

ENFRENTAR EL PANJUDICIALISMO EPISTÉMICO:  
LA ESCOTOMIZACIÓN DE FORMAS POLÍTICAS  
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

**Guillaume Tusseau**

*Profesor de la Escuela de derecho de Sciences Po,  
Miembro del Institut universitaire de France*

Recibido: 01-06-2017

Aceptado: 11-06-2017

**SUMARIO**

*Introducción.*

*I. El control político por órganos jurídicos tradicionales.*

*A. El control político por un órgano legislativo.*

*1. El control de un órgano legislativo sobre otro órgano legislativo.*

*2. El control de un órgano legislativo sobre sí mismo.*

*B. El control político por un órgano ejecutivo.*

*II. El control político por órganos jurídicos originales.*

*A. El control político por un Estado miembro de una federación.*

*B. El control político por un órgano ad hoc.*

*C. El control político por el pueblo.*

*Conclusión.*

## ***Introducción***

1. La época actual ve culminar un movimiento profundo de difusión, a nivel mundial, de un tipo de Estado que podría ser llamado “Estado constitucional”. Esta nueva figura se ha implantado sólidamente desde la Segunda Guerra mundial en varios países, por causa de cambios institucionales más profundos que se han producido en países de Europa del este y, más recientemente, en varios países de África, Asia y América del Sur.

De manera esquemática, el Estado constitucional se basa esencialmente en el establecimiento de constituciones escritas, previendo elementos tales y como unos derechos fundamentales, el Estado de derecho, la preeminencia del derecho, la democracia representativa, unas elecciones libres, la separación de los poderes, un poder judicial independiente, una cierta autonomía de los poderes locales, etc. Como lo nota por ejemplo Louis Henkin “Generalmente una constitución fija las formas y las instituciones del gobierno. Usualmente expresa o refleja una ideología político-económica, incluyendo los principios que gobiernan las relaciones entre el individuo y la sociedad. [...] En general, las constituciones modernas y prescriptivas reflejan y le dan efecto al constitucionalismo y al estado de derecho. El constitucionalismo no ha sido definido con autoridad en ninguna parte, pero según el uso común del término, se entiende que una constitución diseñada para reflejar el constitucionalismo tendrá elementos comunes, con algunas variaciones. Instauro la soberanía del pueblo y deriva su autoridad su autoridad de la voluntad popular. Prescribe un proyecto de gobierno responsable y responsable ante el pueblo a través del sufragio universal en elecciones periódicas. La autoridad gubernamental debe ser ejercida solo de acuerdo con leyes establecidas conforme a procesos constitucionales y congruentes con las prescripciones y limitaciones constitucionales. Varios sistemas constitucionales fraccionan la autoridad gubernamental a través de una separación de los poderes u otros pesos y contrapesos. (Algunos sistemas dividen la autoridad verticalmente a través de algunas formas de federalismo). Cada vez más, las constituciones prevén un control constitucional ejercido por una corte o alguna otra institución independiente con autoridad para monitorear la conformidad con las prescripciones constitucionales y para proveer soluciones a su violación. El constitucionalismo implica también que la constitución no puede ser suspendida, eludida o ignorada por órganos políticos del gobierno, y que puede ser emendada solo a través de procedimientos apropiados para cambiar su carácter constitucional y que da efecto a la voluntad popular al actuar constitucionalmente<sup>1</sup>.”

1 L. Henkin, «Elements of Constitutionalism», in *International Commission of Jurists. The Review*, n° 60, 1998, pp. 11-22, pp. 11-12.

Más allá de la proclamación de estos principios y de la puesta en marcha de estos dispositivos, el Estado constitucional se caracteriza sobre todo por la voluntad de asegurar su efectividad concreta, de manera que no sean meras “reglas de papel” que disimulan una realidad diferente, sino que logren realmente enmarcar la vida de los ciudadanos y la práctica de las instituciones políticas. La innovación esencial consiste en la instauración de una instancia independiente de los otros poderes (Jefe de Estado, Gobierno, Parlamento, gobiernos locales, etc.) y cuya misión específica consiste en preservar los valores proclamados por la constitución y en garantizar el buen funcionamiento de las instituciones creadas por esta última. El derecho constitucional contemporáneo le otorga a una institución que no es otra que el juez constitucional este rol crucial.

2. A modo de ejemplo, los Estados Africanos han, sin excepción, escogido dotarse de ese elemento clave del constitucionalismo occidental contemporáneo: un sistema de justicia constitucional. Como lo subraya de esta manera un especialista, “si ha habido una innovación mayor en estos últimos años en la historia política e institucionales de los Estados Africanos es el rol jugado por las cortes constitucionales. Casi inexistentes durante los treinta años posteriores a la independencia, estas cortes han literalmente irrumpido en los regímenes africanos. Han sido no solamente instituidas en las nuevas leyes fundamentales, pero también puestas en marcha. Además, ejercen efectivamente unas atribuciones extensas. (...) Las decisiones son aplicadas, respetadas sin importar su contenido ni su alcance. (...) La mirada de las cortes a las reglas constitucionales y la importancia de su rol en el funcionamiento de las instituciones hacen de estas un elemento fundamental del régimen constitucional y de la realidad política<sup>2</sup>.” Signo de una cierta “estandarización política e institucional”<sup>3</sup> global en favor de un “constitucionalismo pluralista y democrático”, característico de una “época marcada por los esfuerzos para asegurar la difusión de la ideología jurídica y la promoción del

2 J. du Bois de Gaudusson, «Point d’actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones», in *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, xxi+489 p., pp. 341-346, pp. 344-345. V. en el mismo sentido Id., «Les solutions constitutionnelles des conflits politiques», in *Afrique contemporaine*, n° 180, 1996, pp. 250-257, pp. 251-252; Id., «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, lxxii+1783 p., pp. 609-627, pp. 612-614; Id., «Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique», in *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, pp. 55-56; M.-M. Mborantsuo, *La contribution des cours constitutionnelles à l’Etat de droit en Afrique*, préf. C. Debbasch, Paris, Economica, 2007, xv+365 p.

3 J. du Bois de Gaudusson, «Le mimétisme postcolonial, et après ?», in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 45-55, p. 52.

Estado de derecho<sup>4</sup>”, la ingeniería desplegada de esta manera se basa en el presupuesto según el cual la garantía de “la ley suprema del país<sup>5</sup>” debe ser confiada a un juez, más que a alguna otra autoridad. Sin embargo, lo que parece haberse vuelto un elemento central de “la ortodoxia de las democracias constitucionales” no presenta carácter de necesidad alguno. *Hic et nunc*, la puesta en marcha de un sistema de justicia constitucional es el resultado de una elección. Este último toma lugar en un contexto más o menos exigente. Contribuyen a esta elección principalmente la tradición de lazos históricos y culturales con ciertos países desarrollados, la semejanza de los marcos conceptuales de los juristas, la presencia y la experiencia de expertos extranjeros, las presiones internacionales y regionales, las exigencias de los socios capitalistas, a los cuales pueden sumarse las estrategias de los perdedores políticos del momento, preocupados por preservar su posición anterior a través de la instauración de un dispositivo capaz de limitar el poder de los nuevos dirigentes, y las presiones de empresas que desean crear un ambiente jurídico seguro para sus inversiones, etc<sup>6</sup>. De esta manera, “estado último de la evolución, el control y la sanción de los jueces, comenzando por los del juez constitucional, se refuerzan con regularidad. En los ojos de la doctrina constitucional, este rol del juez se ha vuelto la clave del nuevo sistema: vemos en él una de las principales manifestaciones del progreso constitucional y figura a la cabeza de los criterios de buen gobierno constitucional y democrático definidos por la doctrina y las políticas y también por las instituciones internacionales y los socios capitalistas<sup>7</sup>.” A pesar del estatus de evidencia del que goza hoy, esta manera de asegurar la preservación de la constitución, de garantizar el buen funcionamiento de las instituciones que ella misma crea y de proteger los derechos fundamentales que proclama, no es para nada inevitable. Conviene recordar la violencia de la controversia que opuso hace un siglo a Hans Kelsen y Carl Schmitt a propósito del guardián de la Constitución. Esta controversia dependía de las circunstancias de la época –el debate sobre el *Prüfungsrecht*, la decadencia del régimen de Weimar, las preferencias políticas de los autores, etc. A pesar de ello, ponían en evidencia, de manera un tanto dramática, la cuestión del principio central de la elección de política constitucional que consiste en adoptar un sistema de

4 J. du Bois de Gaudusson, «L'accord de Marcoussis, entre droit et politique», in *Afrique contemporaine*, n° 206, 2003, p. 42.

5 Art. VI C de EEUU.

6 V. igualmente G. Tusseau, «La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma», in *Parlamento y constitución. Anuario. Año 2015*, n° 17, 2016, pp. 9-36.

7 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», in *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii+1148 p., p. 337.

control de constitucionalidad donde esta misión recaiga en jueces y no en otras autoridades tildadas de “políticas”.

3. Según su etimología, la palabra “control” es el resultado de la contracción de las palabras “contre” y “rôle”. Se refiere a un segundo registro que permite verificar las informaciones contenidas en otro registro. En un contexto jurídico, se puede concebir el control como sugiere Charles Eisenmann. Según él, «Quien dice ‘control jurisdiccional’ dice ‘control jurídico’, es decir control de la regularidad jurídica, en otras palabras: de la regularidad o de la irregularidad frente a las reglas de derecho. El control es entonces la confrontación del objeto (en el sentido más amplio del término) con el modelo que dichas reglas dibujan y constituyen. ...y suponemos que dicho control termina en una decisión que –por lo menos– pronuncie que hay regularidad, es decir acuerdo con las reglas, o bien, al contrario, irregularidad, es decir desacuerdo, divergencia; así y solo así hay poder de control, poder jurídico. Cuáles son las consecuencias del juzgamiento de control, esa es otra cuestión susceptible de reglamentos o soluciones diferentes. Pero, independientemente de esas soluciones, podremos decir que existió operación de control y juzgamiento (en el sentido de la lógica) de control, es decir de conformidad o no-conformidad a las normas-modelo<sup>8</sup>.»

En el contexto del control llamado «de constitucionalidad», las normas-modelo son las que contiene la constitución.

4. Definida así, la actividad de control puede ser organizada de diversas maneras. La doctrina jurídica francesa ha asimilado frecuentemente que es posible separar dos grandes formas de control de constitucionalidad. Si bien es cierto que el único control que había conocido la historia constitucional de Francia había sido de naturaleza eminentemente política, la Vª Republica logró poner en marcha un control jurisdiccional de constitucionalidad con la instauración del Consejo constitucional<sup>9</sup>.

Sin embargo, es posible manifestar un cierto número de dudas respecto a la claridad de tal dicotomía entre control político y control jurisdiccional de constitucionalidad.

8 C. Eisenmann, «Le contrôle juridictionnel des lois en France», in Id., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, C. Leben (éd.), Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. «Les introuvables», 2002, 668 p., p. 536.

9 Título VII de la Constitución del 4 de Octubre de 1958.

En primer lugar, no parece posible identificar una “esencia” de lo jurídico o jurisdiccional<sup>10</sup>, como tampoco parece posible identificar una esencia de lo político<sup>11</sup>.

En segundo lugar y de manera más precisa, en lo concerniente a la justicia constitucional, pocos autores estarían dispuestos a sostener el carácter apolítico o estrictamente y exclusivamente “jurídico” del control de constitucionalidad ejercido por jueces con una reputación bien establecida, como los jueces de la *Supreme Court of the United States* o del *Bundesverfassungsgerichtshof*. En el plano orgánico, la nominación de unos y otros se opera según modalidades en las cuales jamás están ausentes la intervención del poder político o bien las consideraciones partidistas<sup>12</sup>. Así, la designación de un juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos es un factor esencial en el mandato de cada Presidente, así como un objeto de difícil discusión con el Senado quien es el que ratifica la nominación. En Alemania la designación de 16 jueces de la Corte constitucional federal por el Bundestag y el Bundesrat obedece a un sutil equilibrio entre las fuerzas políticas, tomando en cuenta a los grandes partidos así como a los pequeños y ventilando las sedes entre jueces afiliados y jueces no afiliados a los principales partidos<sup>13</sup>. De manera general, procesos de “lottizzazione” en la atribución de la carga de juez constitucional son muy frecuentes y presentes, por ejemplo en Italia<sup>14</sup> así co-

10 V. en general I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle*, préf. Troper M., Paris, Dalloz, coll. «Nouvelle bibliothèque de thèses», 2005, xi+449 p. V. p. ej., sobre las dificultades de la definición de la noción de jurisdicción constitucional, M. Waline, «Éléments d’une théorie de la justice constitutionnelle en droit positif français», in *Revue du droit public*, 1928, pp. 441-462; V. Bouvier, «La notion de juridiction constitutionnelle», in *Droits*, n° 9, 1989, pp. 119-129; C. Santulli, «Les juridictions de droit international: essai d’identification», in *Annuaire français de droit international*, Vol. 47, 2001, pp. 45-61; Id., «Qu’est-ce qu’une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l’O.R.D.», in *Annuaire français de droit international*, Vol. 46, 2000, pp. 58-81; C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (dir.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2005, ix+188 p.

11 *Contra*, v. sin embargo J. Freund, *L’essence du politique*, rééd., postf. P.-A. Taguieff, Paris, Dalloz, coll. «Bibliothèque Dalloz», 2003, 870 p.

