do, el autor maneja una vasta bibliografía que desarrolla con buen criterio, siguiendo un método expositivo que, salvo excepciones, parte de la teoría general y sigue en el concreto caso del Derecho uruguayo.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano/La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna, 2003.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. Este libro del profesor Fernández Segado se inserta en la colección de conferencias del Centro de Estudios Constitucionales y Desarrollo Democrático, resultado de un convenio entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y la Escuela de Estudios Internacionales Avanzados Paul H. Nitze de la Universidad Johns Hopkins y que promueve, como dicen los editores (profs. Justin O. Frosini, Lucio Pegoraro y Todd Waller), «la formación en el proceso de liberalización política y económica de los países en vías de democratización», siendo el hilo conductor de los distintos fascículos que componen la colección «el empeño de los estudiosos de varios países de profundizar en los temas clásicos del constitucionalismo».

Pues bien, no cabe duda de que uno de esos «temas clásicos» es el abordado por el profesor Fernández Segado: la justicia constitucional del siglo XXI. Precisamente este año se cumplen los doscientos años de una celebérrima sentencia [1], probablemente la sentencia más emblemática en el campo de la justicia constitucional: la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), sentencia que supuso la consagración formal del control de la constitucionalidad de las leyes en los EEUU y de un sistema que acabaría siendo conocido, a partir de la designación acuñadora de Schmitt, como sistema «difuso» [2] de control de la constitucionalidad, en contraposición al sistema surgido, con la impronta de Kelsen, en Austria (1920), como «racionalización» del sistema norteamericano [3]. Ambos sistemas,

* Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

[1] Ello ha pasado un tanto desapercibido. Pero véase el trabajo de uno de los mejores conocedores del Derecho constitucional norteamericano en el continente europeo: WINFRIED BRUGGER, «Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre *Marbury v. Madison*», *Juristische Schulung*, núm. 4, 2003, pp. 320-325.

[2] CARL SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 18, n. 3.

[3] La idea del sistema austriaco como «racionalización» puede verse en LUIS SÁNCHEZ AGESTA, «La justicia constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 16, invierno 1982-1983, p. 18; PEDRO DE VEGA, «Prólogo» a CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983 p. 18; ANTONIO LA PERGOLA, «Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal», en el Libro en homenaje a Mortati, *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obbiettivo)*, Giuffrè-Università di Roma, 1977, p. 661; y PEDRO CRUZ VILLALÓN, «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, nº 5, p. 118, quien alude a la «real o supuesta» racionalización. Es un verdadero lugar común.

como es sabido, se han expandido desde entonces a lo largo y ancho del orbe. Y el objeto del trabajo aquí publicado del profesor Fernández Segado, precedido de una sugerente introducción del profesor Pegoraro, viene constituido justamente por el estudio de esta contraposición clásica entre sistema americano y sistema europeo-kelseniano y la convergencia que, en la práctica, se ha venido produciendo entre uno y otro sistema a lo largo de las últimas décadas.

2. El autor comienza por destacar que la bipolaridad tradicional entre sistema europeo-kelseniano y sistema americano ha perdido «gran parte de su utilidad analítica» y ello porque, asumiendo las Constituciones actuales «una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana»[4] y configurando al tribunal constitucional correspondiente más como una jurisdicción[5] que como un legislador negativo[6] de la conocida construcción kelseniana o que como un simple des-

[4] Pese a la importancia de esta circunstancia de la asunción de un concepto nuevo de Constitución, sorprende lo desapercibido que ha pasado todavía al día de hoy, tanto en España como en otros países. Y es que este contenido material o profundamente valorativo, y no meramente procedimental se contrapone a la concepción de Kelsen de la Constitución, pues para éste la Ley de Leyes es, ante todo, una norma organizativa cuya misión principal consiste en regular la producción de normas generales (*Lex legum*), pero sin expresiones valorativas o sustanciales vagas que obliguen al intérprete a trabajar con valores e intereses, que son el vehículo de la subjetividad y la ideología. Hay, así pues, en Kelsen una «repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley». FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en su libro recopilatorio *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, p. 467. Todo ello aparte ya, claro está, del contraste profundo que hay entre la concepción, hoy impuesta, de la Constitución como verdadera norma jurídica, y la Constitución como mero programa en todas aquellas disposiciones no orgánicas, concepción tradicional de toda nuestra historia constitucional decimonónica.

