

¿Abstractivización del control concreto o concretización del control abstracto?*

Abstraction of concrete control or concretization of abstract control?

 LUIZ GUILHERME MARINONI**

235

Resumen

En las últimas décadas se ha producido la aparición de una nueva forma de control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. Ello ha permitido que las decisiones del Tribunal adquieran otra dimensión, llevando a la doctrina a pensar en precedentes constitucionales. La nueva forma del recurso extraordinario llevó a imaginar que el control concreto se estaría superponiendo al control abstracto. Por otro lado, se ha pasado por alto que, en realidad, el control abstracto o puramente normativo ha dejado de existir, sobre todo a la vista de las nuevas teorías interpretativas de la Constitución y de la apertura de los Tribunales Constitucionales a la facticidad.

El presente texto pretende contribuir a eliminar esta confusión mostrando que el control incidental, en forma de precedentes constitucionales, no sólo no tiene nada que ver con el control abstracto, sino que es indispensable para la propia racionalidad del control difuso de constitucionalidad.

Palabras clave

Tribunal constitucional, control de constitucionalidad, control abstracto, control concreto, precedente constitucional.

* Traducción de Christian Delgado Suárez.

** Profesor Catedrático de la Universidad Federal de Paraná. Presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Honorario del Presidium de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. (guilherme@marinoni.adv.br).

Abstract

In recent decades, a new form of control of constitutionality has appeared through extraordinary appeals. This has allowed the Court's decisions to acquire another dimension, leading the doctrine to think of constitutional precedents. The new form of the extraordinary appeal led to imagine that concrete control would be superimposed on abstract control. On the other hand, it has been overlooked that, in reality, abstract or purely normative control has ceased to exist, especially in view of the new interpretative theories of the Constitution and the opening of the Constitutional Courts to factuality.

The present text aims to contribute to eliminate this confusion by showing that incidental control, in the form of constitutional precedents, not only has nothing to do with abstract control, but is indispensable for the very rationality of diffuse control of constitutionality.

Keywords

Constitutional Court, control of constitutionality, abstract control, concrete control, constitutional precedent.

Sumario

236

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿ABSTRACTIVIZACIÓN O RACIONALIZACIÓN DEL CONTROL INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD? III. ¿PUEDEN LA REPERCUSIÓN GENERAL Y EL EFECTO VINCULANTE ELIMINAR EL CASO CONCRETO DE LA RAZÓN QUE INFORMA LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL? IV. LA CONCRECIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD. V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido una transformación del control incidental de constitucionalidad o, más propiamente, la aparición de una nueva forma de control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. La repercusión general, unida a la percepción de que el caso concreto brinda la oportunidad de dar sentido a la Constitución, ha permitido que las decisiones del Tribunal adquieran otra dimensión, llevando a la doctrina a pensar en precedentes constitucionales, es decir, en decisiones interpretativas vinculantes o con efectos vinculantes¹.

1 Guilherme Marinoni L. (2022). *Precedentes Obrigatórios*. Revista dos Tribunais. pp. 295 y ss.

La nueva configuración de las decisiones constitucionales trajo naturalmente otros incrementos, como, por ejemplo, la modulación de los efectos de las decisiones tomadas en el control incidental y la posibilidad de discutir hechos constitucionales, admitiendo la intervención de *amici curiae*, la realización de audiencia pública y la producción de pruebas, al principio previstas sólo para las acciones de control abstracto.

Por ello, la nueva forma del recurso extraordinario llevó a imaginar que el control concreto se salía de los carriles o entraba en el espacio que pertenecería al control abstracto. Por otro lado, curiosamente se ha pasado por alto que, en realidad, el control abstracto o puramente normativo ha dejado de existir, sobre todo a la vista de las nuevas teorías interpretativas de la Constitución y de la apertura de los Tribunales Constitucionales a la facticidad.

El presente texto pretende contribuir a eliminar esta confusión mostrando que el control incidental, en forma de precedentes constitucionales, no sólo no tiene nada que ver con el control abstracto, sino que es indispensable para la propia racionalidad del control difuso de constitucionalidad. Al mismo tiempo, es necesario aclarar que el control que actualmente se realiza a través de acciones directas dista mucho del tradicional control puramente normativo característico de los orígenes de los Tribunales Constitucionales Europeos.

De hecho, queremos demostrar que las cosas se han invertido, ya que el control incidental que se sirve del precedente constitucional (eficacia vinculante) y del caso concreto es plenamente adecuado, y el control directo, para coexistir junto al incidental, debe ser consciente de la importancia de los hechos para la interpretación constitucional, así como de todas sus consecuencias.

II. ¿ABSTRACTIVIZACIÓN O RACIONALIZACIÓN DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD?

Desde la institución de la repercusión general y, en consecuencia, la aparición de precedentes constitucionales, han surgido observaciones e incluso críticas sobre las propiedades que los recursos extraordinarios han adquirido naturalmente para permitir que el control incidental de constitucionalidad cumpla su función adecuada.

Se habla de objetivación o abstracción con la intención de hacer creer que el control incidental, mediante llamamientos extraordinarios, se transformaría en control abstracto. De hecho, sin explicar cómo dejaría de funcionar correctamente el control incidental, pero, curiosamente, aludiendo a técnicas que nunca han

pertenecido al patrimonio exclusivo del control abstracto, se argumenta que el uso de la eficacia vinculante en el control incidental, por ejemplo, sería un signo de objetivación o abstracción del control concreto.

Evidentemente, se trata de un malentendido con una pizca de ingenuidad. Se argumenta que la comprensión del significado del precedente constitucional, es decir, la *ratio decidendi* o fundamento determinante del resultado del recurso, capaz de indicar el entendimiento del Tribunal sobre una cuestión constitucional, tendría que ver con el control abstracto.

Ahora bien, el precedente constitucional, o incluso la eficacia vinculante que conlleva, no tiene nada que ver con el control abstracto. De hecho, están a kilómetros de distancia del concepto de exclusión de la ley del ordenamiento jurídico o incluso de la eficacia *erga omnes*, propia de una decisión de inconstitucionalidad que excluye una norma jurídica del ordenamiento jurídico.

Hay que tener en cuenta que en la tradición del control abstracto se ha buscado la eficacia *erga omnes* en la naturaleza legislativa de la decisión de inconstitucionalidad. La eficacia *erga omnes* no surgía de la mera asunción de que la decisión de inconstitucionalidad afecta a todos, aunque sean ajenos al proceso en el que se adoptó la decisión -como se asume cuando existe una “representación adecuada”, requisito que se considera indispensable para hacer compatible la acción popular con la garantía constitucional de participación en el proceso².

Kelsen declaró la eficacia general de la decisión de inconstitucionalidad después de haber dejado clara su teoría sobre el control de constitucionalidad. Para Kelsen, una decisión de inconstitucionalidad es un acto de un legislador negativo. No exactamente porque el Tribunal no pueda suplir la omisión del legislador positivo, sino sólo porque el Tribunal, cuando decide, practica un acto que tendría la misma naturaleza que una ley que deroga otra ley o norma jurídica, un simple acto que es lo contrario de producir legislación³. La decisión del Tribunal tendría carácter legislativo con signo contrario, por lo que constituiría un acto de legislación negativa. Kelsen afirma que la decisión que anula la ley, al tener la misma naturaleza que la norma general, tiene por tanto eficacia general o *erga omnes*.

