excluir del análisis al control constitucional de los tribunales supremos e incluso el realizado por los jueces ordinarios.⁶⁰

rasgos formales tiene que ver con que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional es un órgano dotado de un estatuto constitucional que le aporta autonomía estatutaria, administrativa y financiera, y que, por lo general, está situado fuera del Poder Judicial ordinario actuando en una única instancia. Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 21.

⁵⁹ Manuel García-Pelayo ha señalado al respecto que “Pertencen a la materia de jurisdicción constitucional los problemas relativos a la determinación del área del poder estatal y al sistema de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que delimitan el ámbito de la *Grundkompetenz* del Estado; los referentes a la formación de la voluntad estatal principalmente en forma de ley o de actos gubernamentales, en la medida que puedan rebasar los límites constitucionales, los tocantes a la distribución horizontal y vertical de competencias entre los poderes superiores de la organización estatal y, eventualmente, los que afecten a instituciones u órganos constitucionalmente significativos, aunque no sean, propiamente hablando, órganos constitucionales”. Véase “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 32. Por su parte, Fernández Rodríguez, al referirse a las afirmaciones de García-Pelayo señala que éste habla de la cuestión en términos en exceso generales y sin tener en cuenta la dimensión adjetiva. Por ello, prefiere adoptar una posición que parta de una búsqueda de las acciones procesales, es decir, de aquellos contenciosos que sirven par el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución vertical y horizontal del poder. Asimismo, señala que “La presencia de tales atribuciones en el cuadro de funciones de un órgano hace que estemos ante una jurisdicción constitucional desde el punto de vista material. Sin embargo, entendemos que la falta de alguna de ellas no significa que ya no nos hallemos ante un órgano de justicia constitucional. De la misma manera, la existencia de competencias añadidas a las tres indicadas tampoco excluye la presencia de justicia constitucional. Estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de Constitución y, por ende, a la delimitación del poder político. En cambio, otras de las competencias añadidas no serían contenciosos constitucionales, lo que puede hacer surgir la duda acerca de la naturaleza del órgano, que, en todo caso, la seguimos entendiendo como la propia de un órgano de justicia constitucional. En efecto, lo determinante será conocer de los contenciosos constitucionales y no la posesión (o no) de competencias añadidas”. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe”, *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, París, núm. XII, 1996, pp. 12 y ss. Este autor señala, dentro de un estudio de Derecho comparado, que: “La conception

Ahora bien, dentro de la misma concepción material, existen corrientes que consideran que la jurisdicción constitucional se restringe sólo al juicio que se hace sobre la constitucionalidad de las leyes y otras que estiman que la jurisdicción constitucional engloba también el juicio que se hace sobre los actos de las autoridades.

Para nuestros efectos, se tomará en cuenta la posición más amplia respecto a la jurisdicción constitucional, es decir, la que considera no solamente los actos de los tribunales constitucionales, sino también la actividad de otros órganos jurisdiccionales que revisan la constitucionalidad de las leyes, pero también de los actos de autoridad. Esta concepción permitirá englobar, como especies de un género común, las diversas formas de jurisdicción constitucional, así como apreciar claramente las diferencias existentes entre los sistemas que tienen como finalidad solamente asegurar la constitucionalidad de los textos legislativos y aquellos en que se aspira también a garantizar la constitucionalidad de los actos de autoridad. Esto porque la jurisdicción constitucional encuentra su fundamento y justificación en una exigencia práctica de certeza del ordenamiento jurídico que el ciudadano pretende del ordenamiento mismo y, sobre todo, de la Constitución como

la plus communément utilisée est celle qui identifie juridiction constitutionnelle et contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois [...] D'origine Kelsénienne, cette conception est correcte mais insuffisante pour une étude comparative, même dans le cadre strictement européen, parce qu'elle réduit la comparaison à ces procédures de contrôle s'exerçant uniquement sur le texte de loi, sur l'énoncé législatif, et exclut celles qui intègrent aussi, ou de plus, l'interprétation et l'application juridictionnelles de la loi, c'est-à-dire en définitive, le droit vivant. Le choix d'un tel contrôle de type *abstrait* trouve certes sa justification dans l'idée selon laquelle il appartient à la loi, en vertu du principe de légalité, d'assurer la soumission à la Constitution de l'ensemble des décisions administratives et –surtout– juridictionnelles. Il en résulte qu'en assurant le contrôle de la constitutionnalité de la loi, est par là-même garantie la constitutionnalité de l'ensemble de l'activité des pouvoirs publics. Mais cette conception correspond à une vision extrêmement simpliste qui ne tient pas compte de la véritable relation entre le juge et la loi. D'un côté, les juges disposent en effet d'un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation et l'application de la loi, et de l'autre côté, le législateur est souvent dans l'impossibilité de légiférer dans des termes suffisamment clairs pour éliminer instantanément les dispositions inconstitutionnelles et permettre ainsi une application et une interprétation qui ne puissent être déclarées inconstitutionnelles. Dans la pratique, une juridiction constitutionnelle, organiquement et matériellement détachée de l'appareil juridictionnel ordinaire et limitée au seul contrôle abstrait de la loi, ne peut en aucune manière garantir un véritable respect de la Constitution". En este sentido se expresa también José Julio Fernández, en *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, op. cit., p. 21.

un conjunto de normas y principios de carácter fundamental que deben ser respetados.