12 Para una presentación general, v. p. ej. L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, , xiv+305 p.

13 M. Fromont, «Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 163.

14 J.-C. Escarras, «Italie», in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 4, 1988, pp. 165-181, pp. 169-175; M.L. Volcansek, «Political Power and Judicial Review in Italy», in *Comparative Political Studies*, Vol. 26, 1994, pp. 492-509; Id., *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court*, London, Macmillan Press, New York, St Martin’s Press, 2000, ix+195 p., pp. 21-24; L. Pesole, «Composizione della Corte costituzionale e autonomie territoriali», in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, G. Giappichelli, coll. «Quaderni della Rivista di diritto costituzionale», Vol. 3, 2004, xiii+259 p., pp. 13-65, p. 23; I.N. Guerrero, «Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali», in P. Costanzo (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della*

mo en Suiza<sup>15</sup>, en Perú<sup>16</sup>, en Portugal<sup>17</sup>, en España<sup>18</sup>, en Croacia<sup>19</sup> o en Hungría<sup>20</sup>.

El ejercicio de sus funciones los conduce incluso a pronunciarse sobre los principios que constituyen el zócalo mismo del Estado. Esto implica pronunciarse sobre grandes temas de sociedad, como el derecho al aborto<sup>21</sup>, la bioética, la eutanasia<sup>22</sup>, la pena de muerte<sup>23</sup>, los derechos de parejas del mismo sexo<sup>24</sup>, etc.

*Corte costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1996, x+778 p., pp. 111-121.

15 P. Knufer, «Le cas du Tribunal fédéral suisse», in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 4, 1988, pp. 219-227, pp. 221-222; A. Jomini, «Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005.

16 C. Landa, «Estatuto del juez constitucional en el Perú», in Fix-Zamudio H., Astudillo C. (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje a Jorge Carpizo*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 830 p., pp. 573-612, p. 575.

17 S. Amaral Garcia, N. Garoupa, V. Grempi, «Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal», in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, 2009, pp. 381-404.

18 J. García Roca, «El estatuto de los magistrados constitucionales en España», in Fix-Zamudio H., Astudillo C. (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje a Jorge Carpizo*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 830 p., pp. 725-753, p. 739.

19 W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Norwell, MA, Springer, 2005, xviii+377 p., p. 16.

20 M. De Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Portland, Hart, 2014, xliii+484 p., pp. 206-207.

21 V. p. ej. CSEEUU, *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973); Consejo constitucional francés, Decisión n° 74-54 DC de 15 de enero de 1975; Corte constitucional federal de Alemania, BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993); Corte constitucional de Hungría, decisión 64/1991 (XII.17); Tribunal constitucional de Portugal, n° 25/84 y 85/85.

22 V. p. ej. D. Garrow, «The Right to Die: Death with Dignity in America», in *Mississippi Law Journal*, Vol. 68, 1999, pp. 407-430; J. Marshall, «The Right to Die: An Extension of the Right to Privacy», in *The John Marshall Law Review*, Vol. 18, 1985, pp. 895-914.

23 V. p. ej. CSEEUU, *Furman v. Georgia* 408 US 238 (1972); *Robert v. Simmons* 543 US 551 (2005); *Kennedy v. Louisiana*, No. 07-343; Corte constitucional de Sudáfrica, *The State v. T Makwanyane and M Mchumu* (CCT/3/94).

24 V. p. ej. Corte constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); CS de Canada, *M. c/ H.* [1999] 2 RCS 3; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698. V. G. Tusseau, «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: La liberté sexuelle devant les juridictions constitutionnelles (Cour suprême de l'Inde, 11 décembre 2013, *Suresh Kumar Koushal and another v. NAZ Foundation and others*, civil appeal n° 10972 de 2013 et Cour suprême du Canada, 20 décembre 2013, *Canada (Procureur général) c/ Bedford*, 2013 CSC 72)», in *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 1224-1235; Id., «Un exemple de judiciarisation (autolimitée) de la politique: la liberté sexuelle devant les juridictions constitutionnelles», in L. Pegoraro, S. Bagni, G. Pavani (a cura di), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*, Bologna, Filodiritto editore, coll. «Universitaria», 2016, 307 p., pp. 225-246.

En consecuencia, los jueces son conducidos por sus decisiones a contribuir en gran medida a la determinación del *ethos* de la sociedad. Las actuales jurisdicciones constitucionales están frecuentemente inmersas en la resolución de cuestiones determinantes concernientes a los fundamentos mismos de los Estados en las que ellas intervienen. Así, la Corte constitucional sud-africana participó en la instauración de un nuevo orden democrático, controlando el respeto constitucional de un número determinado de valores fundamentales que fueron incluso a pedir al “soberano” revisar su posición en lo concerniente a un determinado número de puntos. En Canadá, el fracaso del segundo referéndum sobre la soberanía en Quebec, condujo al gobierno federal a pedir a la Corte suprema que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la secesión y sobre las modalidades que deberían enmárcala cuando esta proceda<sup>25</sup>. El juez constitucional tuvo así que pronunciarse nada menos que sobre la posibilidad de una eventual división de Canadá así como de sus condiciones<sup>26</sup>. Lo mismo ocurre con el Tribunal constitucional español, frente a los proyectos independentistas catalanes. Varias jurisdicciones constitucionales tuvieron que determinar la validez de golpes de Estado que violaban las normas constitucionales vigentes<sup>27</sup>. La jurisprudencia de las cortes constitucionales europeas a propósito de la integración supranacional resulta también de suma importancia para la determinación de la forma de existencia de las unidades políticas<sup>28</sup> y las formas de interacción entre constitucionalismo nacional y constitucionalismo supranacional<sup>29</sup>.

25 CS de Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

26 V. p. ej. sobre dichas cuestiones R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2004, 214 p.

27 V. p. ej. T. Mahmud, «Jurisprudence of Successful Treason: Coup d’Etat & Common Law», in *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 1994, pp. 49-140.

28 V. p. ej. Consejo constitucional francés, Décisions n° 92-308 DC de 9 de abril de 1992, *Traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 55; 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992, *Traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 76; 92-313 DC de 23 septiembre de 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 94; 2004-505 DC de 19 de noviembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe, Rec.*, p. 173; 2007-560 DC de 20 de diciembre de 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l’Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, Rec.*, p. 459; Tribunal constitucional español, Declaraciones n° 1/1992, 1/2004; Corte constitucional de Alemania, BVerfGE, 30; 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09; Tribunal constitucional de Polonia, Decisiones K 18/04 du 11 mai 2005 et K 32/09. V. J. Tajadura, J. de Miguel (coord.), *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, pról. A. Torres del Morral, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, xviii+322 p.

29 V. p. ej. G. Tusseau, «Un chaos conceptuel qui fait sens: la rhétorique du constitutionnalisme global», in J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Penser le droit», 2012, xiii+302 p., pp. 182-228; Id., «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: La gouvernance économique et monétaire européenne au



Un número importante de “dramas” étnicos, sociales, económicos, etc., no se resuelven ante las clásicas instancias de representación política, por lo que se resuelven ante el juez. Por eso, la idea de un control político de constitucionalidad claramente distinto del control jurisdiccional debe manejarse con prudencia.

5. Desde un punto de vista externo, aunque unos y otros no están claramente definidos, parece que dos grupos de criterios podrían servir al establecimiento de la distinción entre un control jurídico y un control político de constitucionalidad.

(1) El primer criterio consiste en la calificación de político partiendo de la composición del órgano encargado del control de constitucionalidad. Se subdivide en dos sub-criterios analíticamente distintos.

(1.1) El primero se circunscribe a las modalidades de selección de los miembros del órgano. Será considerado como político un control ejercido por un órgano en el cual sus miembros fueron elegidos en función de su cercanía con ciertas ideologías políticas y no en función de sus competencias técnicas.

(1.2) El segundo se circunscribe al modo de designación de los miembros del órgano. Será considerado político un control ejercido por un órgano en el cual su composición es mayoritariamente o exclusivamente hecha en función de elecciones o de nominaciones efectuadas por autoridades políticas.

(2) El segundo grupo de criterios empleados para diferenciar un control político de un control jurídico tiene que ver con las modalidades de funcionamiento del órgano encargado de tal actividad. Nuevamente, dos sub-criterios deben ser disociados en el plano conceptual.

(2.1) El primero se reporta al modo de toma de decisión del órgano en cues-

prisme du constitutionnalisme allemand. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, et 18 mars 2014, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12», in *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 602-614; Id., «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: Le constitutionnalisme européen aux prises avec la «désobéissance institutionnelle» des juges nationaux (Tribunal constitutionnel polonais, Décision SK 45/09 du 16 novembre 2011; Cour constitutionnelle tchèque, Décision Pl. ÚS 5/12 du 31 janvier 2012, *Pensions slovaques*)», in *Revue française de droit administratif*, 2013, pp. 149-157; Id., «*Irregularare aliquod et tantum non* monstro simile»: remarques sur les heurs et malheurs des dialogues juridictionnels transconstitutionnels», in P. Brunet, K. Hasegawa, H. Yamamoto (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Paris, Mare & Martin, 2014, 304 p., pp. 97-140.

tión así como a su relativa proximidad *vis-à-vis* de prácticas consideradas *hic et nunc* como representativas de la función jurisdiccional. Puede así ser considerado como “político” un control que se aleja de exigencias tales como: la imparcialidad de jueces, la presencia de partes (en el sentido de individuos que hacen valer un interés por actuar) en el proceso, el enjuiciamiento en forma colegiada, el respeto al principio de contradicción, la publicidad de debates, el hecho de decidir después de la entrada en vigor de la norma objetada, etc.

(2.2) El segundo tiene que ver con el tipo de argumentación desarrollada por el órgano encargado del control de constitucionalidad y su relativa proximidad *vis-à-vis* de prácticas consideradas *hic et nunc* como representativas de la función jurisdiccional. Puede entonces considerarse “político” un control donde el resultado es producto de un razonamiento formulado en términos de oportunidades o de preferencias, en oposición a un razonamiento apoyado sobre una motivación de apariencia deductiva y que da como resultado la conclusión de premisas que son presentadas como perteneciente al derecho positivo.

6. Lejos de las evidencias del horizonte constitucionalista contemporáneo que tienden a ocultarlo, a sacarlo de nuestro espíritu consciente, es decir en términos psicoanalíticos, a escotomizarlo, el control político de constitucionalidad conserva un interés incontestable. Es casi como si, en la ciencia del derecho constitucional contemporánea, se veía solo los jueces, de forma que se desarrollara una forma de panjudicialismo epistémico. Me parece que tal perspectiva puede conducir a planteamientos erróneos.

En primer lugar, en el plano histórico, el central político ha gozado de una preeminencia segura. Fue dominante en varios Estados durante todo el siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX y es solidario con una experiencia, con una cultura y con una memoria original. Las olas sucesivas por las cuales la justicia constitucional se ha desarrollado son testigos del carácter globalmente reciente del fenómeno de judicialización de la garantía de la constitución. No se trata probablemente de nada más que una etapa en la trayectoria del constitucionalismo, que no debería ocultar a sus antecesores.

En segundo lugar, *de lege ferenda*, los incontables debates que suscita la cuestión de la legitimidad de los jueces constitucionales conducen al desarrollo cada vez más afirmado de propuestas doctrinales y a políticas favorables al hecho

de “quitarle la constitución a los tribunales”<sup>30</sup>. Ya sea por miedo de un gobierno de jueces reclamando una forma de supremacía de la interpretación constitucional dada por los tribunales sobre la dada por otros actores jurídicos, o basándose en estudios empíricos acreditando la ausencia de capacidad superior de los jueces sobre los actores políticos para asegurar el respeto de la constitución<sup>31</sup>, el control jurisdiccional de constitucionalidad es hoy objeto de contestaciones nuevas.

En tercer lugar, aun si el control político de constitucionalidad ha sido suplantado por el control jurisdiccional, no ha sido eliminado por este último. Simplemente ha debido adaptarse a su aparición y a su implantación duradera. Por ellos, no está descartado que las dos formas de control puedan, puntualmente, entrar en competencia, o hasta en conflicto. Otros actores diferentes de los jueces interpretan necesariamente la constitución desde el punto de vista de su propia acción y del examen de los otros órganos, y hacen de ella la referencia de un control<sup>32</sup>. El análisis estratégico de las interacciones constitucionales tira provecho de tales situaciones, que no pueden ser explicadas sin tener en cuenta la manera en la cual una pluralidad de actores de tipos diversos está en condiciones de apreciar la conformidad a la constitución de comportamientos, abstenciones o normas. La jurisdiccionalización del control de constitucionalidad no debe entonces llevar a ignorar las formas de garantías competidoras, complementarias o antagonistas, que pueden existir y contribuir a que “las Constituciones cumplan con (...) su función de reglamentación de las relaciones políticas”<sup>33</sup>. No puede imponerse, como lo hace actualmente, sino a través de una interacción compleja con relación a los otros dispositivos, que contribuyen, *hic et nunc*, a darle su configuración particular al sistema de protección de la constitución en su conjunto<sup>34</sup>.

30 M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000, xii+242 p.

31 V. p. ej. *ibid.*; L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, xii+363 p.; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, x+270 p.; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, ix+332 p.; Id., «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale LJ*, Vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.

32 V. p. ej. T. Giraud, *L'interprétation de la constitution par les organes non juridictionnels*, Th. Droit public, Université Paris X – Nanterre, 2005, 464 p.; K.E. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, x+303 p.

33 J. du Bois de Gaudusson, «Introduction. 1 – Le constitutionnalisme en Afrique», op. cit., p. 11.

34 V. en ese sentido G. Tusseau, «Le pouvoir des juges constitutionnels», in M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, 3 Vol., Paris, Dalloz, 2012, Vol. 3, xxxvi+825 p., pp. 169-206; Id., «Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison», in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 55, 2012, pp. 41-83.