2 Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940. Ver: Minzner M. (2010). Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process. *Brigham Young University Law Review*. pp. 597 y ss.

3 Kelsen H. (2002). *Jurisdição constitucional*. Martins Fontes. pp. 153 y ss; Fernández Segado. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. Dykinson. p. 151.

Esto significa que la eficacia general o *erga omnes* que hoy es propia de las decisiones dictadas en el control abstracto brasileño nada tiene que ver con una particularidad exclusiva del control judicial abstracto. De hecho, si la eficacia general se encontraba originalmente en la naturaleza legislativa de la decisión de inconstitucionalidad, en otros sistemas jurídicos y en el derecho brasileño deriva de una construcción teórica basada en una circunstancia intuitiva, ya que la ley es válida para todos o no para nadie⁴.

En el derecho brasileño, la doctrina ha sostenido que la cosa juzgada *erga omnes*, propia de la decisión de inconstitucionalidad, sería consecuencia de la sustitución del proceso judicial realizada por el autor de la acción directa. Se afirma así que la cosa juzgada es válida *erga omnes* en virtud de la sustitución procesal que tiene lugar en la persona de la entidad o titular de la acción, que, en nombre propio, actúa como sustituto procesal de la colectividad.

Como puede verse, pretendía trasladar conceptos del proceso civil al proceso constitucional. Ocurre que el instituto de la sustitución procesal se refiere al proceso inter partes, específicamente a las situaciones en las que se protege, en nombre propio, derecho o situación subjetiva de un tercero. En la acción directa no existe el derecho de un tercero o de quien lo sustituya, solicitando la tutela de un derecho subjetivo en nombre propio. Sólo existe la entidad a la que la Constitución atribuye legitimidad para instalar el proceso de control de constitucionalidad de las normas, del que emanan las decisiones que naturalmente benefician a todos.

Cabe señalar que la cosa juzgada, en los procesos entre partes, tiene por objeto evitar que el bien de vida entregada a uno de los litigantes pueda serle arrebatado, ya sea cuestionando el objeto litigioso ya decidido, ya sea intentando reabrir la discusión de la propia decisión. Mientras tanto, la definición de la (in) constitucionalidad de la ley, en control abstracto, no confiere ninguna protección a los derechos individuales o incluso transindividuales, sino que tiene la función de proteger el orden jurídico. La prohibición de rediscutir la decisión de (in) constitucionalidad es una cuestión que afecta a la estabilidad y coherencia del derecho objetivo, valores que son obviamente incompatibles con la apertura a la mutación de las decisiones sobre su constitucionalidad.

4 En el derecho portugués, Rui Medeiros sustenta que la eficacia *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad no solo es incompatible sino que “también se armoniza perfectamente con la autoridad del caso juzgado”. Medeiros R. (1999). *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*. Ed. da Universidade Católica. p. 809.

Por tanto, es fácil comprobar que la eficacia *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad se centra exclusivamente en el hecho de que afectan a todos. Y es que la obviedad de que las decisiones de inconstitucionalidad afectan a todos fue precisamente lo que hizo que Kelsen se convenciera del peligro de atribuir la competencia de control de constitucionalidad a los tribunales ordinarios, dada la imposibilidad de garantizar la unidad del Derecho o el respeto a las decisiones del Tribunal Constitucional en el sistema austriaco⁵. Este peligro, como subraya Francisco Fernández Segado⁶, estaba presente en la elaboración kelseniana y puede relacionarse con las tendencias antidemocráticas ya presentes en ciertos sectores de la judicatura alemana y que podrían extenderse a Austria, habiendo quedado marcada, de forma absolutamente clara, la conciencia de que tal riesgo no podía evitarse debido a la inadmisibilidad de la regla *stare decisis* en el ámbito del *common law*⁷.

Ahora bien, si la eficacia *erga omnes* se consiguió atribuyendo carácter legislativo a la decisión de inconstitucionalidad, y posteriormente se negó expresamente el control difuso bajo la excusa de que el ordenamiento jurídico era insuficiente para garantizar el respeto a las decisiones del Tribunal, resulta demasiado claro que no hay razón para dudar de la atribución de eficacia vinculante a las decisiones sobre el control incidental de constitucionalidad en cualquier ordenamiento democrático.

Es muy claro que la misma razón que exige la eficacia *erga omnes* en el control directo no puede prescindir de la eficacia vinculante en el control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. Los precedentes constitucionales son el resultado de la institución de la repercusión general en la Constitución (art. 102, § 3, CRFB). Ahora bien, el establecimiento de la competencia para decidir únicamente las cuestiones constitucionales que tengan una repercusión general no puede significar otra cosa que la existencia de un deber de todos de ejercer un control incidental de constitucionalidad, sin permitir que los demás órganos del poder judicial y de los órganos administrativos decidan lo contrario.

5 Kelsen H. (1942). Judicial review of legislation: a comparative study of the austrian and the american Constitution. *The Journal of Politics*, v. 4, pp. 183-200.

6 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. Dykinson, p. 140.

7 García Belaunde D. (2007). Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, v. 7, pp. 139 y ss.

Al fin y al cabo, como dijo Cappelletti, sólo algo como el *stare decisis* puede garantizar la racionalidad del control difuso de constitucionalidad⁸. De lo contrario, una ley podría ser aplicada por un juez un día y al día siguiente no ser aplicada por el tribunal de apelación, o por su colega en otro caso, incluso si el Tribunal Supremo ya hubiera decidido mediante recurso extraordinario. Esto, por supuesto, negaría lo que ha sustentado la propia eficacia erga omnes en el control directo, es decir, la obviedad de que la decisión de (in)constitucionalidad de un Tribunal Supremo concierne a todos, con independencia de dónde se adopte —en control incidental o directo—.

En otras palabras, sería poco menos que absurdo atribuir al Tribunal Supremo la facultad de juzgar recursos extraordinarios sólo cuando se presente una cuestión constitucional de repercusión general, animándole a actuar sólo en casos relevantes para el desarrollo de la Constitución y de la sociedad, y sin embargo limitar la eficacia de sus decisiones a las partes. Esto sería una contradicción evidente.

La eficacia *inter partes* no está relacionada con la selección de una cuestión constitucional relevante y una decisión que sea de interés para la sociedad. Cuando la resolución de un recurso extraordinario forma precedente constitucional, estableciendo *ratio decidendi* firmada por la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal, el efecto vinculante para los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública es una simple consecuencia. El efecto vinculante del precedente establecido en un recurso extraordinario es consecuencia de la institución de la repercusión general, del papel que desempeña y de la conocida irracionalidad de que el Tribunal pueda decidir una cuestión constitucional sin aplicarla.

