

## DEMOCRACIA Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

por Luis López Guerra

Sumario: 1. Democracia y Tribunal Constitucional. 2. Funciones manifiestas y latentes de los Tribunales Constitucionales. 3. El carácter mixto de los Tribunales Constitucionales. 4. ¿Crisis de las funciones clásicas de los Tribunales Constitucionales? 5. Funciones latentes de los Tribunales Constitucionales. 6. Los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos y como creadores de normas. Democracia y creación del Derecho por los Tribunales. 7. Las técnicas para la adecuación de la actuación de los Tribunales Constitucionales al principio democrático.

### 1. Democracia y Tribunal Constitucional.

Las cuestiones relativas tanto a la conveniencia de la existencia de un Tribunal Constitucional en un sistema político democrático, como, si se admite esa conveniencia, respecto a las funciones que ese Tribunal Constitucional debe cumplir resultan de considerable relevancia en los momentos actuales, al menos por dos razones. En primer lugar, por el hecho incontestable de que instituciones de ese tipo existen en la mayoría de los países de Europa, y se postula su introducción en el futuro cuadro institucional de la Unión Europea (1); en segundo lugar, y en forma complementaria, porque la misma existencia de esos Tribunales no ha dejado nunca, desde los días de su creación inicial, de estar sometida a debate y crítica, en relación con su compatibilidad con el principio democrático.

Desde la conocida crítica de Carl Schmitt (2), dos tipos de objeciones se han formulado a la creación de Tribunales Constitucionales. Se ha preguntado por qué se supone que un Tribunal Constitucional debe ofrecer más garantías de capacidad técnica y de imparcialidad, a la hora de interpretar la Constitución, y decidir sobre la compatibilidad con sus mandatos de la nueva legislación, que una Asamblea Legislativa, o un órgano como la Presidencia de la República, cuando los reproches que pudieran formularse contra estos órganos (como su parcialidad política) podrían sin dificultad extenderse también a los Tribunales Constitucionales. Por otra parte, se ha señalado continuamente que el Tribunal Constitucional se sitúa en una posición de contradicción con el principio democrático, al hacer prevalecer a la opinión de un órgano sin conexión (o débilmente conectado) con la voluntad popular, sobre la de órganos legitimados directamente por esa voluntad (3).

Contestar a estas cuestiones requiere una tarea inicial: verificar qué es lo que los Tribunales Constitucionales hacen realmente en las modernas democracias europeas. La conocida tendencia académica a operar con tipos ideales lleva en ocasiones a olvidar la considerable diversidad de los casos concretos. Por otro lado, es bien sabido que, debido a la peculiar naturaleza del Derecho Constitucional, no basta, para conocer la realidad constitucional de cada momento, limitarse al análisis de los textos legales: en este área del Derecho, posiblemente más que en otras, se hace necesario tener en cuenta fuentes adicionales para conocer el ordenamiento jurídico realmente vigente. Las convenciones constitucionales, la práctica de los actores políticos, y, desde luego, la práctica de los mismos Tribunales deben ser tenidas en cuenta a la hora de conocer las funciones

actuales de los Tribunales Constitucionales. Desde esta perspectiva, en las líneas que siguen se intentará abordar brevemente tres temas:

- a) ¿Cuáles son las funciones actuales de los Tribunales Constitucionales?
- b) Hasta qué punto el ejercicio de esas funciones puede suponer una disminución del principio democrático?
- c) ¿Qué técnicas o mecanismos se prevén usualmente en los ordenamientos constitucionales para impedir un desarrollo antidemocrático de las potestades de los Tribunales Constitucionales?

Para ofrecer una orientación inicial, valga señalar que las respuestas que se proponen a estas tres cuestiones pudieran resumirse en el sentido de que: a) las funciones actuales de los Tribunales Constitucionales son resultado de una evolución que los configura como algo muy distinto de original “legislador negativo” kelseniano; b) que los Tribunales Constitucionales aparecen como una expresión del principio de separación de poderes como garantía de la misma democracia; y c) que a este efecto, los diversos ordenamientos configuran al Tribunal Constitucional como un órgano de procedencia predominantemente parlamentaria y de composición sujeta a una renovación sucesiva.