En cuarto y último lugar, la existencia y el desarrollo mismos de las jurisdicciones constitucionales suscitan y renuevan una dinámica de apropiación política de la constitución. Por ello “Notaremos [...] el lugar concedido en el discurso político a las consideraciones políticas y a los intercambios de argumentos legales, sacados de la constitución y de las interpretaciones que hacemos de ella. El argumento constitucional se privilegia en los debates políticos y la referencia al derecho se ha vuelto un paso obligado de la legitimidad, bien sea en relación a la opinión nacional, o de la comunidad internacional<sup>35</sup>.” Con estas palabras se subraya la importancia de la invocación de la constitución como parámetro de buen comportamiento por otros actores diferentes de los jueces. Aun si hay a veces, sin duda alguna, unas “instrumentalizaciones políticas y partidarias de las reglas constitucionales”<sup>36</sup>, no son menos significativas del tipo de prácticas institucionales a las cuales el constitucionalismo contemporáneo da lugar. El rebasamiento del estudio de las formas jurisdiccionales de control de la aplicación de la constitución al cual invita el autor se revela crucial para dimensionar el “rol del derecho constitucional como norma fundamental y obligatoria, en la realidad como en el imaginario de las poblaciones, de los elegidos y de los otros actores del juego político”<sup>37</sup>. El control político de constitucionalidad merece no ser desatendido ni excluido del conjunto de variables explicativas del comportamiento y de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales, así como del funcionamiento de un sistema político en su conjunto, que aparece de ese modo como “judicializado”<sup>38</sup>.

35 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», *op. cit.*, p. 336. V. également Id., «Les solutions constitutionnelles des conflits politiques», *op. cit.*, pp. 252-255; Id., «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», *op. cit.*, p. 612.

36 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», *op. cit.*, p. 339.

37 J. du Bois de Gaudusson, «L'accord de Marcoussis, entre droit et politique», *op. cit.*, p. 49.

38 C.N. Tate, T. Vallinder, (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press, 1995, xii+556 p.; D.W. Jackson, C.N. Tate (ed.), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport (Conn.), London, Greenwood Press, 1992, viii+214 p.; P.C. Magalhães, *The Limits of Judicialization. Legislative Politics and Constitutional Review in Iberian Democracies*, PhD., University of Ohio, 2003, xvii+398 p., accessible sur [http://etd.ohiolink.edu/view.cgi?acc\\_num=osu1046117531](http://etd.ohiolink.edu/view.cgi?acc_num=osu1046117531); J. Couso, A. Huneeus, R. Sieder (ed.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010, xii+287 p.; B. Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, London, New York, Routledge, 2012, xiv+240 p.; R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell (ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005, xiii+305 p.; A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, xii+232 p.; Id., «The Politics of Constitutional Review in France and Europe», in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5(1), 2007, pp. 69-92; Id., In the Shadow of the Constitutional Council: The 'Juridicisation' of the Legislative Process in France», in *West European Politics*, Vol.

7. El objetivo del presente texto es por lo tanto, a fines de identificar lo impensado o, más correctamente, lo ignorado y lo escotomizado del pensamiento constitucional contemporáneo, proponer una cartografía de esta forma institucional. Más que a través de una clasificación perfectamente rigurosa y exhaustiva, una puesta en orden de diferentes tipos de controles políticos de constitucionalidad puede ser sugerida por medio de una gradación relativamente impresionista. Esta progresará a través de los ejemplos a medida que el control de constitucionalidad es ejercido por actores de los cuales uno se espera de manera cada vez menos espontánea e intuitiva a que esta función les sea atribuida. De esta manera y a grandes rasgos, es posible distinguir las operaciones a las que se dedican los órganos jurídicos tradicionales, tales y como una asamblea legislativa o un Jefe de Estado (I), de las que conciernen a actores jurídicos más originales, tales y como el Estado federado, un órgano *ad hoc* o, finalmente, el pueblo en si (II).

### ***I. El control político por órganos jurídicos tradicionales***

8. Los “órganos jurídicos tradicionales” pueden ser definidos como aquellos que reciben un cierto número de funciones jurídicas del orden jurídico. Es a aquellas misiones que se suma el control de constitucionalidad.

En vista de identificar esta última, es posible apegarse a la tripartición tradicional de poderes<sup>39</sup>. Por otra parte, el poder judicial excluye hipotéticamente de las funciones a los órganos susceptibles de ejercer un control “político” de constitucionalidad, lo que de esta manera se opone al poder legislativo y al poder ejecutivo.

En este cuadro, el sentido que se da a los términos “ejecutivo” y “legislativo” es esencialmente orgánico y se justifica por razones didácticas. En efecto, en un plano material, el control de constitucionalidad de un acto jurídico, en la medida que puede llegar a invalidar esta norma, conduce necesariamente, al que lo ejerce, a crear dos tipos de normas<sup>40</sup>. En primer lugar, si su decisión es necesaria pa-

12, 1989, pp. 12-34; M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, xi+417 p.; A. Stone, *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, vi+312 p.

39 A título de ejemplo, dicha tripartición es puesta en tela de juicio en Venezuela, donde la Constitución distingue cinco poderes: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y ciudadano. V. p. ej. N.P. Sagüés, «Cultura constitucional y desconstitucionalización», in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Vol. 16, 2010, pp. 97-108, p. 101. Tal es también en caso en Ecuador y en Bolivia.

40 Para una demostración completa, v. M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la

ra que empiece la vigencia de la norma en cuestión, él ejerce un poder de co-decisión y se remarca, por ejemplo en el caso de una ley, co-autor de esta ley y por tanto detentaría un poder de tipo legislativo. Si la decisión de controlar interviene después de iniciada la vigencia de la norma controlada, la posibilidad de anulación, por medio de la producción de una norma de abrogación, constituye en este caso el ejercicio de un poder del mismo nivel, que ese en el cual se sitúa la norma censurada. Así, en la hipótesis del control de la validación de una ley, una decisión de abrogación es constitutiva del ejercicio de un poder de tipo legislativo<sup>41</sup>. En segundo lugar, el órgano encargado de ejercer un control de constitucionalidad es necesariamente conducido ya sea para identificar principios constitucionales no escritos, o para interpretar los enunciados del documento constitucional, i.e. para determinar su significación normativa. Resulta de ahí, que este actor crea, además de una norma de la jerarquía de la que controla, otra norma, de rango constitucional. Así en la hipótesis del control de una ley, es simultáneamente en un plano material, un legislador y un constituyente.

Es solamente con fines didácticos que propongo distinguir las situaciones en las cuales un control político de constitucionalidad es ejercido por un órgano legislativo (A), de las cuales este es ejercido por un órgano ejecutivo (B).

### A. El control político por un órgano legislativo

9. Además de un órgano *ad hoc*, el constituyente puede confiar el control de constitucionalidad a un órgano ya dotado por otra parte de competencias. Es en primer lugar el caso en el cual es a un órgano legislativo que recae, solo o de forma concurrente con otros órganos, el control. Dos grandes tipos de situaciones deben sin embargo ser distinguidas con el fin de dar cuenta de la práctica en la materia. La situación en la cual dos órganos legislativos distintos coexisten, y en la cual uno de dichos órganos tiene como función el control de la actividad del otro (1), se opone

supralégalité constitutionnelle», in Id., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p., pp. 293-315.

41 V. en ese sentido la tesis del legislador negativo de H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», in *Revue du droit public*, 1928, pp. 223-227; Id., *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. fr. et intro. S. Baume, Paris, Michel Houdiard éditeur, coll. «Les sens du droit», 2006, 138 p., pp. 87, 127-128 n. 11. Sobre ese tema, v. también, más precisamente, C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, préf. O. Pfersmann, av.-prop. J.-C. Scholsem, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, xxxvii+537 p.

a la configuración institucional donde un solo y mismo órgano legislativo controla la constitucionalidad de sus propias producciones normativas (2).

### 1. El control de un órgano legislativo sobre otro órgano legislativo

10. El sistema de separación de poderes conocido bajo el nombre de “equilibrio de poderes”<sup>42</sup> consiste en distribuir el poder de hacer la ley entre diferentes órganos, de los cuales el consentimiento es necesario para la entrada en vigor de dicha ley. Una configuración institucional tal puede primero concretizarse a través de la existencia de un derecho de veto legislativo del poder ejecutivo, tal y como existe en la Constitución de los Estados Unidos de América o como había sido establecida en la Constitución del 3 de septiembre de 1791<sup>43</sup>.

También se puede repartir la función legislativa entre dos asambleas, como lo entendieron los constituyentes de 1795. Dos asambleas, el Consejo de los quinientos y el Consejo de *Anciens* se repartían así esta función bajo el imperio de la Constitución del 5 fructidor año III. El proceso legislativo preveía notablemente que las iniciativas de ley correspondían a la asamblea más joven, fuente de imaginación, mientras que el Consejo de *Anciens*, dotado de una sabiduría más grande, debía aprobar o rechazar en bloque las resoluciones de la primera (art. 95 C).

Uno de los motivos de rechazo consistía precisamente en la violación de la Constitución por parte del Consejo de los quinientos. El art. 88 C enunciaba que “El Consejo de *Anciens* rechaza la aprobación de las resoluciones del Consejo de los quinientos que no hayan sido tomadas en las formas prescritas por la Constitución”. La formulación de la decisión del Consejo de *Anciens* era particularmente reveladora. Su aprobación se expresaba a través de la fórmula “El Consejo de *Anciens* aprueba” (art. 96 C), su rechazo del contenido de la proposición de los quinientos era significada por los términos “El Consejo de *Anciens* no puede adoptar” (art. 98 C), mientras que su rechazo por causa de violación a las formas constitucionales prescritas se expresaba de la siguiente fórmula “La Constitución anula” (art. 97 C). Aparece así de manifiesto, que se ejercía un verdadero control político de la constitucionalidad –procedimental o formal– de la acción de una cámara por la otra.

42 Sobre el tema, v. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préf. C. Eisenmann, Paris, LGDJ, coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», t. 48, 1973, 253 p.

43 V. *infra*, nº 18.

11. La siguiente Constitución, inspirada ampliamente por Sieyès, quien fue uno de los orquestadores del golpe de Estado que condujo a Napoleón Bonaparte al poder, sirvió de ocasión para hacer comprender nuevamente las preocupaciones que habían precedido su proyecto de *jurie constitutionnaire*<sup>44</sup>. El control de constitucionalidad fue confiado en la Constitución del 22 frimario año VIII, al Senado conservador, que sedujo un número importante de Estados en América del Sur<sup>45</sup>.

Compuesto de 80 miembros inamovibles y nombrados de por vida (art. 15 C) por cooptación entre tres candidatos respectivamente presentados por el Cuerpo legislativo, el Tribunat y el Primer cónsul (art. 16 C), el Senado conservador tiene como función la de “[mantener] o [anular] todos los actos que le son deferidos como inconstitucionales por el Tribunal [en virtud del art. 28 C] o por el gobierno” (art. 21 C). Como en la IV<sup>a</sup> y la V<sup>a</sup> República<sup>46</sup>, un recurso por causa de inconstitucionalidad no puede apuntar hacia una ley si no hasta antes de su promulgación, i.e. dentro los diez días de su adopción (art. 37 C). Permaneciendo entre las manos exclusivas de instituciones políticas y excluyendo a particulares, el control opera únicamente *a priori* y se distancia de los rasgos presentados como las características de un control jurisdiccional de constitucionalidad.

12. El servilismo del Senado hacia el poder de Bonaparte y después de Napoleón I<sup>er</sup> no le permitieron cumplir con su función de manera creíble. Pero dicho dispositivo institucional resultó una de las originalidades del constitucionalismo napoleónico. Después de su golpe de Estado, Louis-Napoleón Bonaparte proclamó así, el 14 de enero de 1852, que el Senado “es el depositario del pacto fundamental y de las libertades compatibles con la constitución; y es únicamente bajo la relación de grandes principios sobre los cuales reposa nuestra sociedad, que el Senado examina todas las leyes y propone nuevas al poder ejecutivo. El Senado interviene ya sea para resolver toda dificultad grave que podría presentarse durante la ausencia del Cuerpo legislativo así como para explicar el texto de la Constitución y asegurar lo que es necesario para su funcionamiento. Tiene derecho de anular todo acto arbitrario e ilegal y, gozando así de la consideración que

44 V. *supra*, n° 7. El hecho de que el Senado conservador sea considerado en un Título II de la Constitución distinto al Título III consagrado al Poder legislativo, podría también justificar la clasificación de este sistema en el marco del control político ejercido por un órgano *ad hoc*, visto *supra*, n° 6 y s.

45 V. F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América latina*, Saggio introductivo «Modelli giustizia costituzionale e attuazione dei diritti» S. Bagni, Bologna, Clueb, coll. «Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series», Vol. 17, 2006, xii+125 p.

46 V. *supra*, n° 8 y s.



se adjudica a un cuerpo exclusivamente competente del examen de grandes intereses o de la aplicación de grandes principios, el Senado cumple en el Estado el rol independiente, saludable, conservador, de los antiguos parlamentos.”

Fuerte en esta misión, el Senado se compone de 150 miembros máximo inamovibles y de por vida, regula por sénatus-consulte “todo lo que no ha sido previsto por la Constitución y que es necesario a su funcionamiento” así como “el sentido de los artículos de la Constitución que dan lugar a diferentes interpretaciones” (art. 27 C), y puede proponer modificaciones a la Constitución (art. 31 C). En lo concerniente de manera más precisa al control de constitucionalidad, muchas innovaciones remarcables deben ser mencionadas. El Senado examina obligatoriamente toda ley (art. 25 C). Después de dicho examen, este “se opone a la promulgación -1º De las leyes que serían contrarias o que atenten a la Constitución, a la religión, a la moral, a la libertad de culto, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, a la inviolabilidad de la propiedad y al principio de inamovilidad de la magistratura; 2º De aquellas leyes que pudieran comprometer la defensa del territorio” (art. 26 C). Aparece así un control que además de ser obligatorio no es únicamente formal o procedimental, sino más bien substancial. Por otra parte, dicho control es posible por parte del gobierno así como de los ciudadanos, bajo la forma de peticiones de diferir todos los actos al Senado con el fin de controlar la constitucionalidad (art. 29 C). Tanto por su carácter *a priori* como *a posteriori*, así como por la activación de la solicitud de control por un simple ciudadano, dicho dispositivo parece particularmente completo. No obstante que la práctica del Segundo Imperio pueda parecer decepcionante, es sin embargo para algunos más rica que el sistema existente bajo la Vª Republica<sup>47</sup>.