También debe recordarse que en Estados Unidos el efecto *stare decisis* de los precedentes constitucionales sólo se estableció en *Cooper v. Aaron*, cuando se decidió que la decisión del Tribunal en *Brown* constituía la ley suprema del país, mientras que el artículo 6 de la Constitución permitía que esta decisión tuviera efectos vinculantes para el Gobernador de Arkansas en vista de su juramento de obedecer la Constitución⁹. En otras palabras, el efecto vinculante, en Estados Unidos, no es la simple aplicación del *stare decisis* a los precedentes del *common law*. Se trata, más bien, de la aplicación del efecto vinculante o *stare decisis* a

8 Cappelletti M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Giuffrè, pp. 62 y ss.

9 Tushnet M. (199). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press, pp. 7 y ss.

un tipo de precedente que ni siquiera era conocido en la tradición del *common law*, pero que resultó ser, dada la importancia de su objeto –la Constitución– y su repercusión para la sociedad, un acto que no podía dejar de imponerse a todos con efecto vinculante, del mismo modo que una decisión de inconstitucionalidad adoptada en control abstracto.

Vale decir que, contrariamente a lo que se podría suponer, la racionalidad de la revisión judicial americana no deriva propiamente del *common law*, sino de la comprensión de la importancia de las cuestiones constitucionales que, cuando son decididas por el Tribunal Supremo, no pueden ser negadas por los demás órganos del Poder Judicial, así como por las autoridades administrativas.

Un precedente que reconoce la inconstitucionalidad de una ley tiene una eficacia similar a la de una decisión de inconstitucionalidad. El precedente impide la aplicación de la ley declarada inconstitucional, aunque no la elimina del ordenamiento jurídico. Por esta misma razón, el precedente constitucional es incluso más útil que una decisión de inconstitucionalidad tomada en control abstracto, ya que abre la oportunidad de que la ley vuelva a aplicarse ante hechos sociales cambiantes. Ahora bien, al igual que una ley puede sufrir un proceso de inconstitucionalización, puede convertirse en constitucional con el paso del tiempo. En este caso, sólo la técnica de los precedentes constitucionales puede abrir la oportunidad para que el derecho resucite, es decir, para que la norma, que hasta entonces se consideraba derecho muerto, vuelva a aplicarse.

Por tanto, no cabe hablar de abstractivización u objetivización del control concreto cuando se percibe la racionalización de esta forma de control de constitucionalidad a través de la comprensión del significado de los precedentes constitucionales y de su natural eficacia vinculante, consecuencia de la utilización de la técnica de la repercusión general. La existencia de un precedente constitucional y su eficacia no tienen nada que ver con la abstractivización u objetivización del control constitucional.

Otra forma de ver las cosas resulta incorrecta, derivada de un evidente desconocimiento del derecho procesal constitucional comparado y de una desafortunada confusión entre cosa juzgada inter partes y eficacia vinculante. Pues bien, la cosa juzgada inter partes se refiere a la decisión del recurso, que puede o no convertirse en precedente, adquiriendo eficacia vinculante. La cosa juzgada inter partes se refiere a la decisión, mientras que la cosa juzgada vinculante se refiere al precedente que pueda derivarse de la decisión. Si toda decisión dictada en un recurso extraordinario produce cosa juzgada inter partes, la eficacia vinculante

sólo aparece cuando dicha decisión posee las cualidades que le permiten asumir la condición de precedente constitucional. En otras palabras, la eficacia vinculante no es incompatible con el caso concreto y con la cosa juzgada inter partes. Por el contrario, el precedente no sólo respeta siempre el caso concreto y la cosa juzgada inter partes, sino que, de hecho, los presupone.

El hecho de que una decisión dictada en un recurso extraordinario constituya un precedente constitucional indica simplemente que la decisión, por afectar a todos, debe ser respetada por los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración. Obviamente, esto no significa que el Tribunal, al formar el precedente, no haya decidido sobre la base del caso concreto, protegiendo a los litigantes. La confusión continúa al aludir a los tipos de decisión y a la modulación de los efectos temporales del precedente, imaginando que estas técnicas serían, por alguna razón, exclusivas del control abstracto.

Las decisiones interpretativas, como la modulación de los efectos, ni siquiera constituyen una respuesta al control de constitucionalidad de tipo kelseniano. El control abstracto, o puramente normativo, en el que se investiga en abstracto la compatibilidad de una norma inferior con otra superior, ha llevado a la conclusión de que la comprobación positiva de la incongruencia obliga a anular la norma incompatible, imponiéndose su extracción del ordenamiento jurídico.

El grave problema del vacío legislativo, es decir, la exclusión de la ley del ordenamiento jurídico, dio lugar a la regla que favorece la conservación de los actos legislativos, evitando la eliminación de la ley cuando ésta pueda ser interpretada en consecuencia y, posteriormente, mediante la reconstrucción de la norma-interpretación de la disposición sobre la base de la Constitución.

Tanto la interpretación conforme como las decisiones reestructurativas -reductivas, aditivas y sustitutivas- resultan del desarrollo de la teoría de la interpretación, o mejor dicho, de la separación entre el texto y la norma, lo que permite atribuir la condición de constitucional o inconstitucional a la interpretación-resultado, entendida como norma. De este modo se ha hecho posible establecer una norma (interpretación) constitucional a pesar de que el instrumento jurídico ofrezca la oportunidad de otras interpretaciones inconstitucionales, y una norma “reconstruida” en el caso de que el instrumento jurídico sólo ofrezca la oportunidad de interpretaciones incompatibles con la Constitución.

En el caso de la interpretación conforme, el mecanismo se preserva estableciendo una norma constitucional (interpretación) que debe ser utilizada por todos. En el caso de una decisión reestructurativa o manipulativa, el mecanismo

se preserva mediante la elaboración de una norma (interpretación) que contenga un resultado que el texto y la “interpretación posible” no hacen posible, pero que permite corregir la ley sobre la base de la Constitución, sin que ello signifique la creación de una norma de la competencia del Legislador, sino sólo su adaptación a las reglas constitucionales.

Este es el caso, por ejemplo, cuando es necesario añadir protección para un grupo o situación específica que estaba excluido por la ley. Obsérvese que esto ocurre fundamentalmente cuando la protección de las personas sufre más por la eliminación de la ley que por su reconstrucción sobre la base de la Constitución. Es evidente, por tanto, que el problema del vacío legislativo vuelve a salir a la palestra.

En efecto, si el *horror vacui*¹⁰, además de otros valores, dio lugar al principio de conservación de los actos legislativos, ello no sólo transformó la forma tradicional de control de constitucionalidad (anulación mediante legislación negativa) en un sistema de naturaleza claramente jurisdiccional, sino que también permitió al Tribunal decidir en función de las necesidades interpretativas de situaciones concretas particulares.