## 2. Funciones manifiestas y latentes de los Tribunales Constitucionales.

Los artículos constitucionales y las disposiciones legislativas que regulan la composición y actuación de los Tribunales Constitucionales suelen incluir largas listas relativas a las funciones que se les atribuyen. Son funciones que se refieren a materias muy dispares, según los países, y que incluyen (aparte de la revisión de la constitucionalidad de las leyes) tareas como la revisión de la regularidad de los procesos electorales, la garantía de la autonomía de los municipios la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos o el enjuiciamiento penal de los altos cargos del Estado.

A pesar de esta (aparente) variedad, el análisis histórico del origen y desarrollo de los Tribunales Constitucionales hace posible reducir esa multiplicidad de tareas a unas pocas categorías o funciones genéricas. Pero además, este análisis y el examen de lo que efectivamente hacen los Tribunales Constitucionales viene a mostrar que, junto a las funciones que manifiesta y expresamente les encomiendan Constituciones y leyes, estos Tribunales cumplen hoy una función latente que supone sin duda una desviación del clásico modelo kelseniano que ha inspirado la creación de estas instituciones.

## 3. El carácter mixto de los Tribunales Constitucionales

Es posible afirmar hoy que, de los Tribunales Constitucionales efectivamente existentes, ninguno responde enteramente al modelo “típico” de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto: al modelo “concentrado” o europeo como opuesto al “difuso” o americano. Desde 1920, fecha en que se crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta la actualidad, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos Tribunales Constitucionales han adoptado, del modelo

americano, la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano la defensa y protección abstracta del orden constitucional (4).

a) En el modelo difuso o americano de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los Tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son partes en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, inter partes. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos erga omnes, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores.

b) En el modelo europeo/kelseniano, (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales) los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por la Constitución “kelseniana” de 1920 fue el Tribunal imperial (Reichsgericht) que se configuraba esencialmente como un Tribunal de Conflictos (5). En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional in abstracto de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza erga omnes; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo.

El desarrollo del carácter mixto de la configuración de los modernos Tribunales Constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa in abstracto del sistema constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o menor medida.

a) Como expresión de la función de defensa de derechos individuales puede considerarse el procedimiento, presente en numerosos ordenamientos, de queja constitucional (Verfassungsbeschwerde, amparo) contra actuaciones, tanto de poderes públicos como de particulares, a partir de recursos de individuos concretos.

b) La función de defensa abstracta del orden constitucional, protagonizada por poderes públicos (o parte de ellos) frente a actuaciones de otros poderes del Estado se manifiesta principalmente en el recurso abstracto o directo de inconstitucionalidad; pero también se manifiesta en otros procedimientos, como pueden ser los relativos a la resolución de conflictos entre entes territoriales, o entre poderes (órganos) del Estado. Dentro de este

apartado relativo a procedimientos destinados a defender la Constitución podrían incluirse también los procedimientos de inconstitucionalidad de partidos políticos y el control de procedimiento electoral. También, quizás, los procedimientos relativos al enjuiciamiento de altos órganos del Estado.

c) Un carácter mixto (que comprende tanto la defensa de la Constitución como la protección de derechos individuales de sujetos concretos) puede atribuirse al procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mediante el cual, en un litigio concreto, el juez puede someter al juicio del Tribunal Constitucional la constitucionalidad de normas legales que tiene que aplicar de forma decisoria en un proceso determinado. Se percibe aquí una dimensión abstracta del procedimiento (el Tribunal Constitucional ha de pronunciarse sobre una norma, no sobre una pretensión individual) y una dimensión concreta (pues la resolución del tribunal determinará el curso y el resultado del procedimiento ante el juez a quo que planteó la cuestión).