13. Su asociación con los principios del cesarismo democrático le condujo a alejarse de la práctica de la República parlamentaria que desarrolló otros tipos de controles políticos de constitucionalidad. Sin embargo, el ejemplo del Senado napoleónico, que sedujo a Simón Bolívar<sup>48</sup>, tuvo cierta influencia en países extranjeros, y en especial en América latina<sup>49</sup>. La Constitución de las Provincias

47 A. Ashworth, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire», in *Revue du droit public*, 1994, pp. 45-102.

48 V. S. Bolívar, *Obra política y constitucional*, E. Rozo Acuña (ed.), Madrid, Tecnos, 2007, cclv+203 p.; E. Rozo Acuña, *Bolívar. Pensamiento constitucional*, Bogotá, Universidad externa de Colombia, 1983, 167 p.

49 V. F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América latina*, op. cit.

unidas del centro de América de 22 de noviembre de 1824 confiaba la protección de la Constitución a órganos del poder legislativo. Atribuía al Congreso velar por el respecto de los derechos y libertades consagrados por la Constitución, y le daba el poder de “anular [...] toda disposición legislativa que los contrarie» (art. 69.29). Según su artículo 99, el Senado “ Cuidará de sostener la Constitución; velará sobre el cumplimiento de las leyes generales, y sobre la conducta de los funcionarios del Gobierno Federal.” La Constitución Política del Estado Libre de Nicaragua, aprobada el 12 de noviembre de 1838, disponía también que cada una de las cámaras debía velar por el cumplimiento de la Constitución (art. 109.23).

14. China ofrece un último ejemplo de control de constitucionalidad ejercido por un órgano legislativo. El artículo 67 de la Constitución prevé explícitamente que «El Comité permanente de la Asamblea nacional popular tiene los poderes y las funciones siguientes: (1) interpretar la Constitución et velar por su aplicación.» Los deseos de ver emerger un control jurisdiccional de constitucionalidad no se cumplieron. A pesar de la proclamación, en el otoño de 2002, hecha por Hu Jintao, según la cual las masas deben considerar la constitución como «un arma jurídica para proteger los derechos de los ciudadanos», esta última sigue siendo injusticiable. Esta posición de principio fue adoptada a mediados de los años 50. El 30 de julio de 1955, la Corte Suprema indico que rechazaba tomar la Constitución como fundamento de sus decisiones<sup>50</sup>. Esta posición, reiterada en 1986, pareció vacilar durante el caso *Qi Yuling*, en 2001. La Corte Suprema popular acepto tomar el derecho a la educación, proclamado por el artículo 46C, como fundamento de su fallo<sup>51</sup>. Uno de los jueces, Huang Songyou, quien cumple hoy una cadena perpetua por corrupción, defendió la decisión al compararla explícitamente con *Marbury v. Madison*, que había hecho de la interpretación de la constitución una parte integrante de la función jurisdiccional<sup>52</sup>.

15. Por lo tanto, los activistas tomaron la vía del control político de constitucionalidad. Usaron para ello el artículo 90(2) de la ley sobre la legislación del 15 de marzo del 2000. Según el texto, «Cuando un órgano estatal, un grupo social, una empresa, otra institución o un ciudadano [...] considera que una reglamentación administrativa, un acto administrativo local, un decreto autónomo o

50 G.D. Tiffert, «Epistrophy: Chinese Constitutionalism and the 1950s», in S. Balme, M.W. Dowdle (ed.), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave, MacMillan, coll. «The Sciences Po series in International Relations and Political Economy», 2009, x+325 p., p. 62.

51 Shen Kui, «Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution? Reinterpreting China's First Constitutional Case», in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 12, 2003, pp. 199-232.

52 T.E. Kellogg, «The Death of Constitutional Litigation in China?», in *China Brief*, Vol. 9(7), 2009, pp. 4-7.

un decreto especial desconoce la constitución o el derecho nacional, puede formular una demanda escrita ante el Comité permanente de la Asamblea nacional popular. La oficina operacional del Comité debe estudiar esta petición y, de ser necesario, transmitirla para ser examinada y respondida a los comités especiales pertinentes.»

No se trata *a priori* de más que un mero medio usado por los ciudadanos para quejarse y obtener informaciones, y no de un derecho a un *judicial review*. A pesar de estos límites, el procedimiento aparentemente anodino ha sido objeto de una utilización audaz. Desde 2003, varios ciudadanos lo han utilizado, a partir de un evento trágico, la muerte del joven Sun Zhigang, de 27 años de edad, durante el arresto administrativo al cual había sido sometido al ser sospechoso de ser extranjero. Unas peticiones contestaron el procedimiento de reclusión administrativa de extranjeros en su conjunto, al recurrir a una argumentación constitucional según la cual la reglamentación en cuestión, adoptada por autoridades administrativas, emanaba de autoridades incompetentes. Los artículos 8 y 9 de la Ley sobre la legislación imponen en efecto que una ley formal intervenga cuando se trate «de crímenes y de sanciones penales, de la privación de los derechos políticos de un ciudadano, de las medidas coercitivas y de las penas restrictivas de la libertad personal de un ciudadano y el sistema judicial». Además, esta reglamentación desconocía el artículo 37 C, que protegía la libertad individual y prohibía los arrestos arbitrarios. La petición contribuyó considerablemente a desarrollar la discusión constitucional, al mismo tiempo entre los juristas y en los medios de comunicación. El comité permanente la recibió y la examinó. Sin embargo, antes de pronunciarse, la reglamentación en cuestión fue reformada. El nuevo dispositivo limita las posibilidades de reclusión y de deportación forzada. Este resultado fue percibido como un avance. No obstante, señal de que la evolución es aun tímida, las autoridades prohibieron enseguida abordar el tema y cerraron los sitios web que habían acogido los principales foros de debate. A partir de ese momento, unas cuarenta peticiones similares fueron formuladas. Estas trataban de educación, trabajo, internet, etc., y permitían a los reformadores presionar al partido para volver este espacio de discusión eficaz. Sin desconocer los límites del dispositivo y la propensión variable de las autoridades a aceptarlas, la simplicidad del procedimiento y su apertura a cualquier ciudadano la hacen propicia al desarrollo de una cultura constitucional más activa, aun si no optase por la vía de una jurisdiccionalización de la protección de la constitución.

16. Además de verificar la conformidad a la constitución del actuar de los otros actores jurídicos, un órgano legislativo puede igualmente ser llevado a confrontar su propia actividad a la constitución.

## 2. El control de un órgano legislativo sobre sí mismo

17. Primero que todo, es posible que el órgano legislativo en su conjunto está a cargo de la apreciación de la constitucionalidad de su propio actuar.

A lo largo de los debates constituyentes relativos a la Constitución de 1848, la cuestión que se planteó fue la de saber quién juzgaría la constitucionalidad de las leyes. Con el fin de evitar el espectro de un Senado de Imperio<sup>53</sup>, el comité de constitución consideró que revenía a la asamblea legislativa misma el ejercicio de dicho control<sup>54</sup>.

Tal fue también la práctica de las cámaras bajo la III<sup>a</sup> República en la cual según la lectura que ha dado R. Carré de Malberg, el control de constitucionalidad era político y largamente implícito. La soberanía parlamentaria que implicaba el régimen representativo puesto en marcha hacía de las cámaras las auténticas intérpretes de las leyes constitucionales. El parlamento determinaba su propia competencia, de tal suerte que él mismo resolvía la cuestión de la constitucionalidad o de la inconstitucionalidad de las leyes que él adoptaba.

Así como lo señala el gran publicista “corresponderá a la legislatura en el momento mismo de elaboración de las leyes, de examinar si la ley en deliberación es conforme a la Constitución y de superar las dificultades que podrían presentarse sobre ese punto. [...] Finalmente, una vez que la legislatura habría adoptado una ley, el hecho mismo de la adopción pondría la ley adoptada por encima de toda contestación relativa a su constitucionalidad. [...] La interpretación de la Constitución pertenece al Parlamento; a este porque al ejercer los poderes de soberano será juez de la constitucionalidad de sus propias leyes<sup>55</sup>.” Durante el examen de un texto de ley, el Parlamento solo decide por que vía adoptarlo – legislación ordinaria o legislación constitucional. Dominando incluso este último proceso ya que el art. 8 de la ley constitucional del 25 de febrero de 1875 reserva a las cámaras la iniciativa de las revisiones constitucionales, su adopción siendo conferida a la Asamblea nacional, lo que equivale a la reunión de la Cámara de diputados y del Senado<sup>56</sup>. Carré de Malberg dedu-

53 V. *supra*, n° 12 y s.

54 V. J. Godechot (éd.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, 1994, 510 p., p. 256.

55 R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, xvii+228 p., pp. 131-132. V. también Id., «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», in *Revue politique et parlementaire*, 10 septembre 1927, pp. 339-354.

56 R. Carré de Malberg, «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», *op. cit.*, pp. 347-352;

ce que “La interpretación de la Constitución según el artículo 8 pertenece e incumbe solamente al Parlamento. Es solamente del Parlamento que surgen las soluciones de las dificultades que pueden surgir sobre los límites del poder legislativo. En otras palabras es el Parlamento el que se encuentra erigido como juez de la constitucionalidad de sus leyes<sup>57</sup>.”

El control es atribuido entonces a un órgano político que se integra cuando proceda implícitamente de manera precisa al procedimiento mismo de adopción de la ley que el solo voto de la ley lleva *eo ipso* la conclusión según la cual, dicho control desemboca a declarar sin contestación posible, la constitucionalidad. De esta manera, es imposible que dicho control no haya sido ejercido, así como es imposible que no haya conducido a la declaración de constitucionalidad de la ley entrada en vigor.

18. Un sistema comparable existía en Bulgaria. El artículo 49 de la Constitución de Tarnovo, la primera constitución búlgara, que data de 1879, preveía que solamente la Asamblea Nacional era competente para decidir si las leyes que adoptaba estaban conformes a la Constitución. Según sus propios términos, «Solo la Asamblea nacional está habilitada para decidir si, en la elaboración de una ley, se respetaron todas las condiciones previstas por la presente Constitución.” Esta forma de autocontrol de constitucionalidad, que puede a veces tomar la forma de debates relativamente argumentados entre parlamentarios, y cuya práctica puede observarse en Alemania<sup>58</sup>, en Estados Unidos<sup>59</sup> y en Canadá<sup>60</sup>, es hoy un índice serio de un fenómeno de judicialización de la política. Bien sea en el estado de la iniciativa legislativa o en el de la discusión y adopción, los argumentos políticos tienden a ser eliminados en favor de argumentos de constitucionalidad, inspirados sobre todo de la jurisprudencia de los jueces constitucionales.

19. Si esta forma de control puede revertir, en una gran medida, un carácter puramente tácito, el control político de la actividad de las cámaras puede también tomar vías explícitas.

Id., *La loi...*, *op. cit.*, pp. 113-114, 133-134.

57 R. Carré de Malberg, «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», *op. cit.*, p. 345

58 V. p. ej. C. Landfried, *Bundesverfassungsgerichts und Gesetzgeber. Wirkung der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, 186 p.

59 V. p. ej. J.M. Pickerill, *Constitutional Deliberation in Congress. The Impact of Judicial Review in a Separated System*, Durham, London, Duke University Press, 2004, xiii+187 p.

60 V. p. ej. J.L. Hiebert, *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, 280 p.

20. Bajo la IIIa República, en Francia, recaía en el presidente de cada cámara la responsabilidad de verificar la constitucionalidad de los textos que le eran sometidos<sup>61</sup>, los que hacía de él, según Marcel Waline, el agente de la jurisdicción constitucional. Este poder fue explícitamente previsto en Grecia, por el artículo 80.2 del reglamento de la asamblea. El presidente puede levantar la cuestión de la constitucionalidad del texto discutido, de antemano a otra excepción de procedimiento y a cualquier otro debate de fondo. Tal es notablemente el caso en el derecho positivo francés actual, en el cual la moción de rechazo previo (así como es llamada desde 2009, art. 91 del Reglamento de la Asamblea nacional) o el procedimiento de excepción de inadmisibilidad (art. 44 del Reglamento del Senado) permite a una de las dos asambleas oponerse a un texto en razón de su inconstitucionalidad. Su objeto es reconocer que el texto propuesto es contrario a una o varias disposiciones constitucionales. Su adopción trae una consecuencia radical, ya que implica el rechazo del texto.

Poco utilizado antes de mediados de los años setenta, la excepción de inadmisibilidad resultó más frecuente después. Dicha fecha coincide con el desarrollo de control de constitucionalidad ejercido por el Consejo constitucional. Su jurisprudencia ha proporcionado en efecto a la oposición un repertorio de argumentos jurídicos más substanciales que antes y aún más susceptibles de ser tomados en cuenta por la mayoría en la medida que la activación del Consejo es posible en caso de rechazo de la excepción y de adopción de la ley. El razonamiento desarrollado en la discusión y en el voto, anuncia aquel que será desarrollado, tanto por los requirentes como por la mayoría frente al Consejo constitucional<sup>62</sup>. En esta medida, el control de tipo político ejercido al interior de los órganos legislativos se acerca en cierta medida a la manera de razonar del control jurisdiccional.

21. Este tipo de procedimiento existe igualmente, por ejemplo, en Estados Unidos. En el Senado y en la Cámara de representantes, los parlamentarios pueden presentar una moción levantando una cuestión constitucional<sup>63</sup>. Todo *congressman* puede levantar un “point of order” con relación a cualquier texto en

61 V. dans le même sens E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies-Imprimeries réunies, 1902, xvi+1432 p., p. 66.

62 A. Stone Sweet, «Constitutional Politics in France and Germany», in M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, *op. cit.*, pp. 204-205.