244

En otras palabras, la aplicación de la teoría que separa texto y norma, al permitir a los Tribunales Constitucionales Europeos preservar el dispositivo, negando una norma y afirmando otra, dio lugar a una función creativa, típica de la judicial review, en la que existe una preocupación por encontrar una decisión capaz de responder a especificidades concretas. Segado, de hecho, reconoce expresamente que el Tribunal Constitucional italiano, desde los años 50 del siglo pasado, comenzó a utilizar “técnicas jurídicas muy diferentes, propias del control jurisdiccional, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas”¹¹.

Como no podía ser de otra manera, las “decisiones intermedias” de los Tribunales Constitucionales comenzaron a reclamar eficacia vinculante con el paso del tiempo, ante la falta de racionalidad de una interpretación conforme a derecho o incluso de una decisión aditiva que pudiera ser denegada por Jueces y Tribunales. O mejor dicho, las decisiones de los Tribunales que no se limitan al binomio constitucionalidad- inconstitucionalidad, porque configuran otra norma

10 Pinardi R. (2007). *L'Horror Vacui nel Giudizio Sulle Leggi*. Giuffrè, pp. 15 y ss.

11 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. p. 140.

(interpretación), no pueden dejar de estar revestidas de eficacia vinculante, en la medida en que, como la decisión de inconstitucionalidad, conciernen a la Constitución y a todos, y deben ser observadas por los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública.

En otras palabras, es el carácter interpretativo o “normativo” de la decisión lo que da lugar a la eficacia vinculante en los tribunales europeos, acercándola a la eficacia de los precedentes del Tribunal Supremo de los EE.UU., que están marcados por el *stare decisis*¹². Nótese que de esta forma la eficacia vinculante prácticamente hace desaparecer la importancia de la tan cacareada cosa juzgada erga omnes de la decisión de inconstitucionalidad, que al fin y al cabo es una eficacia (y no una cosa juzgada) obligatoria erga omnes.

Todo esto significa simplemente que los precedentes constitucionales interpretativos gozan de eficacia vinculante en virtud de su naturaleza y de su importancia para todos, y no porque se formen en un determinado sistema de control de constitucionalidad. Es ingenuo suponer que las decisiones constitucionales que no excluyen la ley del ordenamiento jurídico tienen eficacia *erga omnes* simplemente porque se producen en control concentrado o abstracto. La eficacia vinculante de una decisión interpretativa no tiene nada que ver con el lugar donde se dicta, sino que constituye una consecuencia inevitable de su relevancia en el sistema.

La sentencia dictada en un recurso extraordinario se convierte en precedente porque representa el entendimiento de la mayoría absoluta del Tribunal sobre una determinada cuestión constitucional. Ahora bien, la *ratio decidendi* formada en la sentencia del recurso de casación refleja el sentido que el Tribunal atribuye a la Constitución, y no hay razón para que se considere que tiene menos autoridad que cualquier decisión dictada en el control de concentración. Quienes desconocen la autoridad particular del precedente que presupone la repercusión general de la cuestión constitucional siguen razonando como si el recurso sirviera sólo para dirimir controversias entre partes o para corregir la decisión recurrida, sin darse cuenta de que resolver hoy un recurso extraordinario significa atribuir sentido a la Constitución y contribuir a su desarrollo.

12 Francisco Fernández Segado, en una obra sobre el proceso constitucional comparado, intuyó la relación entre las decisiones interpretativas de las Cortes constitucionales europeas y las decisiones, con eficacia de *stare decisis* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, subrayando que las decisiones interpretativas “han terminado en la práctica por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano” (Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, pp. 155-156).

Si el Tribunal, al resolver un recurso extraordinario, dicta una resolución incidental de carácter aditivo –por ejemplo– por mayoría absoluta de votos, no tiene razón de ser limitar la decisión únicamente a las partes, como si otras personas pudieran ser ajenas a un precedente que reconstruye el sentido de la ley a partir de la Constitución, o como si jueces y autoridades administrativas pudieran permanecer indiferentes ante él. Una decisión como ésta, al establecer la ratio y, en consecuencia, el precedente, es vinculante en virtud de la razón de ser de la repercusión general y de la propia función del Tribunal Supremo Federal.

De hecho, es tan absurdo hablar de abstracción del control concreto como suponer que el control de constitucionalidad en el recurso extraordinario sólo interesa a las partes. Como el control de constitucionalidad nunca interesa sólo a las partes, se sirve de técnicas decisorias interpretativas y reconstructivas, siempre asociadas a la eficacia vinculante, también en los recursos extraordinarios, es decir, en el control concreto. Sólo cabe la utilización de técnicas que permitan racionalizar el control a través del recurso, sin que el control de constitucionalidad pierda su naturaleza concreta.

Esto es también lo que ocurre cuando pensamos en la modulación de los efectos. La decisión de efectos diferidos aparece también en el control concentrado como una respuesta al horror vacui, presentándose como algo sobrevenido al control de constitucionalidad, que se realiza exclusivamente mediante la anulación de la ley. Sin embargo, no hay razón para imaginar que la limitación de los efectos retroactivos de la decisión de inconstitucionalidad, o incluso el aplazamiento de sus efectos a una fecha o acontecimiento futuros, sea una propiedad del control concentrado.

Si este fuera el caso, no habría ninguna razón para tener decisiones con efectos temporales modulados en el entorno de *stare decisis*. La modulación de los efectos temporales tiene que ver con la confianza justificada o las razones importantes que justifican la conservación de las consecuencias pasadas de una ley que ha sido declarada inconstitucional, o incluso el mantenimiento de sus efectos en el futuro.

Dado que un precedente que declara la inconstitucionalidad de la ley la hace inaplicable, sin excluirla del ordenamiento jurídico, la necesidad de modulación también puede surgir cuando se interpone un recurso extraordinario. Es posible decidir que el precedente no se aplique a determinadas situaciones sustanciales pasadas o a casos en curso, por ejemplo, o decidir que el precedente sólo se aplique a partir de una fecha futura, permitiendo que la ley siga produciendo

efectos durante un determinado período de tiempo. Nótese que la limitación de los efectos retroactivos o el aplazamiento de los efectos de la decisión, aplicables en el control abstracto, constituyen exactamente la limitación de los efectos retroactivos del precedente constitucional o de sus efectos prospectivos en el control concreto.

Por lo tanto, lo que hace necesaria la modulación de efectos en un recurso extraordinario es sólo el hecho de que la repercusión general ha transformado este recurso en un medio que permite al Tribunal formar precedentes constitucionales. Es la propia función del Tribunal, ejercida a través de la sentencia del recurso extraordinario, la que exige ahora la utilización de la técnica de modulación de efectos en el control concentrado. De hecho, la modulación de los efectos temporales no se inserta en la tradición del control de constitucionalidad, por lo que ni siquiera es posible afirmar que constituya una característica del control abstracto. Por el contrario, el sistema kelseniano ignoraba el problema de los efectos temporales¹³. La sentencia del Tribunal Constitucional austriaco fue la anulación de la ley con efectos *ex nunc*. Esta regla sólo se atenuó con la reforma constitucional de 1975, que otorgó al Tribunal austriaco la facultad de retrotraer los efectos de la decisión de inconstitucionalidad.