#### 4. ¿Crisis de las funciones clásicas de los Tribunales Constitucionales?

La práctica de los Tribunales Constitucionales en Europa ha venido a mostrar que no existe, ni mucho menos, un equilibrio en lo que se refiere a la relativa importancia de las diversas funciones “expresas” de los Tribunales Constitucionales. Las funciones relativas a la defensa de derechos individuales han cobrado un claro predominio numérico sobre las funciones de defensa abstracta de la Constitución; así y todo, la forma concreta en que esa defensa de derechos fundamentales se lleva a cabo presenta particularidades dignas de mención.

a) Por lo que se refiere a la defensa de la Constitución, la evolución política de Europa occidental ha venido a vaciar en gran parte de contenido a los procedimientos con ella relacionados. La aparición de los Tribunales Constitucionales actuales (en la Constitución italiana de 1948, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la Constitución portuguesa de 1976, en la Constitución española de 1978) se produjo efectivamente en momentos en que se percibía la existencia de auténticas amenazas a la Constitución, derivadas bien de la situación internacional (guerra fría en los años cuarenta) bien de la presencia de fuerzas internas de dudosa lealtad constitucional, bien de la influencia de un pasado autoritario (6). No cabía, en el momento constituyente, excluir que, efectivamente, fuerzas hostiles a la Constitución pudieran llegar a ocupar o controlar poderes del Estado (entre ellos el poder legislativo) y llevar a cabo una actividad anticonstitucional. Pero el desarrollo de la vida política en los países europeo-occidentales ha supuesto en gran manera la eliminación de ese peligro (salvo recurrencias momentáneas, más llamativas que reales). El enfrentamiento político entre partidos se lleva a cabo generalmente aceptando la lealtad constitucional del adversario (7).

Como consecuencia, los procedimientos típicos de esta función se utilizan en forma esporádica. El recurso directo de inconstitucionalidad es prácticamente inexistente en Italia (salvo en supuestos de controversias territoriales) y escasamente empleado, al menos en términos relativos, en España o Alemania. Lo mismo podría afirmarse (con las peculiaridades propias de cada país) del resto de los procedimientos incluidos en la función de defensa de la Constitución. La única excepción es la representada por los

procedimientos relativos a la resolución de conflictos interterritoriales, especialmente en España y Bélgica, y ello puede achacarse a la particular situación de estos dos países.

b) La situación es (aparentemente) distinta en lo que se refiere a los procedimientos relacionados, total o parcialmente, con la protección de derechos individuales. La queja constitucional (Verfassungsbeschwerde, recurso de amparo) es una vía procesal que ha llegado prácticamente a sofocar a los Tribunales Constitucionales alemán y español; en Italia, donde tal procedimiento no existe, el papel de protección de derechos individuales es desempeñado por el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, procedimiento que ha venido también a sobrecargar al Tribunal. Pero la frecuencia del empleo de estos procedimientos no debe engañarnos con respecto a su significado real. Pues es evidente que, por intenso que sea el esfuerzo de los Tribunales Constitucionales dediquen a su actividad, un único Tribunal, de doce o quince miembros, no puede servir de auténtica garantía respecto de la observancia de los derechos constitucionales de los individuos, en poblaciones que se cuentan por docenas de millones. De hecho, y para enfrentarse con tal afluencia de recursos (que no pueden, por su número, ser resueltos por un solo Tribunal) se están empleando, cada vez más intensamente, procedimientos de filtro y selección de casos, de forma que los Tribunales Constitucionales sólo admiten aquellos que consideran de especial relevancia, dejando de lado aquellos que en su opinión, carecen de “contenido constitucional” (8).

##### 5. Funciones latentes de los Tribunales Constitucionales.

Este fenómeno viene a poner de manifiesto una evolución en el papel y funciones de los Tribunales Constitucionales. Ha disminuido su función como “legislador negativo” por innecesaria, en lo que se refiere a la defensa de la Constitución, al menos en aquellos países con una cierta estabilidad política, y un clima de consenso básico entre partidos, como suele ser en general el caso en los países Europa Occidental. No pueden por otro lado, cumplir una función de protección de derechos constitucionales en casos individuales, debido a su misma composición y estructura. Y sin embargo, el papel de los Tribunales Constitucionales es cada vez más relevante en la vida jurídica europea.

Ello puede explicarse si se considera que cumplen una función (muchas veces no expresa en las Constituciones) que está ya muy alejada de las expectativas de Hans Kelsen : la función de intérprete de la Constitución, y de orientador de los demás poderes del Estado (incluyendo desde luego al poder legislativo) a la hora de interpretar y aplicar el texto constitucional (9). Progresivamente, se va confirmando que la tarea crucial que los Tribunales Constitucionales deben llevar a cabo es la interpretación de los preceptos constitucionales. Ello supone suministrar a jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores generales relativos, no sólo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino, aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias (infraconstitucionales) para que esa interpretación y aplicación se adecuen a los mandatos de la Constitución. Ello se consigue, no sólo mediante las conocidas sentencias interpretativas, sino también mediante orientaciones y advertencias a los poderes públicos respecto de cómo debe aplicarse la legalidad existente.