63 L. Fisher, «Constitutional Interpretation by Members of Congress», in *North Carolina Law Review*, Vol. 63, 1985, pp. 707-747, at 718-722; M. Tushnet, «Non-Judicial Review», in *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, 2003, pp. 453-492, at 456-468; Id., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, xvi+272 p., pp. 120-129.

curso de aprobación. Comúnmente, el presidente de sesión zanja la cuestión. Sin embargo, cuando la moción tiene que ver con la constitucionalidad de una ley, la decisión está reenviada a la plenaria de la Cámara, y zanjada por un «roll call vote» en el Senado<sup>64</sup>, es decir un voto en el cual cada senador, al ser llamado, opta por votar o no hacerlo. Estas mociones son relativamente raras (menos de una decena desde 1970), pero han tratado de cuestiones importantes, tales y como la constitucionalidad de la atribución al Distrito de Columbia de una representación en el Congreso, las leyes que limitan el financiamiento de los abortos, o las leyes que autorizan el «line item veto» en las leyes que otorgan créditos (*appropriation bills*). Singularizan las auténticas preocupaciones constitucionales de las autoridades políticas. Aun si los *congressmen* parecen más o menos deferentes en relación a la Corte Suprema, no es excepcional que subrayen su responsabilidad en materia de interpretación y protección de la Constitución, fundada especialmente en su capacidad, superior a las de los tribunales, para expresar los valores y las creencias de la población y, indirectamente, para hacer que esta participe en la interpretación constitucional<sup>65</sup>.

22. El ejemplo más destacado de control de constitucionalidad confiado un componente del órgano legislativo es el de Finlandia, donde el órgano esencial de protección de la Constitución no es el poder judicial. A pesar del artículo 106 C, según el cual «Cualquier tribunal debe otorgar la primacía a la Constitución, si la aplicación de una disposición legal al caso sometido a su examen está en evidente contradicción con la Constitución», este nunca ha ejercido más que un control relativamente tímido de constitucionalidad de las leyes<sup>66</sup>. El papel esencial recae en la Comisión de asuntos constitucionales de la Cámara. Esta se pronuncia durante el procedimiento de adopción de la ley. Según el artículo 74 C, “le corresponde a la comisión constitucional dar su opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y otros asuntos sometidos a su escrutinio, y sobre su relación con los acuerdos internacionales sobre los derechos humanos.” Compuesta por parlamentarios, es decir de manera estrictamente política, esta comisión tiene por tradición proporcionar interpretaciones muy argumentadas de la Constitución, al punto de haberse progresivamente dotado, a través de sus decisiones sucesivas, de una doctrina relativamente articulada, así como de precedentes que atan a los otros poderes públi-

64 Reglamento interior del Senado, regla nº XX.

65 V. p. ej. B.G. Peabody, «Congressional Constitutional Interpretation and the Courts: A Preliminary Inquiry into Legislative Attitudes, 1959-2001», in *Law & Social Inquiry*, Vol. 29(1), 2004, pp. 127-175; N.K. Katyal, «Legislative Constitutional Interpretation», in *Duke Law Journal*, Vol. 50, 2001, pp. 1335-1394; J.M. Pickerill, *Constitutional Deliberation in Congress*, *op. cit.*

66 J. Husa, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, 2002, 209 p.

cos. Este ejemplo ilustra el hecho de que la dominación del constitucionalismo jurisdiccional tiene ciertas excepciones.

23. Existe entonces una variedad importante de modalidades para que un órgano legislativo se vea llevado a ejercer una verdadera operación de control de constitucionalidad. Estas ilustran frecuentemente el hecho de que el desarrollo de un constitucionalismo más fuertemente jurisdiccionalizado no excluye un papel importante de otros actores en materia de aplicación de la constitución. Otras formas de control político son igualmente concebibles, lo cual refuerza aún más esta idea.

## **B. El control político por un órgano ejecutivo**

24. El sistema administrativo puesto en marcha después de la Revolución francesa se caracteriza por una jerarquización extremadamente estricta de los diferentes órganos locales y nacionales y por su común subordinación a la ley, expresión de la voluntad general.

Por una instrucción del 12-20 de agosto de 1790, el Constituyente otorgó a las autoridades departamentales la misión de anular los actos inconstitucionales de las municipalidades. A un grado jerárquico superior, el Rey podía anular igual los actos de autoridades departamentales. Las relaciones entre autoridades locales así como entre autoridades locales y nacionales se tradujeron efectivamente en anulaciones por causa de inconstitucionalidad (y específicamente por usurpación de las competencias del poder judicial), y por el ejercicio de un control político de constitucionalidad por un órgano ejecutivo<sup>67</sup>. Sin embargo, la forma más ilustrativa de un dispositivo tal, reside en otra parte.

25. En Francia, la idea de un control de constitucionalidad de los actos del Cuerpo legislativo fue prevista por los Constituyentes con el fin de justificar el veto suspensivo que disponía el Rey según la Constitución de 1791 (Título III, Capítulo III, Sección III C). Así, el art. 10 del Título II, Capítulo II, Sección II enunciaba que “El Rey rechazaría la sanción al decreto en el cual el preámbulo no presentara la observación de formas [de adopción de decretos legislativos]; si

67 V. para una demostración detallada J.-L. Mestre, «Administration, justice et droit administratif», in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, <http://ahrf.revues.org/document608.html#bodyftn15>; S. Ségala, *L'activité des autorités administratives départementales des Bouches-du-Rhône de 1790 à 1792*, préf. J.-L. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, coll. «Histoire du droit», 1997, 432 p.



algunos de dichos decretos fuera sancionado, los ministros no lo podrían sellar ni promulgar y su responsabilidad para tales efectos duraría seis años.” Un sistema de control político de constitucionalidad formal a doble distensión sería así puesto en marcha: al control Real le seguiría un control ministerial, el ejercicio efectivo de este último estaba garantizado por un mecanismo de responsabilidad cercano al *impeachment* inglés<sup>68</sup>.

La idea de un control de constitucionalidad por parte del Ejecutivo constituía igualmente un elemento central de la interpretación inicial de la función del veto presidencial en Estados Unidos, antes de que éste se convirtiera en un instrumento de tipo político. Así, no obstante que la Corte suprema haya admitido la constitucionalidad de la creación de una Banca nacional<sup>69</sup>, Andrew Jackson se opuso en 1832 con su veto a la renovación de la carta de la segunda Banca en Estados Unidos. Él se fundamenta para ello en una argumentación de tipo constitucional. En 1819, la Corte había estimado que el Congreso podía poner en marcha la banca a título del art. I, Sección 8 (18) C, según la cual el Congreso tendría el poder “de hacer todas las leyes que serían necesarias y convenientes (*necessary and proper*) para la ejecución de los poderes [...] enumerados y todos los poderes conferidos por la presente Constitución al gobierno de los Estados Unidos o alguno de sus departamentos o de sus funcionarios”. Criticando dicha interpretación, el Presidente consideró que “nada en [las] legítimas funciones [de la Banca] la hacen necesaria o conveniente.” Lejos de constituir un ejercicio valioso de sus poderes por el legislador, y contradiciendo el análisis de John Marshall, la adopción de una ley como esa amenaza los derechos de los Estados. Jackson así desarrolló una argumentación precisa, que tiene lugar en el marco de un control de constitucionalidad propiamente dicho, a cargo del órgano ejecutivo supremo y capaz de competir con el control jurisdiccional.

El corazón doctrinal de esta concepción, que fue igualmente defendida por presidentes como Abraham Lincoln y Andrew Johnson, reside en lo que es conocido bajo el nombre de «departamentalismo». Según esta concepción, que admite matices afirmando de manera más o menos agresiva el poder del Presidente y del Congreso de interpretar la Constitución, todas las ramas del gobierno están sometidas a la Constitución, y por lo tanto deben, cada una en lo que la concierne y en el marco de sus propias funciones, hacer prevalecer su interpretación. Ningún monopolio y ninguna supremacía de los tribunales son admitidos.

68 V. en el mismo orden de ideas, el art. 131 de la Constitución del año III prohibiendo la promulgación de leyes que presenten un vicio de inconstitucionalidad formal.

69 CSEEU, *McCulloch v. Maryland* 17 US (4 Wheaton) 316 (1819).

26. Hoy en día, la interpretación de la Constitución realizada por el ejecutivo estadounidense es asistida por la *Office of Legal Counsel* del ministerio de justicia<sup>70</sup>. Según el código de Estados Unidos<sup>71</sup>, el *Attorney General* puede darle su opinión a los órganos del ejecutivo con relación a la regularidad de su actuar. Su preparación recae por delegación en la Office, cuyas opiniones no todas son públicas. Esta tiene especialmente por función resolver los conflictos entre agencias gubernamentales, evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley o de los proyectos de actos administrativos del Presidente y controlar todos los textos de ley con el fin de determinar si la ley (1) parece constitucional, (2) presenta un riesgo de litigio, (3) plantea serias dificultades constitucionales o (4) requiere francamente un veto presidencial. Los mensajes de veto, así como los mensajes de aprobación de las leyes, son preparados con frecuencia por la Office. Conducen al Presidente a expresar su interpretación de la Constitución y del texto concernido. Compuesto por miembros nombrados por razones políticas y por funcionarios de carrera, la Office no es un órgano partidario, y se muestra preocupado por su propia reputación. A veces choca con el arrendatario de la Casa Blanca. De esta manera, si bien la administración Reagan quería poder ejercer un «line-item veto», la Office consideraba que el veto presidencial solo podía tumbar una ley integralmente<sup>72</sup>. La Corte Suprema le dio la razón a este último<sup>73</sup>.

Las opiniones de la *Office* tienen un impacto considerable sobre las relaciones interinstitucionales. Sus recomendaciones conducen al Presidente a reforzar su poder de negociación sobre la redacción precisa de la ley del Congreso<sup>74</sup>. Cuando cuentan con la firma del *Attorney General*, sus decisiones obligan a los agentes del ejecutivo. Son susceptibles de conferir una inmunidad a los agentes acusados posteriormente, fundándose en ellos, de violar el derecho federal. Desde este punto de vista, la interpretación de la Constitución dada por la Office puede obstaculizar ciertas diligencias que, de acuerdo con lo que prevén ciertas le-

70 V. p. ej. el análisis de miembros del OLC: D.W. Kmiec, «OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive», in *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993, pp. 337-374; J.O. McGinnis, «Models of the Opinion Function of the Attorney General: A Normative, Descriptive, and Historical Prolegomenon», in *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993, pp. 375-436; R.D. Moss, «Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel», in *Administrative Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1303-1330.

71 28 U.S.C. §§ 511-513.

72 D.W. Kmiec, «OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive», *op. cit.*, pp. 353-359.

73 CSEU, *Clinton v. City of New York* 524 U.S. 417 (1998).

74 Sobre la influencia de la perspectiva de un veto sobre los *Congressmen*, v. C.M. Cameron, *Veto Bargaining. Presidents and the Politics of Negative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, xvi+292 p.

yes del Congreso, habrían podido apuntar a reprimir las violaciones a la Constitución<sup>75</sup>. Los efectos prácticos del control político de constitucionalidad son por lo tanto considerables.

27. El poder de promulgación de las leyes del que dispone el jefe del ejecutivo es frecuentemente interpretado como una forma de protección de la Constitución. En el constitucionalismo alemán del siglo XIX, la promulgación y la publicación de la ley eran concebidas como un verdadero control de constitucionalidad. Según Paul Laband, «En el Estado monárquico, es el *nobile officium*, la alta misión política del soberano de examinar y de constatar, antes de publicar una ley, si ha sido creada conforme a la Constitución [...] los derechos de la Corona consisten en el ejercicio de las funciones legislativas, y es uno de los deberes que imponen estas funciones de verificación si las prescripciones jurídicas que fijan la marca del trabajo legislativo han sido fielmente respetadas. En el Imperio Alemán, estas funciones son atribuidas por el artículo XVII de la Constitución. No es ni el juez, ni el administrador, sino el Emperador el que está encargado de preservar la Constitución, de velar por ella<sup>76</sup>.» En la medida en que el certificaba el respeto de las formalidades previstas por la Constitución, el acto del Jefe de Estado podía ser presentado como exento de todo control jurisdiccional de constitucionalidad.<sup>77</sup> Aun si ya no es el caso en el constitucionalismo actual, la intervención del Ejecutivo en materia de promulgación de las leyes sigue siendo potencialmente interpretada como una forma de control de constitucionalidad<sup>78</sup>. En el actual derecho positivo francés, el procedimiento de promulgación de leyes por el Presidente de la República puede también ser interpretado como una forma de control de constitucionalidad de la ley. Con el fin de proceder a la promulgación, y en un término de quince días fijado por el art. 10 C, el Presidente puede en efecto demandar al Parlamento una nueva deliberación –que no le puede ser rechazada– de la ley o de alguno de sus artículos. Esta es en particular la interpretación que hace Mauro Cappelletti sobre el poder similar que dispone el Presidente de la República italiana en virtud del art. 74 C<sup>79</sup>.

75 «Note: Immunity-Conferring Power of the Office of Legal Counsel», in *Harvard Law Review*, Vol. 121, 2007-2008, pp. 2086-2109.

76 P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. fr. F. Larnaude, t. 2, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901, vi+714 p., pp. 324-325.

77 *Ibid.*, pp. 318-326.

78 V. en ese sentido M. Waline, «Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français», *op. cit.*, pp. 452-454; R. Carré de Malberg, «La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels», *op. cit.*, pp. 144-145.