Al igual que la modulación de efectos es una excepción en el sistema austriaco, obviamente también lo es en el sistema alemán, en el que se aplica la idea de la invalidez de las leyes inconstitucionales. En otras palabras, la modulación de efectos es una excepción no sólo en el sistema concentrado, en el que la ley se anula, sino también en el sistema disperso, en el que la premisa es que la ley es inválida desde el momento en que se crea. En otras palabras, la modulación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad es una cuestión de necesidad práctica y concreta, que es indiferente a las teorías de la nulidad y anulación de la ley inconstitucional, y –aún más obviamente– a la vía procesal elegida para controlar¹⁴.

La circunstancia de que el control se ejerza directamente o en apelación no importa a la hora de considerar la necesidad de regular los efectos temporales. Y es que el recurso extraordinario –siempre conviene subrayarlo– se presta a la formación de precedentes constitucionales, y se es plenamente consciente de

13 Kelsen H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, v. 45, p. 243 y ss

14 Schorkopf F. (2005). *Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes: Zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfassungsprozessrecht*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 130, n. 3, p. 467.

que el control difuso no funciona –cuando menos– cuando los Tribunales y los Jueces pueden ignorar la interpretación constitucional establecida por el Tribunal Constitucional.

Si el precedente constitucional, en principio, impide la aplicación de la ley, sólo la limitación de sus efectos retroactivos puede salvaguardar adecuadamente situaciones pasadas. Del mismo modo, cuando sólo el aplazamiento de la eficacia del precedente (de inconstitucionalidad) puede preservar determinadas situaciones, la eficacia vinculante es necesaria para protegerlas. Esto significa que el uso de la modulación también es indispensable para la racionalización del control difuso, y queda fuera de toda discusión la abstracción del control concreto por este motivo.

Por último, existe un gran error al hablar de abstracción u objetivación del control concreto cuando, al fin y al cabo, existe una clara preservación del control de constitucionalidad desde el caso concreto, utilizando un mecanismo que amplía la eficacia de la decisión de las partes a todos, vinculando a los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública por la necesidad de racionalizar el control de constitucionalidad.

III. ¿PUEDEN LA REPERCUSIÓN GENERAL Y EL EFECTO VINCULANTE ELIMINAR EL CASO CONCRETO DE LA RAZÓN QUE INFORMA LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL?

Pero es importante profundizar aún más en el tema para demostrar que la formación de precedentes constitucionales a través de recursos extraordinarios nunca puede ignorar el caso real. La sentencia del Tribunal, capaz de sentar un precedente constitucional, presupone que se ha reconocido la repercusión general de la cuestión constitucional. Pero, obviamente, no se trata de una cuestión meramente normativa, susceptible de resolverse mediante la mera relación entre la ley y la Constitución. Por el contrario, la cuestión constitucional debe delimitarse, en el momento de deliberar sobre la repercusión general, desde el caso concreto y la duda teórico-jurídica que le concierne.

De acuerdo con la Constitución (art. 102, III, CRFB), corresponde al Supremo Tribunal Federal “juzgar, por medio del recurso extraordinario, las causas decididas...”, lo que significa que el Tribunal debe juzgar el recurso, en los casos previstos en las letras del inciso III del art. 102, y cuando haya repercusión general, para resolver una “causa” o un caso concreto. En otras palabras, lo que legitima a la Corte para juzgar el recurso extraordinario y, en consecuencia, para

dictar precedente constitucional, es un caso concreto que expresa una cuestión de repercusión general. Sin un caso que pueda dar lugar a un recurso extraordinario, es evidente que el Tribunal no puede ejercer el control incidental de constitucionalidad.

Pero ¿qué significa no poder decidir a distancia de una causa o de un caso? Significa, básicamente, una prohibición de dar sentido a la Constitución, a través de precedentes vinculantes, sin un caso concreto instituido por cualquiera de las personas. La voluntad popular, instituyendo el caso y ofreciéndolo al Tribunal mediante el recurso, es indispensable para la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional en forma incidental.

Es interesante que esta forma de pensar sobre la legitimidad del Tribunal esté estrechamente relacionada con una cuestión relevante planteada recientemente ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por el Presidente Roberts, mediante el primer disenso en solitario que ha pronunciado en todo su mandato al frente del Tribunal. La sentencia se dictó en el asunto *Uzuegbunam contra Preczewski*¹⁵ un caso sobre libertad de expresión. En este caso, el Tribunal se enfrentó a una cuestión relacionada con la doctrina de la impugnabilidad, que en pocas palabras significa negar la posibilidad de que alguien acuda a los tribunales sin tener un interés concreto real que satisfacer. Después de que ocho Jueces rechazaran la falta de interés de los demandantes, el Presidente del Tribunal Supremo, Roberts, advirtió que, dado que los demandantes ya habían terminado sus estudios y la institución educativa había cambiado voluntariamente su política sobre la libertad de expresión de los estudiantes, mantener el caso en una demanda simbólica por daños y perjuicios convertiría al Tribunal en un órgano consultivo y a los Jueces en “columnistas de consejos”¹⁶.

Esto, como observó Roberts, no era lo deseado por la Constitución, que, al delinear la separación de poderes, limitó la función de los Tribunales a decidir casos concretos. Haciendo hincapié en el argumento de John Marshall, Roberts recordó que la Constitución (Art. III, Sección 2, Cláusula 1)¹⁷, al establecer la

15 *Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al.*, 592 U. S. (2021).

16 *Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al.*, 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

17 Art. III, Section 2, Clause 1: “The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States, - between Citizens of the same State claiming

separación del Poder Judicial de los otros poderes del Estado, hizo hincapié en que los tribunales federales sólo pueden decidir “casos y controversias”, es decir, “casos de naturaleza judicial”¹⁸.

Al decir que el Poder Judicial sólo puede decidir casos y controversias, Roberts pretendía subrayar la necesidad de que el Poder Judicial no avanzara sobre el espacio del Poder Legislativo. Tanto es así que, al aludir al conocido pasaje de Hamilton en El Federalista 78 según el cual el Poder Judicial será siempre el menos peligroso de todos los poderes, advirtió que ello depende de que los Tribunales no se dejen investir de la fuerza y la autoridad del Ejecutivo y el Legislativo¹⁹. En el caso de la *judicial review*, esto tendría obviamente mayor relevancia, en la medida en que el control de constitucionalidad, realizado a distancia de un caso instituido por el pueblo y ofrecido a la Corte, podría generar un precedente constitucional con efectos sobre las instituciones democráticas sin que nadie del pueblo lo haya solicitado.

En otras palabras, la razón especial para exigir un caso concreto para que el Tribunal decida estaría en la necesidad de mantener al Poder Judicial a distancia del Legislativo, evitando que el Tribunal Supremo se comporte como un órgano que puede afirmar autoritariamente el significado de la Constitución sin ninguna manifestación o interés popular.