En efecto, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional se produce, al menos, por tres vías. La primera y más evidente es el recurso a las sentencias expresamente interpretativas, en que los Tribunales Constitucionales, en la misma parte dispositiva de sus sentencias (fallo), establecen cual debe ser la interpretación “correcta” de una ley para que se adecue a los mandatos constitucionales: sentencias que suponen no sólo la interpretación de la ley ordinaria, sino también, evidentemente, una interpretación del sentido de los mismos mandatos constitucionales. Una segunda vía es la representada por las consideraciones interpretativas realizadas en la fundamentación de todo tipo de sentencias, consideraciones dirigidas a establecer, de los posibles sentidos de un mandato constitucional cual debe considerarse “correcto”. Y, finalmente, una tercera vía sería la representada por las sentencias recaídas en casos de defensa de derechos individuales, en cuanto correctoras o confirmadoras de la interpretación de las leyes y de la Constitución llevada a cabo por los demás poderes públicos (10).

No es por ello extraño que los Tribunales Constitucionales hayan considerado determinante el cumplimiento de esta función interpretativa a la hora de seleccionar, para su admisión, aquellos casos relevantes de entre los miles de recursos en defensa de derechos individuales que se les presentan. A la hora de considerar cuáles deben ser los criterios para que los Tribunales lleven a cabo esta selección (en un procedimiento cada vez más similar al writ of certiorari norteamericano) la discusión académica y la práctica real están señalando que el criterio de relevancia utilizado, explícita o implícitamente, es de la contribución del caso concreto a la interpretación constitucional (11).

Con ello los Tribunales Constitucionales han asumido una inesperada labor: la introducción de reglas generales por la vía de las resoluciones judiciales, en una forma que hubiera resultado impensable para los que aún creen en la radical diferencia entre los sistemas de Derecho civil y common law (12). Y ello se manifiesta en la continua cita de las máximas o reglas generales introducidas en las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, tanto en las resoluciones de los Tribunales ordinarios, como en las exposiciones de motivos de disposiciones administrativas generales, y en los mismos preámbulos de las leyes.

## 6. Los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos y como creadores de normas. Democracia y creación del Derecho por los Tribunales.

Los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) “legisladores negativos”, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aún que otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como “expresión de la voluntad popular”) ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad.

Los Tribunales Constitucionales suponen pues la presencia de unos límites al legislador. Pero la existencia de esos límites se da por supuesta en todos los regímenes constitucionales, en virtud del principio de separación de poderes: en palabras de Montesquieu, “hasta la virtud tiene sus límites”. El problema se plantea más bien en cuanto a si la función del Tribunal Constitucional se extiende, no tanto a establecer límites a la acción del legislador, como a sustituirle en la emisión de normas generales. En este supuesto, ciertamente, habría que preguntarse sobre la compatibilidad del principio democrático con la existencia de un órgano con poderes normativos desvinculado de la representación popular.

Desde luego, no es tal el caso en lo que se refiere a la función relativa a la protección de derechos fundamentales de las personas, mediante vías como el recurso de amparo español o portugués o la Verfassungsklage alemana o austriaca; en estos supuestos el Tribunal Constitucional actúa como un órgano incluido dentro de la más estricta concepción de la jurisdicción clásica, en cuanto aplicador del Derecho a casos particulares. Pero es legítimo plantearse la cuestión en cuanto a las funciones de los Tribunales Constitucionales relativas tanto a la revisión de la constitucionalidad de las normas parlamentarias (función expresa o manifiesta) como a la emisión de criterios interpretativos de la Constitución y de las mismas leyes (función latente).

Por lo que atañe a la función clásica de los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos, la literatura constitucionalista se ha ocupado extensamente del tema, y el engarce de esa función con los principios democráticos no presenta excesivas dificultades. El Tribunal Constitucional, al declarar inconstitucional una ley no viene, en puridad, a introducir su voluntad en lugar de la voluntad parlamentaria; en realidad lo que hace es volver a un statu quo ante, que puede ser reformado o reconfigurado únicamente por el legislador, siempre que o bien se ajuste a los parámetros constitucionales o bien proceda a reformar estos parámetros.