79 M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

En lo concerniente a la firma de actos de legislación delegada que constituían las ordenanzas, el Presidente Mitterrand operó también una forma de control de constitucionalidad de sus disposiciones. En 1986, Mitterrand rechazó firmar tres ordenanzas relativas a la privatización de empresas, al rediseño de circunscripciones para las elecciones legislativas y a la adaptación del tiempo de trabajo. Para hacerlo, se fundó en varios argumentos de constitucionalidad. Según él, “es conveniente mantenerse en la tradición republicana que sugiere que la Asamblea nacional determine las modalidades de elección de diputados.” Por otra parte, en lo concerniente a la desnacionalización, Mitterrand rechazó, como garante de la independencia nacional (art. 5 C), el consentimiento de “que bienes que pertenecen a la Nación [pasen] a manos de extranjeros”. De forma general, él invocaba para justificar su veto a la misión de “velar por el respeto de la Constitución”<sup>80</sup>. Esta función no es en ningún caso el monopolio de las instituciones jurisdiccionales.

28. El control de constitucionalidad que ejercen las autoridades examinadas hasta ahora puede ser fácilmente comprendido como la continuación de la lucha política que puede, tradicionalmente, oponer las mayorías a las minorías parlamentarias y los parlamentarios a los ejecutivos. Se trataría no tanto de un verdadero control de constitucionalidad, comparable al que ejercen las jurisdicciones propiamente dichas, sino de un revestimiento argumentativo renovado por una lucha esencialmente fundada en unas consideraciones partidarias y, por lo tanto, políticas. Sin embargo, la riqueza de las argumentaciones constitucionales que son desarrolladas en ciertos contextos y la influencia que tienen, en el plano práctico, no permite llegar a una conclusión tan prematura. Además, la importancia de la referencia al derecho constitucional y la presencia renovada del « argumento constitucional<sup>81</sup>» en el debate político parecen ser rasgos característicos del constitucionalismo contemporáneo. Prolongan tradiciones bien establecidas o son la señal de necesidades prácticas, y también son uno de los efectos del lugar adquirido por el constitucionalismo jurisdiccional actual. La importancia y la especificidad de la protección de la constitución conducen a veces a que, además de estas instituciones tradicionales, algunos actores jurídicos más originales puedan ser llamados a cumplir esta tarea.

80 Las citas son tomadas de V. Moureaud, «Le refus de signature des ordonnances en 1986: un enjeu structurant en période de cohabitation», <http://www.repap.fr/docs/2/article3.pdf>, p. 2 (consultado el 21 de Enero de 2010).

81 J. du Bois de Gaudusson, «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», *op. cit.*, p. 612.

## ***II. El control político por órganos jurídicos originales***

29. Entre los actores diferentes de las instituciones políticas tradicionales que juegan un rol importante en materia de garantía del respeto a la constitución, es posible mencionar a los que intervienen en el contexto institucional particular que representan las relaciones entre las capas del gobierno en los Estados compuestos. En este marco, independientemente de una jurisdicción constitucional frecuentemente percibida como el instrumento del Estado federal, las instituciones federadas se han elegido a veces como garantes de la norma fundamental (A). La especificidad de la preservación de la supremacía de la voluntad del poder que constituye sobre la de los poderes constituidos conduce ciertos Estados a tratar de extraer la función de control de constitucionalidad del organigrama institucional tradicional. De esta manera, esta misión recae en órganos *ad hoc*, que no pertenecen a ninguno de los tres poderes identificados tradicionalmente (B). En fin, un estado último de desconfianza con respecto a las instituciones que supuestamente tienen que preservar la constitución, que sean o no jurisdiccionales, parece alcanzado cuando le corresponde al poder constituyente en sí, es decir, en el marco de un constitucionalismo liberal-democrático, al pueblo, preservar su obra (C).

### **A. El control político por un Estado miembro de una federación**

30. La resolución de los litigios constitucionales que, en los Estados compuestos, pueden oponer a sus diferentes miembros, es hoy frecuentemente confiada a un juez constitucional<sup>82</sup>. Este no siempre fue el caso. El problema dio lugar a una controversia determinante en la historia del constitucionalismo estadounidense, donde las autoridades políticas han reivindicado el poder de ejercer un control de constitucionalidad<sup>83</sup>. Dos visiones radicalmente antagonistas de la República americana se han opuesto. Según la primera, defendida por ejemplo por John Marshall y Joseph Story<sup>84</sup>, el pueblo de Estados Unidos en su conjunto adoptó la Constitución. Un órgano nacional, la Corte Suprema, está encargado en

82 V. p. ej. art. 93.1 LF allemande, art. 161.1.c) C espagnole, art. 102.1.f) C brésilienne, art. 141 à 143 C belge.

83 J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 2004, 294 p.; W.W. Freehling, *Prelude to Civil War*, New York, Harper & Row, 1966; F.B. Drake, L.R. Nelson (ed.), *States' Rights and American Federalism. A Documentary History*, London, Greenwood Press, 1999; K.E. Whittington, *Constitutional Construction*, op. cit., pp. 72-112.

84 J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4<sup>th</sup> ed., Boston, Little, Brown, and Company, 1873, Vol. 1, xxxii+748 p., pp. 214-293 (§§ 306-396).

última instancia de determinar la interpretación, puesto que se trata de una norma federal que debe ser interpretada de manera uniforme. Según la segunda, cuyo defensor más destacado fue John C. Calhoun (1785-1850), la Constitución fue adoptada no por un pueblo único, sino por los Estados. Resulta entonces que son ellos los que deberían poder interpretar la Constitución en última instancia. Esta se presenta como un pacto, corresponde a cada una de las partes de determinar el significado, de manera que el Estado pueda oponerse a una política federal que juzgaría como inconstitucional. Esta concepción es periódicamente invocada. A mediados del siglo XX<sup>85</sup>, Virginia promulgo por ejemplo una ley interponiéndose entre el Estado y las medidas anti-segregación ordenadas por la Corte suprema de Estados Unidos<sup>86</sup>. Actualmente esta tesis es puesta en relieve por el Tea Party, en vista de preservar las competencias de los Estados.

La discusión, que condujo a argumentaciones constitucionales extremadamente ricas, se cristalizó entre 1828 y 1833 a propósito de las tarifas aduaneras establecidas por la Unión. La medida era defendida por el Presidente Jackson, principalmente porque se trataba de la única fuente de ingreso posible para el Estado federal. Los Estados del Sur, y especialmente Carolina del Sur, contestaron la ley como inconstitucional y contraria a sus derechos. Sus reivindicaciones eran defendidas por Calhoun. Retomando propósitos expresados antes por Thomas Jefferson, este desarrollaba una doctrina de la «nulificación»<sup>87</sup>. James Madison era más mesurado y hablaba de «interposición»<sup>88</sup>.

«La anulación [o nulificación] será definida como una oposición, estimada constitucional por las autoridades de un Estado, a una acción o, stricto sensu, a una ley federal, y suspensiva en el límite de su territorio [...]. La interposición puede definirse como una simple protesta frente a una ley, a una decisión o a una acción del gobierno federal<sup>89</sup>.» A través de estas acciones, un verdadero control de constitucionalidad de las acciones federales es ejercido por los Estados. Estos consideran haber conservado su soberanía y especialmente la prerrogativa, en su calidad de autores de la Constitución, de determinar si esta era respetada o no. Desde diciembre de 1828, Calhoun contesta la constitucionalidad de la ley sobre

85 L.M. Seidman, *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, New Haven, London, Yale University Press, 2001, xi+260 p., p. 114.

86 CSEU, *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

87 V. esp. J.C. Calhoun, *A Disquisition on Government and Selections from the Discourse*, C.G. Post (ed.), New York, Liberal Arts Press, coll. «The American Heritage Series», n° 10, 1953, xxxiii+104 p.

88 V. G. Hunt (ed.), *The Writings of James Madison*, Vol. VI, 1790-1802, New York, The Knickerbocker Press, 1906, xvii+464 p., pp. 326-331.

89 J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme*, op. cit., p. 10.

la tarifa. Todo Estado conserva, según él, la facultad de decidir cuando son violados sus poderes. Dispone de un derecho de veto que se expresa al declarar nulas y no advenidas, en los límites del Estado, las leyes federales contestadas. La protesta del 19 de diciembre de 1828 adoptada por las dos cámaras de Carolina del Sur atacó la ley sobre la tarifa, por considerarla un «breach of trust» o abuso de confianza por parte del Congreso. La réplica fue expresada por Daniel Webster, los días 26 y 27 de enero de 1830, en el Senado, presidido por Calhoun en calidad de vicepresidente de Estados Unidos. Según él, un tal derecho de oposición sería insurreccional y revolucionario. Disuelve la Unión, al instaurar 24 (en la época) intérpretes de la Constitución, y conduce a la anarquía<sup>90</sup>. Según Madison, «La nulificación conlleva a poner pólvora bajo la Constitución y la Unión y a darle un fosforo a cada parte con el fin de hacerlas explotar a su antojo<sup>91</sup>.» La crisis se agrava en 1832, cuando la Convención del pueblo carolinense adopta una «ordenanza para anular ciertos actos del Congreso de Estados Unidos, pretendiendo ser leyes, levantando derechos e impuestos sobre la importación de productos extranjeros» y prohíbe la aplicación de los textos en cuestión. Mientras que de un lado como del otro, se preparaban para el uso de la fuerza, se llegó finalmente a una solución negociada. La ordenanza de anulación fue suspendida hasta la modificación de la ley sobre la tarifa. El conflicto, que se calmó y condujo a una visión menos centralista del federalismo, resurgió durante la guerra de secesión donde, de nuevo, los órganos políticos federados y federales se opusieron en cuanto a su interpretación de la Constitución.

31. En esta primera hipótesis donde los actores jurídicos federados pretenden ejercer un control de constitucionalidad de la acción de los actores federales, conviene subrayar que son siempre los actores jurídicos relativamente tradicionales –asambleas legislativas o constituyentes, gobiernos– que intervienen. El control político de constitucionalidad presenta una especificidad más pronunciada cuando concierne un órgano que se encuentra en margen del organigrama tradicional de los poderes constituidos.

## **B. El control político por un órgano *ad hoc***

32. Una de las referencias clásicas en la materia no es otra que el jurado *constitutionnaire* de Sieyès. En dos discursos del 2 y 18 termidor del año III, Sieyès

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>91</sup> Carta a Edward Coles de 29 de agosto de 1834, in *Letters and Other Writings of James Madison*, Vol. IV, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co., 1865, lvii+694 p., p. 357.

propone la instauración de un jurado (inicialmente denominado “jurie”) *constitutionnaire* destinado a remediar las infracciones a la constitución así como hacerla plenamente obligatoria<sup>92</sup>. La prohibición hecha a los jueces en la ley de 16-24 agosto de 1790 de involucrarse en las funciones legislativas y administrativas impuso la puesta en marcha de un órgano *ad hoc* con el fin de asegurar por parte de los poderes constituidos el respeto de la Constitución.

Es por eso que Sieyès escribió: “Yo exijo tres servicios al jurado *constitutionnaire*:

- «1) Que vigile con fidelidad el cuidado del depósito constitucional;
  - «2) Que se ocupe al margen de pasiones funestas, de todos los puntos de vista que puedan servir al perfeccionamiento de la constitución;
  - «3) Finalmente, que ofrezca a la libertad civil una recurso de equidad natural, en las situaciones graves cuando la ley tutelada haya olvidado su justa garantía.
- «En otras palabras, considero al jurado *constitutionnaire*,
- «1) Como tribunal de casación en el orden constitucional;
  - «2) Como taller de proposiciones para las reformas que el tiempo podrá exigir a la constitución;
  - «3) Finalmente, como suplemento de jurisdicción natural en los vacíos de la jurisdicción positiva<sup>93</sup>.»

Según los artículos II y III del proyecto, el jurado habría sido compuesto de 108 antiguos miembros de los consejos legislativos, renovados por terceras partes todos los años. Los 36 nuevos miembros eran electos por el jurado entre los 250 miembros que anualmente salían de los dos Consejos. A instancia de las Asambleas legislativas - Consejo de ancianos y Consejo de los quinientos - o de los ciudadanos, dicho jurado hubiera tenido como función precisa, el reprimir las violaciones en lo concerniente al reparto de competencias cometidas en las asambleas legislativas, en las asambleas electorales, las asambleas primarias y en el Tribunal de casación<sup>94</sup>. Los actos declarados inconstitucionales hubieran sido reputados nulos y por lo tanto inexistentes<sup>95</sup>.

92 Reimpresión del antiguo Monitor, Paris, H. Plon, 1862, t. XXV, 792, p., spec. 442-445, 449-452, [http://books.google.fr/books?id=79JnAAAAMAAJ&printsec=toc&output=text&source=gbs\\_summary\\_r&cad=0](http://books.google.fr/books?id=79JnAAAAMAAJ&printsec=toc&output=text&source=gbs_summary_r&cad=0) (consultado el 30 de marzo de 2017).

93 Reimpresión del antiguo Moniteur, t. XXV, p. 442.

94 *Ibid.*, p. 451 (art. VI del proyecto).

95 *Ibid.*, (art. VIII del proyecto).



Sin embargo, los miembros de la Convención no acordaron dar su apoyo a dicho proyecto, no obstante que estaba muy bien detallado y era precursor del control político de constitucionalidad por medio de un órgano *ad hoc*. Una idea como ésta no apareció en el derecho constitucional positivo si no hasta un siglo y medio más tarde.

33. El fin de la Segunda Guerra mundial marcó a nivel internacional una nueva ola de desarrollo de la justicia constitucional. Pero si bien es cierto que se pusieron en marcha, a título de ejemplo, la Corte constitucional federal alemana y la Corte constitucional italiana, y que Austria se renuevo con sus instituciones democráticas y su justicia constitucional o bien que Japón adoptó un control de constitucionalidad de tipo americano; Francia parecía todavía situarse al margen de tal movimiento.

Así, el “Comité constitucional” que hizo su aparición bajo la IVª República puede difícilmente ser comprendido como el actor de un control jurisdiccional. Mientras que, según la argumentación desarrollada tanto por John Marshall en 1803<sup>96</sup> como por Sieyès<sup>97</sup>, el control de constitucionalidad busca asegurar el respeto de una norma inferior hacia una norma superior, el Comité fue instaurado por el Título XI de la Constitución, refiriéndose a la revisión y no a la supremacía de la Constitución.