[5] El primero en destacar, entre nosotros, la asunción del concepto norteamericano de Constitución en las modernas Constituciones europeas y el modelo del tribunal constitucional como verdadera jurisdicción (como en EEUU) y no como «legislador negativo» fue EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el TC*, Civitas, Madrid, 1991, reimpresión (1ª ed., 1981), p. 134. Pero quizás haya sido De Vega, desde una perspectiva general, el primero en la doctrina española no sólo en reparar en este abandono del modelo kelseniano puro, sino también en poner de relieve uno de los factores profundos que han conducido a ello: «¿cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la Justicia Constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua [inherente a las actuales Constituciones, que son «el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos»], en cuyo caso, en cuanto legisladores positivos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renuncias propias, establecen un *modus operandi* de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de Guardián de la Constitución queda definitivamente lastimada». PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Prólogo» a CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 23 (la cita entre paréntesis la tomo de la p. 22). Ya antes, del mismo autor, véase «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *REP*, núm. 7, enero-febrero 1979, pp. 105 ss. y 115 ss.

[6] Es una posición común, aunque la idea del legislador negativo siga jugando iner-

tructor de leyes[7] e introduciendo en sus sistemas de control constitucional ciertos elementos difusos (especialmente, la cuestión de inconstitucionalidad, pero también, nos parece, el amparo), la conclusión no puede ser otra que la obsolescencia de la contraposición clásica entre sistema europeo-kelseniano y americano de control de la constitucionalidad por cuanto que no retrata «la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso». El autor se refiere en detalle, además, a la concepción de Kelsen del tribunal constitucional como «legislador negativo» y a su concreción en la *Oktoberverfassung* (1920) austriaca y pone de relieve cómo incluso la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad «fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más significativos», bien que a partir de la segunda postguerra mundial el «proceso relativizador» de tal bipolaridad «se acentuará de modo notable» con una tendencia clara a la convergencia, concretada en: a) la cuestión de inconstitucionalidad, imbuida de la dialéctica del caso concreto, bien que, a juicio de Fernández Segado, sólo «en un sentido impropio» en cuanto a su planteamiento, que coexiste con la abstracción de enjuiciamiento[8]; b) efectos virtualmente generales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema norteamericano por virtud del principio *stare decisis*; c) eficacia práctica del precedente[9], en particular por medio de las sentencias interpretativas de los tribunales constitucionales; d) asunción generalizada de la retroactividad de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

cialmente un papel acaso excesivo [véanse los distintos informes nacionales en ELISEO AJA (ed.), *Las tensiones entre el TC y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998]. Garlicki y Zakrzewski («La protection jurisdictionelle de la Constitution dans le monde contemporain», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, I, 1985, p. 31), por ejemplo, ponen también de relieve cómo el tratamiento de los Tribunales constitucionales como simple «législateur négatif» es «insuffusant». Y ello se acepta incluso en Austria (cfr. FÉLIX ERMACORA, «El Tribunal Constitucional austríaco», en el colectivo *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 274-275, donde se señala que el Tribunal Constitucional no es un mero «legislador en sentido negativo», sino que también puede desempeñar el papel de legislador en sentido positivo, aparte de que la protección de los derechos fundamentales y la creación jurisprudencial de verdaderas normaciones supone un notable acercamiento a la *judicial review* anglosajona). MANUEL ARAGÓN REYES [«El sistema español de justicia constitucional. Comentario Introductorio al Título IX», en ÓSCAR ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 24 ss.) subraya, así, cómo «cuando, como consecuencia de una serie de circunstancias, que no viene al caso aquí detallar, se recibe en Europa, poco a poco (aunque la eclosión ocurra en la segunda postguerra), el concepto norteamericano de Constitución [...] el modelo kelseniano de justicia constitucional queda plenamente obsoleto y en Europa se intenta no el cambio radical del mismo, sino su adaptación a esta nueva realidad. Adaptación como mixtura, como transacción entre el modelo 'difuso', que es el que resulta coherente con el concepto de Constitución que ahora se recibe, y el modelo de jurisdicción 'concentrada' y especial que es el que resultaba coherente con el concepto de Constitución que ahora abandona»].

[7] Como se ha dicho en la doctrina alemana con un cierto juego de palabras: *Gesetzvernichter*, como contraposición a *Gesetzgeber* (legislador, «dador» de leyes).

[8] Son interesantes, al respecto, las consideraciones de ALFONSO RUIZ MIGUEL, «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2000, Alicante, pp. 153 ss.

[9] Véase, no obstante, ROBERT ALEXY y RALF DREIER, «Precedent in the Federal Republic of Germany», en: D. NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Series «Applied Legal Philosophy», Darmouh Publishing, Aldershot, 1997, pp. 17 ss. y en general todos los trabajos recogidos en esta obra.

de tales tribunales frente a la concepción kelseniana de las mismas como una derogación por el «legislador negativo» con efectos *ex nunc*[10]; e) especialización *constitucional* progresiva de la Corte Suprema de los EEUU y empleo de categorías y técnicas decisorias propias de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*; y f) fallos atípicos de los tribunales constitucionales con función creadora[11].