El problema es más complejo en lo que se refiere a la función de introducción de criterios interpretativos de la Constitución y de las leyes. Como ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, la necesidad de que se lleven a cabo una serie de trámites procesales que no vienen expresamente regulados en las leyes de procedimiento, pero que resultan de cumplimiento obligatorio por el juez si no quiere incurrir en una vulneración de ese derecho. El Tribunal español ha introducido así elementos anteriormente inexistentes en las leyes de procedimiento, como la casación en los procesos dentro de la jurisdicción militar, o la obligación de someterse a pruebas de ADN en procedimientos de reconocimiento de paternidad, entre otros muchos ejemplos, o ha establecido requisitos para la legislación que no están presentes en la Constitución (por ejemplo, en España, que las líneas básicas a seguir por las normas de las Comunidades Autónomas han de establecerse por ley parlamentaria). Posiblemente, del análisis de prácticas como, en el ordenamiento italiano, de las sentenze interpretative di principio (13) podrían obtenerse ejemplos de introducción, por el Tribunal Constitucional, de mandatos al legislador, o de mandatos de carácter general a los órganos jurisdiccionales y administrativos.

¿Hasta qué punto ello no supone un secuestro de la potestad legislativa reservada al Parlamento, o incluso de la misma voluntad del constituyente? A diferencia de su actividad como legislador negativo, en estos casos el Tribunal Constitucional no deja

opciones al legislador para que reforme libremente el statu quo. Pero cabe también preguntarse si el moderno Derecho Constitucional deja otra opción. La concepción de la Constitución como norma vinculante, y no meramente programática implica que el cumplimiento de sus mandatos no puede dejarse a la discreción del legislador. Y sin duda los mandatos de las modernas Constituciones suponen obligaciones de hacer, directa o indirectamente derivadas del texto constitucional. Y ello no sólo en el cada vez más amplio campo de los mandatos “sociales” sino en áreas como el due process of law, la tutela judicial, o la realización del principio de igualdad. La inactividad del legislador no puede, desde esta perspectiva, truncar la fuerza normativa de la Constitución. Por ello, la función del Tribunal Constitucional aparece quizás forzosamente, como una función de sustitución del legislador, cuando este no lleva a cabo tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales.

#### 7. Las técnicas para la adecuación de la actuación de los Tribunales Constitucionales al principio democrático.

A pesar de todo ello, la práctica constitucional europea no ha resultado en enfrentamientos graves entre el Tribunal Constitucional y otros órganos del Estado, similares, por ejemplo, al enfrentamiento entre Presidencia y Tribunal Supremo en los Estados Unidos del New Deal (14). Ello puede quizás deberse a las especiales características que rodean el diseño de este tipo de Tribunales. Una adecuada consideración del tema requiere, en todo caso, el análisis, no sólo de las potestades de los Tribunales Constitucionales, sino también de su legitimación democrática, y su conexión con la voluntad popular. A este respecto, varios datos merecen tomarse en cuenta:

Primeramente, y a diferencia de los altos órganos de la jurisdicción ordinaria, los miembros de los Tribunales Constitucionales suelen ser, total o mayoritariamente, designados por instancias parlamentarias. Lo que a veces se denomina “politización” de los Tribunales Constitucionales sería así más una ventaja que un inconveniente, sobre todo si este origen parlamentario, que asegura una cierta conexión con la voluntad popular, va unido a requisitos de elección que impidan el monopolio del nombramiento de los miembros del Tribunal por la mayoría parlamentaria del momento, así como a garantías de la independencia de los jueces constitucionales.

Por otro lado, y también a diferencia de la mayoría de los jueces ordinarios, el mandato del juez constitucional suele ser un mandato temporalmente limitado. Ello trae como consecuencia una renovación continua y periódica de los Tribunales Constitucionales que, unida a su procedencia parlamentaria, impide que los jueces constitucionales se configuren como una casta definida profesionalmente y desvinculada de las creencias y sentimientos de la sociedad en cada momento respecto de lo que significa la democracia constitucional. Finalmente, la generalizada prohibición de reelección contribuye a que se produzca una circulación interna de jueces dentro del Tribunal Constitucional, aportando ideas y concepciones nuevas en forma regular.