El comité era notablemente “político” en razón de su composición (art. 91C). Presidido por el Presidente de la República, reúne también al presidente de la Asamblea nacional, al presidente del Consejo de la República, siete miembros electos por la Asamblea nacional al inicio de cada sesión anual bajo la representación proporcional de grupos, electos además fuera de sus miembros, y finalmente tres miembros electos en las mismas condiciones por el Consejo de la República.

El Comité puede ser activado mediante demanda conjunta del Presidente de la República y después, de un voto, del Presidente del Consejo de la República. Puesto en movimiento por dos de sus miembros, el control del Comité presenta entre otras cosas la particularidad de poder ser ejercido únicamente en el plazo de promulgación de la ley, i.e. antes de su entrada en vigor. Además, solo permite oponer al texto objetado los Títulos I<sup>ero</sup> a X de la Constitución, lo que trae consigo una exclusión de la mayoría de las disposiciones de derecho constitucio-

96 *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

97 V. *supra*, n° 7.

nal substancial y específicamente del preámbulo de la Constitución. “El Comité constitucional examina (entonces) si la leyes votadas por la Asamblea nacional suponen una revisión de la Constitución” (art. 91 al. 3 C). Una vez activado, el Comité se esfuerza de llegar a un acuerdo entre la Asamblea nacional y el Consejo de la República. En el caso contrario, la ley que implique una revisión de la Constitución es reenviada a la Asamblea. Si esta última mantiene su voto, la ley no puede ser promulgada hasta la revisión de la Constitución (art. 93 al. 2 C).

En el fondo, se trata menos de oponerse a una ley que viole la Constitución que hacer que esta última se repliegue, de tal suerte que más allá de la cuestión del carácter jurisdiccional o político, la idea misma de “control” podría parecer impropia. La práctica de este dispositivo fue muy baja, ya que el Comité sólo fue activado una vez y logró un acuerdo entre las dos cámaras. Si la Constitución de 1958 se opone en numerosos aspectos a la de 1946, el control de constitucionalidad presenta un cierto número de continuidades.

34. El *Supremo Poder conservador*, creado por la segunda de siete leyes constitucionales mexicanas del 29 de diciembre 1836, que puede, según ciertos autores<sup>98</sup>, ser acercado de las ideas de Sieyès, ofrece otro ejemplo de órgano ad hoc establecido afín de proteger la constitución. Este órgano es presentado como un cuarto poder, confiado a cinco personas que son renovadas una por una todos los dos años a partir de un sistema de listas. Solo pueden ser nombrados los mexicanos de nacimiento que gozan de sus derechos cívicos, mayores de 40 años, dotados de un patrimonio que produce una renta anual de al menos 3000 pesos y que hayan ocupado anteriormente las funciones de Presidente o Vicepresidente de la República, Senador, Diputado, Ministro o Juez de la Corte suprema de Justicia (art. 11).

Sus atribuciones son determinadas por el artículo 12 y son extremadamente amplias. Le reviene entre otros la función de anular, cuando es investido por el poder ejecutivo, por la Alta Corte de Justicia o por al menos 18 miembros del poder legislativo, leyes y decretos anticonstitucionales. También puede anular las actas del poder ejecutivo que fueron decididas desconociendo la Constitución o la ley, así como las actas de la Corte suprema de justicia en caso de usurpación de funciones. El Supremo Poder conservador puede igualmente constatar el impedimento del jefe de Estado, suspender la Alta Corte de Justicia cuando pone en

98 V. en ese sentido D. Pantoja Moran, «Sieyès et la constitution mexicaine de 1836», in *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 33, 2011, pp. 103-116.

peligro el orden público y suspender las sesiones del Congreso nacional. Puede establecer los otros poderes cuando fueran disueltos de manera revolucionaria. Puede oponer su veto a las revisiones constitucionales adoptadas por el Congreso. La similitud con las funciones que son clásicamente consideradas hoy en día como funciones de las jurisdicciones constitucionales es impresionante.

35. Bajo un registro diferente, los Estados socialistas se han mostrado reacios a la idea misma de un control jurisdiccional de la acción de los órganos públicos, supuestos encarnar el poder del proletariado unificado. Sin embargo, restablecieron cierto nombre de órganos de control que pueden tener un rol en materia de garantía de la constitución. Eso es particularmente el caso de la Prokuratura instaurada en la Unión Soviética en los años que siguieron la Revolución afín de velar a la aplicación de la legalidad socialista.

Conservada a pesar de la caída del comunismo (art. 129 C de la Federación de Rusia), esta institución que se dice independiente y que intervenía igualmente a título de ministerio público en materia penal y civil<sup>99</sup>, está dotada de poderes de “supervisión general” muy vastos y enérgicos. Estos son relativamente restringidos por la ley federal sobre la Prokuratura de 1995<sup>100</sup> cuanto a la supervisión por los ciudadanos. Según este texto, se distinguen cuatro campos principales de inspección: (1) la ejecución de leyes por los diferentes niveles de institución legislativos y ejecutivos; (2) el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos; (3) la ejecución de las leyes por las agencias que efectúan operaciones de investigación; (4) el rol de las agencias de detención.

De iniciativa propia o bajo solicitud de los ciudadanos, puede controlar gran parte de las instituciones públicas, investigar, solicitar documentos, emitir recomendaciones, etc. Cuando un procurador constata la violación de una norma superior, particularmente constitucional, por un acto de una autoridad local o nacional, tiene derecho de formular frente a esta autoridad una protesta motivada, en la que solicita la modificación. La instrucción de los órganos de la Prokuratura, y sus 54 000 agentes que operan una red minuciosa en todo el territorio, es fácil y gratuita. En razón de sus fuertes lazos con la presidencia desde la era Putin<sup>101</sup>,

99 V. p. ej. N. Marie-Schwartzberg (dir.), *Le parquet et la prokuratura. Etude comparée France-Russie*, Paris, Société de législation comparée, coll. de L'UMR de droit comparé de Paris, Vol. 22, 2010, 171 p.

100 Trad. inglesa in W.E. Butler, J. Henderson (ed.), *Russian Legal Texts. The Foundations of a Rule-of-Law State and a Market Economy*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998, xi+928 p., pp. 307-339.

101 V. p. ej. G.B. Smith, «The Procuracy, Putin and the Rule of Law in Russia», in F. Feldbrugge (ed.),

su eficacia es remarcable y por lejos superior a la de las decisiones de la Corte constitucional, que se ve de vez en cuando obligada de apoyarse en la Prokuratura para asegurar la aplicación de sus decisiones. Así, son dirigidas a ella más de 1 millón de demandas al año. En dos instrucciones del 1ero de junio 2000, el Procurador general Vladimir Ustinov dio un mes a los procuradores regionales para poner en conformidad las leyes y reglamentaciones regionales con la legislación federal y la Constitución. En noviembre, más de 3000 actas irregulares habían sido identificadas, entre las cuales 2500 modificadas o anuladas en razón de la Prokuratura. A fines del 2000, un reporte fijaba el número de actas irregulares invertidas a 52 000<sup>102</sup>. En 2003, formuló 147 722 protestas contra actas normativas ilegales o anticonstitucionales. 142 089, es decir 96,2% fueron satisfechas. 135 437 actas normativas irregulares fueron anuladas o modificadas por ella.

Con un alto grado de instrumentos constitucionales propios al constitucionalismo comunista<sup>103</sup>, esta modalidad política de garantía de la constitución parece susceptible de remediación a ciertas dudas frente a la acción de la jurisdicción constitucional.

36. La última forma de control político de constitucionalidad es particularmente remarcable, ya que lejos de limitarse a hacer actuar unos contra otros a los órganos constituidos, pone directamente en acción el poder constituyente en la persona del pueblo, del ciudadano.

### C. El control político por el pueblo

37. La naturaleza de un dispositivo como el antes mencionado es la de preservar la Constitución de los ataques que pueden ser hechos por los poderes constituidos, ya sea que estos estén coaligados para violarla, o bien que algunos de ellos a través de los dispositivos evocados anteriormente no estén en medida de

*Russia, Europe and the Rule of Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, coll. «Law in Eastern Europe», Vol. 56, 2007, 223 p., pp. 1-14; E.S. Burger, M. Holland, «Law as Politics: The Russian Procuracy and its Investigative Committee», in *Columbia Journal of East European Law*, Vol. 2(2), 2008, pp. 142-193.

102 A. Trochev, «Russia's Constitutional Spirit: Judge-Made Principles in Theory and Practice», in G.B. Smith, R. Sharlet (ed.), *Russia and Its Constitution: Promise and Political Reality*, Leiden, Boston, M. Nijhoff, coll. «Law in Eastern Europe», Vol. 58, 2008, xxviii+206 p., pp. 53-77.

103 Para una comparación, v. p. ej. H. Oda, «The Procuracy and the Regular Courts as Enforcers of the Constitutional Rule of Law: The Experience of East Asian States», in *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987, pp. 1339-1363.

hacer frente a una violación. Sobre el plano de la filosofía política, esta forma de garantía de la constitución es particularmente importante, en la medida que, por un lado, restablece la movilización y la defensa de la constitución al nivel de aquellos en nombre de los cuales fue establecida en el constitucionalismo democrático. Por otro lado, conecta directamente el estudio del control de constitucionalidad a la problemática del consentimiento a la obediencia y de la manera de la cual este es concebido en la cultura constitucional dada<sup>104</sup>.

38. Este control popular de constitucionalidad conoce diferentes formas. Ciertos autores han así considerado que el poder de los jurados en los tribunales debe incluir la capacidad de determinar no solamente las preguntas de hecho pero igualmente las de derecho y particularmente la posibilidad de declarar una ley anticonstitucional. Expresando esta doctrina de “anulación por el jurado<sup>105</sup>”, el pensador libertario Lysander Spooner, considerada que “Durante más de seis cientos años – es decir desde la Magna Carta en 1215 – no ha habido un principio de derecho constitucional inglés o americano más claro que el según cual en los asuntos criminales no es únicamente el derecho o el deber de los jurados de juzgar lo que son los hechos, el derecho y la intención moral del acusado, *pero es también su derecho, su deber primero y superior, de juzgar la justicia de la ley y de considerar inválidas todas las leyes que, según ellos, son injustas u opresivas o de tomar por no culpables todas las personas que hayan violado leyes así o que hayan opuesto su resistencia a su ejecución*<sup>106</sup>.”

Esta tesis, que permite así a los jurados populares de apartar leyes que ellos estimen anticonstitucionales y de negar su aplicación concreta ha sido por ejemplo invocada en la sentencia *R. c. Morgentaler* de la Corte suprema de Canadá<sup>107</sup>. En este asunto, que ponía en cuestión el derecho al aborto, el abogado de los doctores demandados por haber practicado un aborto en violación de una prohibición que les imponía el código criminal había alegado, dirigiéndose al jurado:

104 Sobre ese tema, v. P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven, London, Yale University Press, 1997, xi+306 p.; Id., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1999, ix+169 p.

105 Sobre ese movimiento, v. p. ej. A. Schefflin, J. Van Dyke, «Jury Nullification: Contours of a Controversy», in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 43, 1980, pp. 51-115; M. Timko (ed.), *Jury Nullification*, Los Angeles, Libertarian Mutual Press, 1987; J. Abramson, *We, the Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, New York, BasicBooks, 1994, x+308 p., pp. 57-95.

106 L. Spooner, *An Essay on the Trial by Jury*, Boston, J.P. Jewett and Company, Cleveland (Ohio), Jewett, Pactor & Worthington, 1852, 224 p., p. 5, <http://www.archive.org/stream/anesayonthetria-32984gut/pg32984.txt> (consultado el 30 de marzo de 2017).

107 CS de Canadá, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

“El juez les dirá lo que es el derecho. Les dirá qué elementos componen la infracción y lo que el ministerio público debe probar, qué defensas son o no admisibles y ustedes deben tomar en consideración el derecho. Pero yo les diré que son ustedes, y no otros, quienes deben aplicar el derecho a los elementos de prueba y que tienen el derecho de decir lo que no debe ser aplicado”. Llamaba entonces directamente a la “anulación” de la disposición contestada del código criminal por el jurado mismo. Mientras que alejaba de manera ruda esta argumentación, la Corte consigue constatar la anticonstitucionalidad de la ley en cuestión.

En Estados Unidos, la doctrina de la anulación, que es una variante de la desobediencia civil<sup>108</sup>, es periódicamente invocada para fines partisanos para justificar la absolución de ciertos justiciables, acusados de infracción con los cuales ciertos grupos no están de acuerdo, en nombre de principios superiores, que sean reprimidos. Una organización especial, la *Fully Informed Jury Association*, que reagrupa a individuos de convicciones heteróclitas (militantes del medio ambiente, militantes del derecho de portar un arma, militantes de la legalización de la marihuana, militantes del derecho de los motociclistas etc.) ha mismo sido creada en 1989 para promover este derecho de anulación. De este hecho, en los Estados del Sur, un número de infracciones racistas han así evitado la condenación. Jurados compuestos únicamente de blancos han absuelto a personas acusadas de haber asesinado a negros o defensores de derechos civiles.

39. Recientemente, es bajo el ángulo del control popular de constitucionalidad que Horacio Spector a revalorado la noción de jurado constitucional. Un grupo de 36 a 72 personas, tiradas al azar de manera igualitaria y no especialmente formada a la interpretación y a la aplicación de textos jurídicos, susceptibles de solicitar la asistencia de expertos, tendría el poder de poner en cuestión, y de anular, una acción de la legislatura o del gobierno. Debería pronunciarse no bajo la forma de simples veredictos sobre la violación de un derecho constitucional, pero en la forma de decisiones plenamente motivadas. Mientras que el jurado constitucional de Sieyès presentaba un carácter relativamente aristocrático, pues era compuesto de hombres políticos, el jurado constitucional según Spector tiene capacidad de ofrecer, a través de la participación directa y aleatoria del pueblo mismo, una respuesta a la crítica del carácter antidemocrático de la justicia constitucional.