3. Se refiere también el autor a la «centralidad» del modelo americano en el proceso de convergencia ya mencionado, «no entrañando», en realidad, «el modelo concentrado europeo-kelseniano más que modificaciones estructurales respecto de aquél» y ello por razones de índole fundamentalmente práctica a raíz de la asunción en Europa del concepto norteamericano de Constitución, así como de las experiencias históricas que hicieron ver al legislador como la principal amenaza para las libertades, lo que también va a llevar, como demuestra el autor, a que la magistratura ordinaria vea también «notabilísimamente potenciado» su «rol constitucional» en Europa, en especial en cuanto garantes ordinarios de los derechos (constitucionales, en especial)[12].

Fernández Segado también lleva a cabo, a continuación, un exhaustivo análisis de Derecho comparado para poner de relieve, país a país (Europa occidental y los «laboratorios» de justicia constitucional de la Europa oriental[13] e Iberoamérica[14]), «la hibridación del modelo kelseniano», que en lo sustancial seguirá prestando su estructura centralizada, con el control difuso (por medio, sobre todo, de las cuestiones de inconstitucionalidad), lo que ha llevado a Pegoraro a hablar de una suerte de *tertium genus* que compendiaría rasgos del sistema norteamericano y el kelseniano originario. Pero también estudia el autor la mixtura e hibridación en los países que han optado por la fórmula de la *judicial review* norteamericana. Y concluye verificando «la absoluta imposibilidad de reconducir los muy heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la

[10] Aunque, por otra parte, el TS norteamericano ha formulado, bien que con carácter excepcional, la doctrina de la prospectividad y también en ello le han seguido luego los tribunales constitucionales cuyas sentencias de inconstitucionalidad tienen efectos (en principio) retroactivos. Por otro lado, en Austria se prevé incluso la posibilidad de que el TC conceda una «prórroga jurisdiccional» (*Karenzfrist, Wartefrist*: plazo de espera), de hasta 18 meses actualmente, para que la inconstitucionalidad surta efectos (aunque siempre los genere respecto del proceso *a quo* o *Anlassfall*), lo que nos parece que sería una suerte de «vacatio sententiae», si se permite la expresión, y encajaría a la perfección con la concepción del TC como legislador negativo. Este tipo de sentencia con efecto diferido (y no meramente *ex nunc*) puede tener, por lo demás, su utidad excepcionalmente en ciertos casos, aunque su uso parece bastante discutible, por no decir *contra legem*, en sistemas como el español donde no se prevé tal posibilidad en la ley procesal [no obstante, véase la STC 235/1999 («no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo»), incongruente, por lo demás, con alguna afirmación anterior del nuestro TC].

[11] Sobre ello, véase FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La judicialización del Derecho constitucional», Cuadernos de la Cátedra F.F. Ceriol, núm. 3, Valencia, 1993, pp. 42 ss.

[12] Sobre la importancia de este aspecto, véase JUTTA LIMBACH, «The Role of the Federal Constitutional Court», *Fifty Years of German Basic Law. The New Departure for Germany*, Conference Report, American Institut for Contemporary German Studies, The Johns Hopkings University, Washington, 1999, pp. 19 y 29-31.

[13] Cfr. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1997.

[14] FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson y otras, Madrid, 1997.

que dimanan algunas otras» (*judicial review*/sistema kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*).

4. Precisamente con ello entramos en la parte final del libro, en la que el autor, tras haber constatado que «la concepción kelseniana del 'legislador negativo' ha operado como una auténtica 'idea fuerza' que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los tribunales constitucionales se ha tenido» y que —pese a su relativización— «los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica», examina algunas clasificaciones nuevas que permitan superar esa concepción que hoy no responde ya por más tiempo a la realidad (y no «retrata» bien a dicha rica realidad), para terminar proponiendo un esbozo de una clasificación que, «con una finalidad de mayor alcance analítico», permita «diferenciar un muy plural conjunto de variables [...] con las que ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades de control de la constitucionalidad», modalidades que, por lo general, «se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece». Esquemáticamente, la clasificación que termina bosquejando Fernández Segado sería la siguiente: A) Control de la ley: a) control preventivo o sucesivo (y dentro de éste, hay que diferenciar según el control esté o no precluído temporalmente); b) control objetivo o control competencial; B) Control con ocasión de la aplicación de la ley: a) control difuso o control concentrado en un TC, una Sala Constitucional o un Tribunal Supremo; b) según la instancia desencadenante del control sea: *a')* un órgano jurisdiccional (cuestión de inconstitucionalidad); *b')* una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos; *c')* órganos constitucionales del Estado que reivindican una atribución que consideren que ha sido indebidamente asumida por otro órgano estatal; *d')* entes territoriales que reivindican la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial; c) según la eficacia de las sentencias de constitucionalidad, particularmente las estimatorias, sea *inter partes* o *erga omnes*[15].