Una vez establecida la noción de jurisdicción constitucional es posible ofrecer algunas de las características del control jurisdiccional de constitucionalidad. En primer lugar, debe decirse que este tipo de control tiene como finalidad salvaguardar –dicho de la manera más general– los “valores” contenidos en la Constitución, a través de la verificación de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad. Al ser un control jurídico (aunque en ocasiones los órganos que lo realicen tomen en cuenta situaciones políticas), el control jurisdiccional de constitucionalidad es también un control objetivado, lo que implica que el sujeto controlante no limita, sino que verifica los límites preestablecidos en la Constitución (tanto en su parte orgánica como en la dogmática).⁶¹ El controlante, de esta forma, no es sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano o sujeto sometido a control.⁶²

En el control jurisdiccional de constitucionalidad el sujeto u órgano controlante debe ser objetivo, imparcial e independiente en sus decisiones y, preferentemente (aunque no en todos los casos suceda así), debe ser perito en derecho o, en el caso de los órganos colegiados, estar integrados por personas que lo sean. Además, como señala Manuel Aragón, este tipo de control no tiene por objeto a personas y ni siquiera exactamente a órganos, sino a los actos (*lato sensu*) que éstos realizan. Más aún, ni siquiera son objeto de control todos los actos, pues están excluidos aquellos que sean de carácter “político” en sentido estricto, es decir, los actos ajenos a las preterminaciones del derecho y de conformación legítimamente libre, regidos por razones de pura oportunidad.⁶³ Entonces, son sólo objeto del control ju-

⁶¹ El hecho de que el controlante deba atenerse, en su juicio, a un parámetro preestablecido (las normas, principios y valores que derivan de la Constitución) es precisamente el fundamento que justifica el surgimiento y la afirmación de la jurisdicción constitucional como instrumento idóneo para asegurar un buen juicio.

⁶² Característica fundamental de la jurisdicción, que no puede estar ausente en el control jurisdiccional de constitucionalidad, es la necesidad de someterse al juicio de un tercero. Esta necesidad, que históricamente se afianzó con dificultad (en principio se atribuía a los tribunales más importantes un origen divino para que los ciudadanos se sometieran a sus decisiones, como lo señala Esquilo al referirse al Tribunal del Areópago, instituido por Minerva para juzgar a Orestes) hoy en día es un elemento imprescindible en cualquier tipo de jurisdicción.

⁶³ Un razonamiento en este sentido se puede encontrar ya en la sentencia *Marbury vs. Madison*, en la que se asienta que “El papel [de la Suprema Corte] es únicamente

jurisdiccional de constitucionalidad los actos (o, como se verá más adelante, también las actitudes) “constitucionalmente relevantes”, pues este tipo de control no está dirigido hacia las personas físicas sino a los productos objetivados de la voluntad de los órganos u autoridades.

Otro elemento que debe tomarse en cuenta es el carácter necesario del control, en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano jurisdiccional es requerido para ello y necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas minuscuamperfectas en el ordenamiento o los actos de autoridad contrarios a los valores contenidos en la Constitución.⁶⁴ Al ser un control normativizado y no condicionado al arbitrio del sujeto controlante, el control jurisdiccional de constitucionalidad es el más regular de los controles y, en este sentido, tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público y el respeto de los derechos fundamentales. Es un control que ofrece certeza al garantizar la supremacía constitucional y que permite, a través de la actuación de los órganos de control, la adaptación de los textos constitucionales a la realidad social, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o principios. En por ello que el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento indispensable para salvaguardar los valores constitucionales y, con ello, mantener la vigencia y eficacia de la Constitución; es, en pocas palabras, el vehículo a través del cual se afirma el orden constitucional.

pronunciarse sobre los derechos de los individuos, y no plantearse la manera en la cual el Gobierno y sus funcionarios llevan a cabo las funciones para las cuales son depositarios de un poder discrecional. Los asuntos políticos por naturaleza, o que la Constitución y las leyes colocan bajo la autoridad del Gobierno, no pueden ser discutidos ante este Tribunal”, citado en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 113.

⁶⁴ARAGÓN, Manuel, “La interpretación de la Constitución y ...”, *op. cit.*, p. 57.