40. En la historia constitucional francesa, varios enunciados constitucionales pueden ser comprendidos como acreditando un poder popular de control de constitucionalidad.

108 J. Abramson, *We, the Jury*, *op. cit.*, p. 61.

En este sentido, la Constitución de 1793 preveía en su art. 123 que “La República francesa honra la lealtad, el valor, la vejez, la piedad filial, la desdicha. La República vuelve a poner en depósito su Constitución bajo el cuidado de todas sus virtudes.” Dicho texto, que nunca entro en vigor, dejo el lugar a una nueva Constitución que fue elaborada por la misma Asamblea. En su artículo 377 parece confiar de manera más explícita que antes la preservación de la Constitución a los ciudadanos. También enunciaba que “El pueblo Francés deja en depósito la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de padres de familia, a las esposas y madres, a la afección de los jóvenes ciudadanos, al valor de todos los franceses.” Paralelamente a los poderes constituidos y a los órganos políticos tradicionales, la garantía del respeto de la Constitución estaba así expresamente confiada a los miembros del pueblo.

Un proyecto de constitución girondina presentado por Condorcet el 15 de febrero de 1793 era aún más claro al respecto y contenía un Título VIII enteramente consagrado a “la Censura del Pueblo sobre los Actos de la Representación Nacional, y [al] Derecho de Petición”. Un control *a posteriori* podía ser desencadenado por cualquier ciudadano. Deseoso “de excitar la vigilancia de los Representantes del Pueblo sobre los actos de la Constitución, de la Legislación o de la Administración general, o bien de provocar la reforma de una ley existente o la promulgación de una ley nueva” se podía (con el acuerdo de cincuenta Ciudadanos del distrito) requerir a la oficina de su Asamblea primaria para convocarla el domingo siguiente con el fin de deliberar sobre la proposición (Título VIII, art. 1<sup>er</sup>). En caso de aprobación, la Asamblea debe suscitar la reunión de otras Asambleas primarias del distrito. En caso de aprobación en ese nivel, las Asambleas de departamento deberán pronunciarse. Si su voto es a favor de la deliberación, el Cuerpo legislativo es entonces concernido por la cuestión. El art. 27 del mismo texto preveía de forma particularmente vasta, que “Serán sometidas al ejercicio del poder de censura todas las leyes y generalmente todos los actos de la legislación que sean contrarios a la Constitución”. Pero dicho texto, que consagraba expresamente una forma innovadora de control político de constitucionalidad nunca fue adoptado. En un sentido similar, la Constitución vigente de Bolivia prevé, en su art. 108 que “Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.”

41. Otros dispositivos menos explícitos pueden igualmente ser considerados como un derecho individual de control de la constitucionalidad de la acción de los poderes en turno. Así Larry D. Kramer identifica, a partir de un estudio histórico del constitucionalismo americano, varios elementos que, antes del desarrollo

de la justicia constitucional, llevaban al pueblo mismo a garantizar la protección de su constitución. Los medios de corrección y de resistencia, que no eran exclusivos los unos de los otros ni jerarquizados entre ellos, estaban muy bien establecidos, estructurados y daban lugar a controversias de calidad<sup>109</sup>. Menciona en este contexto, aceptando ampliamente la protección de la constitución, diferentes derechos políticos como el derecho de voto, el derecho de formular peticiones, el derecho de reunirse para denunciar públicamente los actos inconstitucionales y pedir reparación, las manifestaciones, los boicots y las desobediencias civiles. A sus ojos, estos diferentes medios de acción desobedecían a las reglas implícitamente formalizadas, y llevaban al desarrollo de argumentaciones precisas que las diferenciaban claramente de un motín.

42. Finalmente, la desobediencia civil o resistencia a la opresión no puede parecer como un último modo para el pueblo de proteger su constitución. La asociación entre control jurisdiccional de constitucionalidad y la desobediencia civil no es excepcional. Así, según Hebert J. Storing, “la institución del control de constitucionalidad, donde los actos de las autoridades gubernamentales se ven confrontados (por los jueces) al derecho superior de la constitución, ofrece un tipo de “desobediencia civil” domesticada o civilizada. Una de las consecuencias prácticas de esta institución es de desviar la desobediencia y mismo la revolución hacia el canal del derecho<sup>110</sup>.”

La resistencia a la opresión tiene su fuente en doctrinas antiguas, pero encuentra su expresión moderna más característica con John Locke<sup>111</sup>, que funda el derecho para el pueblo de sustraerse de los gobernantes que no respetan las condiciones bajo las cuales su poder fue establecido. El derecho constitucional positivo francés actual incluye en el bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789<sup>112</sup>. Esta enuncia que “Los representantes del pueblo francés, [...] consideran que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de desdicha pública y de corrupción de los gobiernos, por lo que han resuelto de exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con

109 L.D. Kramer, *The People Themselves*, op. cit., pp. 24-34. V. en el mismo sentido M.K. Curtis, «Judicial Review and Populism», in *Wake Lake Forest Law Review*, Vol. 38, 2003, pp. 313-373, esp. pp. 358-366.

110 V. p. ej. H.J. Storing, «The Case Against Civil Disobedience», in H.A. Bedau (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, London, New York, Routledge, 1991, vi+217 p., p. 87.

111 J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, Ch. XIX, <http://socserv2.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/locke/government.pdf> (consultado el 30 de marzo de 2017).

112 Consejo constitucional francés, Decisión n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.



el fin de que dicha declaración constantemente presentada a todos los Miembros del Cuerpo Social, les recuerde sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y aquellos del poder ejecutivo, puedan en cada instante ser comparados con el objetivo de toda institución política y sean así más respetados; con la finalidad de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas bajo principios simples e innegables, que giren siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y del bienestar de todos.”

Dichos dispositivos explicitan el objetivo de la Declaración de constituir una norma de referencia para la evaluación de actividades de los gobernantes. Fundando con ello una forma de control de constitucionalidad. Según el art. 2 DDHC, “Dichos derechos [naturales e imprescindibles del hombre] son la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión.” Es posible que veamos en esta última noción, incluso radicalizada en la Constitución del año I, en derecho – incluso en deber – a la insurrección<sup>113</sup>, como la última sanción política a la inconstitucionalidad<sup>114</sup>. La particularidad reside esencialmente en el hecho que el control político no se limita simplemente a un veto a la entrada en vigor de una norma o a la invalidación de la misma, sino incluso a una consecuencia mucho más radical, en la medida en que puede conducir al derrocamiento del gobierno.

43. Lejos de ser puramente utópico, en su brutalidad misma, una forma tal de control político de constitucionalidad puede perfectamente integrarse a una forma popular de constitucionalismo<sup>115</sup>, además que a una teoría racional del consentimiento a obedecer. Jeremy Bentham ha establecido por ejemplo los fundamentos de esta teoría, dejando a cada cual de calcular con cuidado y a la luz de la ética de la deliberación que desarrolla las circunstancias en las cuales conviene someterse o al contrario rebelarse<sup>116</sup>, ya que “¿Cuál es la máxima de un buen ciudadano bajo un gobierno de Leyes? *Obedecer de manera puntual; criticar libremente*”<sup>117</sup>. En su teoría del derecho constitucional, la medida del poder de los

113 V. art. 35 DDHC: «Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y cada parte del pueblo, el derecho más sagrado y el deber más indispensable.»

114 M.R. Kadish, S.H. Kadish, *Discretion to Disobey. A Study of Lawful Departures From Legal Rules*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1973, x+241 p., pp. 101-106.

115 Sobre el cual v. p. ej. M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000, xii+242 p.; L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, xii+363 p.

116 G. Tusseau, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, Paris, Dalloz, coll. «Les sens du droit. Essai», 2011, 185 p., p. 152.

117 J. Bentham, *A Fragment on Government*, in Id., *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.),

gobernantes depende del hábito y de la disposición a obedecer de la población. Estas actitudes no son otras que las sanciones que aseguran la juridicidad de las reglas de derecho constitucional<sup>118</sup>. La sanción del desconocimiento por la minoría gobernante (*ruling few*) de las condiciones (constitucionales) en virtud de las cuales les ha sido conferido el poder se expresa entonces muy directamente en una pérdida del consentimiento a la obediencia de la mayoría gobernada (*subject many*)<sup>119</sup>. No sin énfasis, el jurista liberal alemán Robert von Mohl considera que cuando un simple ciudadano no consiente a obedecer a una ley que él considera anticonstitucional, un tal fenómeno no puede ser interpretado de otra manera que el feliz signo del desarrollo de una cultura política preocupada por los derechos fundamentales, en la cual cada uno, ciertamente a su propio riesgo, asume la realización de estos derechos<sup>120</sup>.

### Conclusión

44. De la misma manera que no puede desatender las formas no jurisdiccionales del control de constitucionalidad, la doctrina actual no puede descuidar de unirse a ciertas temáticas de filosofía política. Especialmente en las sociedades en las que el constitucionalismo y los valores de los que es solidario tienen dificultad de implantarse de manera durable o serena, debe interrogarse sobre el concepto de constitución que presupone su discurso y sobre el que implica, del punto de vista de la autonomía política individual y colectiva, el hecho de aceptar de someterse a una constitución. Se trata así de nada menos que de medir como la exigencia de la conformidad a la constitución se establece o no – y de qué manera – como un elemento de la cultura constitucional misma de las sociedades en cuestión. Para referirme al ejemplo africano con el que comencé, Jean du Bois de Gaudusson insiste, de manera justificada, sobre el hiato que puede existir entre las sociedades políticas, especialmente africanas y las instituciones de las que se dotan o a las que son dotadas, y sobre la necesidad de estudiar los “factores de sensibilización, de costumbre y de impregnación jurídica, en una palabra: de apropiación de los actores políticos

Edinburg, W. Tait, 1838-1843, Vol. 1, xv+580 p., p. 230.

118 J. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010, xl+351 p., p. 168.

119 G. Tusseau, «An Old English Tale? Bentham’s Theory of The Force of a Law», in Id. (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, London, New York, Routledge, coll. «Routledge Research in Constitutional Law», 2014, xii+422 p., pp. 80-133.

120 R. von Mohl, «Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze», in Id., *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Monographien*, Bd. 1, Tübingen, Laupp & Siebeck, 1860, xiv+778 p., pp. 93-95.

y de las poblaciones”. El hecho de no menospreciar las hipótesis de control política y especialmente popular, de constitucionalidad, lleva sobre el plano metodológico a “repolitizar” y “reculturizar” el derecho constitucional, a fines de no olvidar en el plano metametodológico que el panjudicialismo epistémico sólo es una de las varias posturas intelectuales, que nada tiene de necesario, sino que es una elección que merece ser consciente<sup>121</sup>. Es al empujar los límites de los hábitos doctrinales e invirtiendo en nuevos terrenos de investigación que será posible de favorecer una inteligencia plena y entera del constitucionalismo contemporáneo.

121 V. p. ej. en el mismo sentido R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford UP, 2014, xi+304 p.; G. Tusseau, «Oltre i ‘modelli’ di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista», trad. it. S. Bagni, in S. Bagni (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia University Press, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2013, 245 p., pp. 23-46; Id., «Sur le métalangage du comparatiste: de la prétention à la neutralité à l’engagement pragmatiste», in *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013, pp. 91-115; Id., «Droit comparé et théorie générale du droit. Remarques sur quelques allers-retours aporétiques», de próxima aparición.

## RESUMEN

El desarrollo del Estado constitucional contemporáneo conduce los especialistas de derecho constitucional a concentrar su atención en el control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, de ese modo se tiende a ocultar o escotomizar otras maneras, políticas, de asegurar la garantía de la constitución. El control político de constitucionalidad pertenece a una etapa importante de la trayectoria del constitucionalismo actual. Es solidario con una experiencia, con una cultura y con una memoria original. Además, los debates que suscita la legitimidad de los jueces constitucionales conduce a propuestas recientes cada vez más afirmadas favorables al hecho de “quitarle la constitución a los tribunales”. Aun si el control político de constitucionalidad ha sido suplantado por el control jurisdiccional, no ha sido totalmente eliminado por este último, lo que conduce a nuevas formas de interacción entre órganos constitucionales, haciendo de la garantía de la constitución una competencia compartida. A fines de identificar parte de lo impensado del pensamiento constitucional contemporáneo, ese texto propone una cartografía de esta forma institucional, analizando diferentes tipos de controles políticos de constitucionalidad, desde los ejercidos por órganos políticos tradicionales (órganos legislativos o órganos ejecutivos) hasta los que competen a órganos más originales como un Estado miembro de una federación, un órgano *ad hoc* o, finalmente, el pueblo en sí.

## PALABRAS CLAVES

Control de constitucionalidad; metodología jurídica; derecho constitucional comparado; judicialización de la política; control político.

## ABSTRACT

The development of the contemporary constitutional state leads constitutional scholars to concentrate on the jurisdictional control of constitutionality. However, this tends to hide or scotomize other, political, ways to ensure the guarantee of the constitution. The political control of constitutionality belongs to an important stage of the trajectory of current constitutionalism. It is related to an experience, a culture and an original memory. In addition, the debates about the legitimacy of constitutional judges lead to recent proposals to «take the constitution away from the courts». Even if the political control of constitutionality has been supplanted by judicial control, it has not been totally eliminated by the lat-

ter. This leads to new forms of interaction between constitutional organs, making the protection of the constitution a shared competence. In order to identify part of the scotomised aspect of contemporary constitutional thought, this text proposes a cartography of this institutional form, analyzing different types of political controls of constitutionality, from those exercised by traditional political bodies (legislative bodies or executive bodies) to more original bodies such as a member state of a federation, an *ad hoc* authority or, finally, the people themselves.

### **KEYWORDS**

Constitutional review; legal methodology; comparative constitutional law; judicialisation of politics; political control.