Roberts fue incisivo en este sentido al advertir que si, en la tradición del *common law*, la corona podía solicitar consultas al Tribunal, ello se debía a que el poder del Tribunal derivaba mediata o inmediatamente de la corona, un principio que, en Estados Unidos, los Framers rechazaron explícitamente mediante la separación del Ejecutivo y el Judicial. Según Roberts, es indispensable darse cuenta de que las lecciones aprendidas del *common law* deben atemperarse por las diferencias en el diseño constitucional, hasta el punto de que la estructura y la función de los tribunales ingleses del siglo XVIII son en varios aspectos incompatibles con el papel atribuido al poder judicial en un modelo tripartito de separación de poderes. Ahora bien, la diferencia en la organización constitucional es que permitiría a los Tribunales ingleses ejercer una labor meramente consultiva o asesora, independiente de los conflictos concretos a resolver²⁰.

Land under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”.

18 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

19 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

20 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

A partir de las observaciones de Roberts, resulta fácil comprender que otorgar al Tribunal el poder de afirmar el significado de la Constitución con fuerza vinculante, independientemente de una decisión basada en un caso concreto, o más bien de la provocación popular, equivale a equiparar un órgano compuesto por personas carentes de capacidad de respuesta popular con un órgano elegido por el pueblo para producir leyes e interpretar la Constitución.

El caso concreto da al Tribunal la facultad de decidir sin confundirse con un órgano consultivo, y más aún la posibilidad de distanciarse del Poder Legislativo. El Tribunal Supremo Federal sólo puede ejercer el control de constitucionalidad, decidiendo con efecto erga omnes y vinculante, cuando es provocado por una acción directa o cuando debe decidir en virtud de un caso concreto que ha dado lugar a una cuestión constitucional de repercusión general.

De este modo, el control de constitucionalidad ejercido a través de un recurso extraordinario es, con independencia de las técnicas procesales que permitan que la decisión llegue a todos, un control que no sólo se produce sobre la base de un caso concreto, sino que tiene al caso concreto como fundamento de su legitimidad.

Otra curiosidad es el hecho de que el Tribunal pueda invocar motivos constitucionales no expresados en el recurso extraordinario, lo que también se considera un indicio de la abstractivización del control concreto. El hecho de que el Tribunal de Justicia esté o no vinculado por los motivos de la petición inicial o del recurso de casación no tiene obviamente nada que ver con el análisis de la compatibilidad entre la ley y la norma constitucional desde una perspectiva exclusivamente normativa o a la luz de un caso concreto. En otras palabras, el hecho de estar o no vinculado por los motivos alegados no interfiere en la naturaleza del control de constitucionalidad. No tiene potestad para desestimar el control de constitucionalidad del caso concreto.

Sin embargo, ni siquiera cabe suponer que el hecho de poder decidir sobre la base de cualquier norma constitucional constituya un privilegio de control abstracto. De hecho, los peligros y beneficios de poder decidir sobre la base de un motivo no invocado siempre estarán presentes, tanto en el control directo como en el control incidental. Si los riesgos tienen que ver con la oficiosidad de la actuación del juez, o mejor, con la desvalorización de la voluntad de quienes recurren a la jurisdicción constitucional, los beneficios derivan de la posibilidad de dar la mejor decisión posible a la acción directa o a la cuestión constitucional planteada en el recurso extraordinario.

Ahora bien, si la “causa abierta” es un concepto establecido en el ámbito del control abstracto para atribuir al Tribunal la facultad de resolver adecuadamente un recurso de inconstitucionalidad, lo mismo ocurre cuando se atribuye al Tribunal la facultad de invocar un motivo no presente en el recurso para resolver la cuestión constitucional planteada en el mismo. Nótese bien: poder decidir sobre la base de un motivo no planteado en el recurso no es tener la facultad de plantear una cuestión constitucional que no se deriva del recurso. Es simplemente tener la facultad de decidir correctamente la cuestión constitucional que se plantea en el caso concreto.

Por tanto, una vez más vemos que se intenta atribuir a la naturaleza del control de constitucionalidad algo que concierne a una forma o técnica procesal. Pues bien, la técnica procesal es, en principio, neutra y nada tiene que ver con la naturaleza del control de constitucionalidad. Puede aplicarse mejor o con más eficacia a una forma de control que a otra. Pero desde luego no es propiedad de ninguna forma de control de constitucionalidad.

La eficacia vinculante y el carácter no vinculante de los motivos alegados están relacionados con la constatación de una decisión idónea y adecuada, y se aplican a cualquiera de las formas de control, abstracta o concreta. En efecto, si la eficacia vinculante, las resoluciones interpretativas, la modulación de los efectos y la no vinculatoriedad de los motivos se han hecho tan necesarios en el control incidental como en el control directo, ello no es más que una consecuencia de la institución de la repercusión general, es decir, de la nueva comprensión del significado del recurso extraordinario.

252

Sin embargo, esta necesaria resignificación y especialmente su principal resultado, esto es, la eficacia vinculante en el control incidental, no es capaz, obviamente, de eliminar el caso concreto como elemento informativo y legitimador del precedente constitucional.

IV. LA CONCRECIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Al considerar la evolución del control de constitucionalidad y de la interpretación constitucional, además de no poder hablar de abstracción del control concreto, es inevitable ver que se ha producido lo contrario, es decir, la concreción del control abstracto.

Al limitar el control de constitucionalidad a la apreciación de la compatibilidad de las normas -control abstracto- y excluir la facticidad de la consideración

del Tribunal, éste no sólo pretendió preservar su condición de “legislador negativo”, sino que reprodujo la separación entre el ser y el deber-ser, base de la doctrina kelseniana. Esta lógica, necesaria para depurar la ley, impuso la necesidad de situar el control de constitucionalidad como un problema exclusivo de contradicción normativa, indiferente a los hechos²¹. Así, no sólo no importaría, sino que sería impertinente considerar la realidad política y social.

Para validar la metodología kelseniana, ansiosa por excluir todo lo metajurídico de la teoría del derecho, era imprescindible eliminar cualquier razonamiento sobre hechos y valores, es decir, era necesario construir un control “abstracto” o puramente normativo²².

Sin embargo, la indiferencia del control de constitucionalidad en relación con la realidad no ha sobrevivido al tiempo. Se comprendió que la comprensión de las normas constitucionales no sería posible sin tener en cuenta los aspectos fácticos presentes en ellas. Esto culminó en la propia inserción de mecanismos capaces de discutir los hechos en sede de control concentrado, viendo en las audiencias públicas, la producción de pruebas y la participación de amici curiae formas de responder a la importancia de la búsqueda de la verdad en el Estado Constitucional²³.

Ello obedece a la percepción de que las normas constitucionales, para ser aplicadas en función de las necesidades de las personas y de la aparición de nuevos hechos sociales, requieren el análisis de las normas a la luz de la facticidad que les concierne.

Como ha demostrado Konrad Hesse, el contenido de la norma constitucional, como regla, no puede realizarse a partir de lo que contiene. En otras palabras, la realización del contenido de una norma constitucional depende a menudo de la realidad que pretende regular. Así, la interpretación constitucional exige que se tengan en cuenta las particularidades de las relaciones existenciales concretas sobre las que se centra la norma. En este sentido, se requiere su concreción²⁴.