* * *

Nos encontramos, pues, ante un estudio teórico-constitucional e iuscomparado sobre la jurisdicción constitucional en el que se somete a crítica tanto la concepción del tribunal constitucional como «legislador negativo» que, de forma algo inercial, se sigue hoy manteniendo por muchos como algo poco menos que inmutable, como también la tradicional bipolaridad sistema europeo-kelseniano/*judicial review* norteamericana, que no «retratan» ya más la realidad y resultan ser, más bien, bastante simplistas a la luz de las ricas y bien variadas experiencias que el Derecho comparado nos ofrece y que se analizan sumariamente en el libro recensionado[16]; y además también se propone por Fernández Segado en la obra, ya desde una dimensión positivo-constructiva, un nue-

[15] También destaca Fernández Segado que hoy puede observarse, a modo de pauta general, «un progresivo desplazamiento del control de constitucionalidad de la ley al control con ocasión de la aplicación de las leyes, rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo».

[16] Un trabajo reciente de Derecho comparado es el de RAINER WAHL, «Das BVerfG im europäischen und internationalen Umfeld», *Aus Politik und Zeitgeschichte*, tomos 37-38, 2001, pp. 45 ss., quien destaca la necesidad de que la comparación entre tribunales constitucionales se extienda también a la jurisprudencia y a lo que cada tribunal «hace» del texto constitucional en su jurisprudencia (p. 51), algo que, sin embargo, nos parece que resulta bien difícil más allá de los estudios monográficos sobre cuestiones concretas o el análisis de la tipología de sentencias de constitucionalidad.

vo esquema analítico de clasificación más acorde con esa realidad de la justicia constitucional de nuestros días para explicar las más diversas manifestaciones concretas de la misma en los distintos países.

Sin duda, estas propuestas y análisis habrán de generar debate y ése es, precisamente, sin duda, el objetivo de la colección en que se inserta la publicación comentada y de su autor.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

Por CARLOS F. NATARÉN *

Hacer del proceso penal un instrumento eficaz de realización de la justicia —lo que implica plenitud de garantías, tanto para el justiciable como para la sociedad— es un objetivo compartido por todos los ordenamientos jurídicos; sin embargo, a pesar de ser un tópico del Derecho procesal penal, su incorporación al terreno de los fines unánimemente aceptados y, por tanto, irreprochables, no ha significado que se alcance plenamente; de hecho, la búsqueda de este objetivo exige un constante esfuerzo de perfeccionamiento de las instituciones jurídicas.

Como es sabido, en el actual Estado de Derecho [1] el proceso penal esta basado en el denominado *principio acusatorio* [2], que convierte al Ministerio Público en una pieza fundamental del sistema. Dada la naturaleza del Derecho penal, la sociedad no deja en manos de los particulares la imposición de la pena, sino que son los órganos jurisdiccionales, a través del proceso, los únicos que pueden hacer realidad el *ius punendi* del Estado. Ahora bien, lo que exige el principio acusatorio es que alguien distinto al órgano juzgador, presente en el proceso una acusación.

* Doctorando en Derecho procesal en la Universidad Complutense de Madrid. Becario del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México [Conacyt].

[1] Siguiendo a Diego Valadés, partimos de que Estado de Derecho es aquel en el que la actividad estatal se encuentra sujeta a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y a la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos. Cfr. DIEGO VALADÉS, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 7-8.

[2] El principio acusatorio en su uso más común implica que el proceso, desde el primer momento ha de desarrollarse como una contradicción igualitaria con una imprescindible parte acusadora; implica también que sean distintos los órganos jurisdiccionales responsables de la instrucción y de la decisión; que haya de darse relación entre la sentencia y la acusación, estando el Tribunal vinculado a esta; que la acusación no es sólo imputación de hechos determinados a personas concretas, sino también calificación jurídica única de estos hechos; que esta prohibida la *reformatio en peius* (en los recursos).

Al respecto se ha señalado que bajo la denominación de este principio se incluyen demasiadas cosas, que si bien están relacionadas y compenetradas entre si, la relación no es esencial y por tanto, tampoco necesaria; en este sentido puede verse el epígrafe §1.12 *Principios informadores del proceso penal*, y en especial §1.69 *Los denominados «principio acusatorio» y «sistema acusatorio»*, en la obra de ANDRÉS DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 29 y ss.