Nos encontramos sin duda ante lo que pudieran llamarse técnicas de pura ingeniería constitucional (15). Así y todo, responden a una concepción más profunda: la de que el legislador, en ocasiones, no es capaz de cubrir todos los frentes que resultan de la presencia de una Constitución que se quiere normativa. La provisión de una instancia

que pueda cubrir esta necesidad no puede dejarse al margen de las exigencias del principio democrático: no cabe hablar, como a veces se hace, de una contraposición entre democracia y Estado de Derecho. Las deficiencias que en éste puedan apreciarse, por desfallecimiento o incapacidad de las instancias legislativas no pueden por tanto suplirse por el recurso a la mera “capacidad técnica” o “imparcialidad” de órganos jurisdiccionales. También en la base de la composición y actuación de éstos debe encontrarse -siquiera sea indirectamente- la voluntad popular. Por ello, la ingeniería constitucional sirve para que los órganos de la justicia constitucional cuenten con una legitimidad democrática.

## NOTAS

(1) Una excelente exposición sobre los diversos tribunales constitucionales europeos puede encontrarse en Luis FAVOREU, *Los Tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994. Para las funciones propias de la justicia constitucional en el seno de la Unión Europea, Alejandro SAIZ ARNAIZ, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional” en R. MORODO y P. DE VEGA, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, 2002, tomo IV, págs. 2425-2460.

(2) La discusión clásica sobre el carácter “político” o jurídico de la justicia constitucional es la representada por los conocidos trabajos de C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, y Hans KELSEN, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” *Die Justiz*, 11-12 (1930-31), págs. 576-628

(3) Para un análisis de estas posiciones, ver el libro de Victor FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, 1997.

(4) Para las diversas funciones de los tribunales constitucionales y su evolución, es muy útil el libro de Michel FROMONT *La justice coinstitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, donde se lleva a cabo una crítica de la contraposición entre los modelos “americano” y “europeo”.

(5) Sobre los orígenes de la justicia constitucional en Europa, Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

(6) Ver las consideraciones de Francisco RUBIO LLORENTE EN “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), págs. 9-39, especialmente páginas 12 y 13.

(7) Luis LOPEZ GUERRA, “Estudio preliminar” a *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000 (2ª ed.) págs. 13 a 35.

(8) Sobre este tema, ver la ponencia de Victor FERRERES “Is the European Model of Judicial Review in Crisis?” presentada a la *Conference on Constitutional Courts*, Washington, Saint Louis University School of Law, 1-3 nov. 2001, que puede consultarse en Internet

(9) LOPEZ GUERRA, *op.cit.* pág. 24.

(10) Un análisis de estos tipos de sentencias puede encontrarse en Francisco Javier DIAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, 2001.

(11) Es interesante comparar las posiciones doctrinales sostenidas al respecto por los distintos autores españoles. Ver, como ejemplos de perspectivas distintas, Luis María DIEZ PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994) págs. 9-37; Pedro CRUZ VILLALÓN, “Sobre el amparo” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41 (1994) págs. 9-23 y Pablo PEREZ TREMPES, “La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 39 ( 1994) págs. 89-104.

(12) Un trabajo ya clásico sobre este tema es el de M. CAPPELLETTI “The Doctrine of stare decisis and the Civil Law. A Fundamental Difference-or no Difference at all? En *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, págs. 381-393.

(13) Para este tipo de sentencias es esclarecedor el trabajo de Roberto ROMBOLI, “Italia” en E. AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, 1998, págs. 89-138.

(14) Aún cuando se hayan producido divergencias entre Tribunales Constitucionales y otras instancias jurisdiccionales, notablemente el Tribunal Supremo: pero tales divergencias no se proyectan sobre la legitimidad democrática de las instituciones. Sobre este tema, ver Rosario SERRA, *La guerra de las Cortes*, Madrid, 1999

(15) Una descripción de estas técnicas puede encontrarse en mi trabajo “Organización y posición constitucional de la justicia constitucional en Europa”, incluido en L. LOPEZ GUERRA (coord.) *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, 2002, págs. 59-76.