21 Kelsen H. (2000). *Reine Rechtslehre*. Österreich. Kelsen H. (2012). *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes.

22 Castillo-Ortiz P. (2020). The dilemmas of constitutional courts and the case for a new design of kelsenian institution. *Law and Philosophy*, v. 39, pp. 617–655.

23 Häberle P. (2008). *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Fabris, pp. 108-114.

24 Hesse K. (2009). A Interpretação Constitucional. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Saraiva, n. 45.

Para Friedrich Müller²⁵ y Konrad Hesse²⁶ el segmento de realidad regulado por la norma es un componente objetivo constitutivo de la misma.

En vista de ello, no cabía esperar otra cosa que la apertura de los tribunales constitucionales a los hechos. De hecho, dadas las peculiaridades de los hechos morales y del pluralismo democrático, se ha llegado a pensar en la participación popular a través de *amici curiae* como factor legitimador de la jurisdicción constitucional²⁷.

La legislación brasileña introdujo esta forma de ver la interpretación y los hechos (constitucionales) en la realidad del Supremo Tribunal Federal. La Ley 9.868/99 sobre el “trámite y juzgamiento de las acciones directas de inconstitucionalidad y declarativas de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal” abrió la oportunidad para la investigación, debate y justificación de los hechos en control abstracto. Tanto el artículo 9, inciso 1º (acción directa de inconstitucionalidad por acción u omisión) como el artículo 20, inciso 1º (acción declarativa de constitucionalidad) de la Ley 9868/99 aluden a la necesidad de esclarecer hechos y producir pruebas para ejercer el control de constitucionalidad por acción.

254

Como podemos ver, el Supremo Tribunal Federal fue investido con el poder y el deber de investigar, analizar y justificar los hechos con el fin de controlar la constitucionalidad en la acción directamente dirigida a él para este fin. Con ello, se refrendaba expresamente la idea de que la interpretación no puede ser ajena a la facticidad presente en la norma constitucional, y se dejaban claramente de lado los supuestos que sustentaban el control de constitucionalidad de corte kelseniano.

En verdad, si el control abstracto, cuando suponía un mero análisis de compatibilidad entre normas, no podía ignorar la realidad social, hoy es mucho más. Los hechos no pueden seguir siendo ignorados por una decisión constitucional que pretende ser legítima. El Tribunal, incluso en el control abstracto, tiene el deber de tener en cuenta los hechos a la hora de resolver, aunque no se aleguen

25 Müller F. (2000). *Metodologia do Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais; Müller F. (1976). *Juristische Methodik*. Duncker & Humblot.

26 Konrad Hesse, A Interpretação Constitucional; Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung*. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959; Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung, Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin (Horst Ehmke, Joseph H. Kaiser, Wilhelm A. Kewenig Eds.), 1973.

27 Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 2002, pp. 13 y ss.

expresamente o aunque la parte legitimada para ejercitar la acción directa no solicite su aclaración o debate²⁸.

No sólo los hechos, sino también el compromiso con la búsqueda de la verdad constituyen un factor sin el cual la interpretación del Tribunal carece de legitimidad y autoridad y pierde sentido ante la necesidad de un diálogo constitucional. Obsérvese que aunque el Tribunal pretenda decidir a pesar de los hechos, es decir, mediante una decisión puramente normativa, debe abrir la posibilidad de aclarar y debatir los hechos para justificar una decisión normativa ajena a ellos.

En otras palabras, el Tribunal, a diferencia del Juez y del Tribunal ante un caso de hechos controvertidos –y no de hechos constitucionales– no puede decidir sobre la base de que la “cuestión es exclusivamente de derecho”, por lo que no es necesario aclarar los hechos. Los hechos constitucionales, cuando son oscuros y constitutivos de la realidad regulada por la norma, deben ser siempre aclarados, aunque el Tribunal pueda justificar una decisión exclusivamente normativa que prescindiera de ellos. Esto se debe a que el Tribunal, al interpretar una norma que afecta a la realidad, debe una justificación a la población y a otras instituciones, que también son titulares de la interpretación constitucional.

Como dijo Zagrebelsky, al introducir la primacía del hecho sobre el derecho en la teoría constitucional, el dato fáctico, es decir, el caso concreto, es el “resorte” de la interpretación. En ausencia de este “resorte”, la ley sería un mero conjunto de signos inexpressivos puestos sobre el papel, incluso en las constituciones²⁹. Así, si las disposiciones cobran vida a través de la interpretación y son incomprensibles a distancia de las partes fácticas que les conciernen, el control de constitucionalidad es sencillamente inviable cuando no tiene en cuenta la realidad.

Recuérdese que el control concentrado adquirió contornos diferentes en relación con el control de tipo kelseniano cuando se otorgó al juez del caso concreto la facultad de plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional³⁰. Es bien sabido que en el derecho italiano, por ejemplo, cuando se plantea

28 Sobre los hechos en el control de constitucionalidad, inclusive en repercusión general, ver Guilherme Marinoni L. (2022). *Processo Constitucional e Democracia*. Revista dos Tribunais, pp. 685-812.

29 Zagrebelsky G. & Marcenò V. (2007). *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, v. I. Il Mulino, pp. 91-92.

30 Ferreres Comella V. (2004). The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization? *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, pp. 461 y ss.

una cuestión de constitucionalidad que perjudica el juicio de mérito, el juez se encarga de remitirla al Tribunal para que decida, de tal forma que el Tribunal realiza el control a partir de una cuestión que se plantea en un caso, aunque el control incidental de inconstitucionalidad sea de su exclusiva competencia.

Desde cierta perspectiva, cabría afirmar que el hecho de que el Tribunal ejerza el control a partir de una cuestión planteada por el juez de la causa no elimina su carácter abstracto, ya que existen dos procesos y juicios autónomos, uno sobre el caso concreto y otro sobre la constitucionalidad de la norma de la que depende que se resuelva el caso. Además, también podría decirse que el caso concreto sólo influye en el momento en que la cuestión constitucional es configurada por el Juez y planteada al Tribunal, pero no en el momento en que el Tribunal, tras admitir la duda constitucional, dicta sentencia.

Francisco Segado, por ejemplo, llega a decir que la concreción relacionada con el planteamiento de la duda constitucional convive con la abstracción de la función desempeñada por el Tribunal. Sostiene que no fallará “al confrontar in abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción mediante un conjunto de operaciones lógico-silogísticas”, aunque admite que el caso concreto tiene “cierta repercusión en el propio juicio constitucional”, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez a quo”³¹.

256

El error de Segado radica precisamente en la minimización de la influencia (cierta repercusión) que los hechos o la situación concreta ejercen sobre el control de constitucionalidad. Si el control incidental, efectuado por el Tribunal a partir de la invocación de la cuestión de constitucionalidad, se ve influido por los hechos del caso concreto, esto también ocurre cuando el control de constitucionalidad se efectúa en virtud de un recurso interpuesto directamente ante el Tribunal. Esta influencia es inevitable y no resulta exclusivamente de un caso concreto en el que pueda aparecer la cuestión de constitucionalidad.

Los hechos influyen necesariamente en el juicio de constitucionalidad, incluso en el control abstracto, en virtud de que la porción de realidad regulada por

31 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.

la norma la constituye³². Si la realidad o los hechos sociales son un componente objetivo constitutivo de la propia norma, obviamente no hay forma de atribuir sentido a la Constitución, a la hora de realizar el control de constitucionalidad, sin un adecuado conocimiento de los hechos.

Esto significa que el equívoco de Segado tiene fuerza simbólica, pues no sólo refleja una concepción del control incidental de constitucionalidad del Tribunal basada en la duda planteada por el juez del caso³³, sino que también tiene la fuerza de la tradición de la época en que la interpretación constitucional estaba vinculada al positivismo jurídico, pilar de la teoría formal de la Constitución. Y es que sólo la preocupación por la unidad formal del ordenamiento jurídico puede consolar la alegación de que el control de constitucionalidad, pese a realizarse a partir de una cuestión planteada en un caso concreto, no hace más que “confrontar in abstracto las dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción mediante un conjunto de operaciones lógico-silogísticas”³⁴.

Ahora bien, la idea de confrontar las normas en abstracto elimina los elementos de facticidad³⁵, que actualmente se consideran indispensables para la interpretación constitucional. Reducir el control de constitucionalidad a un problema de contradicción normativa es exactamente lo contrario de lo que resulta

-
- 32 Böckenförde E. (1999). Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Suhrkamp, pp. 141-156; Böckenförde E. (2006). *Stato, Costituzione, Democrazia*. Giuffrè, pp. 615 y ss.
- 33 Nótese, no obstante, que cuando se alude al control incidental de tipo italiano, en regla en este se entiende una forma de control concreto. Lucio Pegoraro, por ejemplo, afirma: “La ‘via intermedia’ battuta negli ordinamenti sopra citati consiste in ciò: l’organo chiamato a rendere giustizia costituzionale è unico e ‘specializzato’, come in Austria; ma, al pari che negli Stati Uniti, ciascun giudice è interessato all’esercizio del controllo di costituzionalità: egli può, e in certe circostanze anzi deve, operare un preliminare giudizio di conformità alla costituzione della legge da applicare in un caso concreto e, se solo ha il dubbio (o la ragionevole certezza) che vi sia contrasto, investe della questione la Corte costituzionale. Ecco la ragione del *nomen* attribuito a questo modello, ‘concreto’ perché collegato a un caso giudiziario e non a questioni astratte, e ‘incidentale’ poiché si ancora a un incidente o eccezione processuale, e non a un ricorso diretto” (Pegoraro L. (2019). *Sistemi di Giustizia Costituzionale*. Giappichelli, p. 104). En el mismo sentido, Alessandro Pizzorusso, advierte que la importancia de un sistema incidental, no obstante concentrado, está en atribuir “carattere ‘concreto’ al controllo eseguito dalle corti costituzionali quando giudicano su questioni di costituzionalità sorte nell’ambito de un giudizio civile, penale, ecc.” (Alessandro Pizzorusso. (1998). *Sistemi Giuridici Comparati*. Giuffrè, p. 247).
- 34 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.
- 35 “La Justicia Constitucional pensada en la protección formal de la Constitución consolidó el paradigma del proceso objetivo de lidiar con la normatividad *al margen de la realidad político-social, al punto de sintetizar el dogma de la no remisión fáctica*. Es una directriz de percepción objetiva del conflicto constitucional sin el retorno a la realidad normada y sin crítica a valores”. (Herani R. (2006). *A Prova da Inconstitucionalidade*. Ed. Prismas, p. 131).

imprescindible para quienes ven la necesidad de comprender la realidad para atribuir sentido a las normas constitucionales. En otras palabras, no cabe hablar de una confrontación de normas en abstracto cuando el reto del control de constitucionalidad radica en comprender los segmentos de la realidad que son componentes constitutivos de las propias normas de la Constitución.

Como vemos, de poco sirve aludir a la hibridación de sistemas de control de constitucionalidad, hablar de mezcla o similares, cuando no se tiene en cuenta la esencia del problema, esto es, la cultura jurídica, reflejo de aspectos políticos y sociales, que está detrás de los sistemas de control de constitucionalidad.

La necesidad de hacer hincapié en la superación del control abstracto es mucho más importante que demostrar las diferencias y similitudes de los distintos sistemas de control de constitucionalidad con los modelos austriaco y estadounidense. No sólo porque esta forma de elaborar la teoría hace suponer la existencia (equivocada) de sistemas de control de constitucionalidad correctos o mejores que otros, sino porque el verdadero problema del control de constitucionalidad no tiene que ver con el órgano que lo ejerce ni con la forma en que se impugna y se presenta la constitucionalidad de la ley ante el órgano que realiza el control, sino con la posibilidad de que éste se realice a partir de la valoración, discusión y justificación de la realidad que forma parte de la Constitución.

258

V. CONCLUSIÓN

- Hablar de la abstractivización del control concreto de constitucionalidad con la intención de criticarlo parte de la premisa errónea de que decidir casos constitucionales concretos es algo que sólo importa a las partes del proceso, y que ésta puede ser una de las funciones reservadas hoy al Tribunal Supremo.
- Los precedentes constitucionales son una necesidad del control difuso de constitucionalidad, por lo que el aforamiento de los hechos constitucionales y los modelos de decisión y regulación de los efectos decisorios que no sirvan sólo a las partes se han hecho imprescindibles para el recurso extraordinario. Al fin y al cabo, este recurso se presta a facultar al Tribunal para dar sentido a la Constitución, así como para desarrollarla. Por eso es esencial que el Tribunal pueda discutir los hechos constitucionales y utilizar formas y eficacias decisorias que puedan dar respuestas adecuadas a todas las partes³⁶, incluso en el caso de control incidental.

36 Guilherme Marinoni L. (2022). *Processo Constitucional e Democracia*, p. 1179 y ss.

- Por otro lado, lo que sí se ha observado recientemente es la concreción del control abstracto, especialmente por la necesidad de valorar los hechos sociales para el desarrollo de la Constitución o para la adecuada interpretación de las normas constitucionales, todo ello evidenciando la superación del control de constitucionalidad puramente normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Fernández Segado, F. (2008). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.
- Müller, F. (2000). *Metodologia do Direito Constitucional*. Ed. Revista dos Tribunais.
- Müller, F. (1976). *Juristische Methodik*. Duncker & Humblot, 1976.
- Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò. (2007). *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, v. I. Il Mulino, pp. 91-92.
- Hesse Konrad. (2009). *A Interpretação Constitucional. Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Saraiva.
- Häberle Peter. (2002). *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Fabris, p. 13 y ss.
- Víctor Ferreres Comella. (2004). The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization? *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 461 y ss.