

Universidad de Pisa

Departamento de Jurisprudencia

**Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y
Tutela Jurisdiccional de los Derechos**

***“Legitimidad Democrática de los Tribunales
Constitucionales en el Control Judicial de las Leyes. Una
Aproximación a las Realidades de Italia y Costa Rica”***

Profesor tutor:

Dr. Michelle Carducci

Estudiante:

Frank Harbottle Quirós

Setiembre, 2020

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES. UNA APROXIMACIÓN A LAS REALIDADES DE ITALIA Y COSTA RICA

Frank Harbottle Quirós*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Modelos de Control de Constitucionalidad.* 2.1. *Modelo americano o judicial review.* 2.2. *Modelo concentrado, austriaco o kelseniano.* 2.3. *Modelo mixto.* 3. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* 3.1. *La objeción contra-mayoritaria. Los jueces constitucionales carecen de legitimidad democrática.* 3.2. *Los jueces constitucionales poseen legitimidad democrática.* 4. *El Control de Constitucionalidad en Italia y Costa Rica.* 4.1. *El Control de Constitucionalidad de las leyes en Italia.* 4.2. *El Control de Constitucionalidad de las leyes en Costa Rica.* 5. *Naturaleza y legitimidad del juez constitucional en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.* 6. *Conclusiones.*

1. Introducción

La presente investigación se plantea la siguiente interrogante: ¿en una república democrática, cuya forma de Estado es Constitucional, deben de tener “la última palabra” los Tribunales Constitucionales al realizar el control de constitucionalidad de las leyes? Para dar respuesta a esta pregunta, en primer término, se exponen los principales modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, a saber, el americano, el austriaco y el mixto. En un segundo apartado, se estudian las dos posiciones tradicionales sobre los jueces constitucionales y su legitimidad democrática: la que la niega y la que la defiende. Luego, se acerca al lector a la realidad de la Justicia Constitucional de dos modelos mixtos: Italia y Costa Rica, cada uno con sus particularidades. Posteriormente, se analiza la legitimidad del juez constitucional en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho a partir de su naturaleza. Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo, haciéndose hincapié en que no existe inconveniente que -dentro de esta forma de estado y de gobierno- los Tribunales Constitucionales sean quienes lleven a cabo el control de constitucionalidad de las leyes; sin embargo, para cumplir con dicha labor no deben excederse en sus potestades.

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología y Doctorando en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia. Letrado, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

2. Modelos de Control de Constitucionalidad¹

No basta con que una Constitución Política afirme ser la norma suprema del Estado, sino que se precisa un mecanismo para garantizar que esa supremacía realmente se efectivice y, además, un órgano que lleve adelante semejante tarea. Este mecanismo es justamente el control de constitucionalidad y el órgano encargado de ejercerlo puede ser, por ejemplo, un Tribunal o Corte Constitucional, una Sala Constitucional localizada en una Corte o Tribunal Supremo de Justicia, o directamente todos los jueces que componen la estructura del Poder Judicial de un Estado².

Los tribunales constitucionales cumplen normalmente varias funciones a la vez. Aunque las distintas competencias convergen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por tanto, en mantener también la coherencia del orden jurídico³.

¹ Se aclara, que este trabajo se centrará en un sistema jurisdiccional de control constitucional (los jueces o Tribunales son quienes ejercen el control de la constitucionalidad emitiendo resoluciones jurisdiccionales) tomando en consideración los principales modelos o variantes que han surgido dentro de éste. No se examinará un sistema político de justicia constitucional como el parlamentario francés reflejado principalmente en la Constitución de 1958 (la constitucionalidad de la ley es controlada por el mismo parlamento, atribuyéndosele no solamente la potestad de reglamentar la Constitución, sino, además, la de interpretarla y de anular las leyes que la contradicen). El constitucionalismo primitivo francés descansa en la confianza absoluta en el legislador, asumiendo una posición de recelo hacia el juez, por haberse caracterizado en servir al príncipe en el Estado absoluto. La doctrina de Rousseau sobre la inefabilidad del Legislativo, que se conecta con la expresión de la ley como voluntad general, incidirá decisivamente en el modelo francés. Tampoco se abordará en esta investigación -como parte del sistema político de justicia constitucional- el modelo administrativo gubernamental creado por el jurista alemán Carl Schmitt y cuyo fracaso se dio finalizada la segunda guerra mundial [el control se atribuye al Presidente de la República, al Primer Ministro o al Jefe del Estado, en su momento denominado presidente del Reich, quien toma la decisión a través de un acto administrativo (si objeta un proyecto de ley o de reforma constitucional o cualquiera otro acto legislativo o administrativo de carácter general, impersonal y abstracto por ser contrario a la Constitución, no le queda otro camino al legislador, que retirar el proyecto o ajustarlo de conformidad con las objeciones formuladas por el ejecutivo], sin que medie decisión judicial alguna, debido a que ningún juez puede ser el guardián de la Constitución). Se advierte que no se estudiará el sistema jurídico británico (tampoco el canadiense y el neozelandés) debido a que, en este, tal y como lo expone NINO (2002, p. 659), no hay un control judicial de constitucionalidad; esto es, ningún juez interno -ni aún el Tribunal superior constituido por la Cámara de los Lores- puede descalificar una ley dictada por el Parlamento, y mucho menos una norma jurídica de nivel inferior, sobre la base de que ella viola la Constitución, que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no documentada.

² BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 17.

³ HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 313.

Este trabajo se centrará en el “control de constitucionalidad de las leyes”, debiendo entenderse, para los efectos de esta investigación, como sinónimo de “revisión constitucional” o “justicia constitucional”.

La justicia constitucional se concibe como aquella garantía ordinaria que el Constituyente democrático incorpora en la Constitución para resguardar su decisión, asegurando que aquella se mantenga como la norma suprema del ordenamiento jurídico que somete al poder a sus términos, mediante los órganos y procedimientos que se estimen más adecuados para cada sociedad y momento político. Tiene por objeto verificar que no existan normas que contradigan al texto fundamental, ya sea que se efectúe el control en una etapa previa a la entrada de la propuesta normativa al ordenamiento jurídico (control *a priori*) o, bien, cuando una norma aplicada un caso concreto provoca la vulneración de la Constitución (control *a posteriori*)⁴.

En palabras de Romboli⁵, la justicia constitucional tiene la función de tutelar los principios y valores contenidos en el texto constitucional de frente a las mayorías políticas de turno, con el efecto de poder suprimir las leyes inconstitucionales. Es una forma de control externo a la actividad legislativa, realizado con forma jurisdiccional y a través de las vías de acceso expresamente indicadas, que sirven de manera decisiva para calificar el tipo de control (abstracto o concreto)

Es una realidad que cada Estado organiza su sistema de control de constitucionalidad no necesariamente del mismo modo. Por ello, no es posible pensar en un esquema uniforme. El problema de la elección de un modelo de justicia constitucional, precede a la experiencia de cada Estado y al rol que se le asigna al juez.

Tradicionalmente se ha indicado que existen dos modelos de control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución; uno, procedente de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo principal antecedente es la célebre sentencia del Juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison* (1803), y otro, de procedencia europea,

⁴ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, p. 30. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

⁵ ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 12.

elaborado por el austriaco Hans Kelsen. Ambos, tienen por objeto garantizar la supremacía de la Constitución: en Norteamérica la función es desempeñada por el Poder Judicial, mientras que en el modelo europeo-kelseniano se realiza por un organismo *ad hoc*, Tribunal o Corte Constitucional⁶.

Aparte de los dos diversos modelos de justicia constitucional, indicados suele hablarse también de los modelos político y jurisdiccional, además del abstracto y del concreto. La existencia y generalización del juicio sobre las leyes en vía incidental (modelo concentrado, pero de iniciativa difusa) da lugar a un tercer modelo, definido como “mixto”⁷.

Sin duda, cada modelo de justicia constitucional tiene un origen histórico. Así, para comprender la génesis de la *judicial review* es preciso remontarse al pensamiento constitucional estadounidense de finales del siglo XVIII, a los debates constituyentes previos a la Carta de 1787 y a la célebre sentencia *Marbury vs Madison*. Asimismo, para explicar el surgimiento de los Tribunales Constitucionales europeos, es necesario acudir a la obra de Kelsen y al contexto de la Europa del primer tercio del siglo XX⁸.

Con el transcurso del tiempo, esos dos modelos tradicionales y estructurados han sido objeto de diversas formas de articulación que fusionan o hacen convivir sin fundirse ingredientes de uno y otro para dar lugar a sistemas mixtos de justicia constitucional, con características particulares en cada país y que difieren unos de otros, produciendo un fenómeno de hibridación de aquellos esquemas estadounidense y kelseniano⁹.

Desde hace varias décadas se ha aceptado un tercer modelo denominado mixto.

⁶ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, p. 30. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

⁷ ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 17-18.

⁸ LOPERA MESA, G. La problemática legitimidad de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, 227-256, p. 240. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50357/30734>

⁹ BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 18.

A continuación, se exponen los tres modelos mencionados.

2.1 Modelo americano o *judicial review*

El primero de los modelos tradicionales es el americano, estadounidense o *judicial review*.

Aun cuando en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se establece la superioridad de la Constitución y las leyes federales, expresamente no se indica el control de constitucionalidad de las leyes. De ahí la importancia del caso paradigmático *Marbury vs Madison* al ser el punto de partida del control de constitucionalidad de las leyes bajo el supuesto de la supremacía de la Constitución.

Siguiendo a Pizzorusso, en el “*Federalist*” fueron recogidas una serie de artículos, redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en 1787-88, en los cuales fue ilustrado el texto de la Constitución en ese entonces en fase de aprobación por parte de la Convención de Filadelfia. El número 78 del *Federalist*, redactado por Hamilton, ilustró, en particular, las razones que justificaban el reconocimiento al Poder Judicial, dada su potestad de resolver los casos de conflictos entre una disposición de la Constitución y una disposición de una ley ordinaria y, consecuentemente, de declarar la invalidez de esta última. Sobre esta afirmación fue fundado el sistema americano de control de la legitimidad de las leyes¹⁰.

El modelo de la *judicial review* nacido en el siglo XVIII depositó en todos los jueces de cualquier jurisdicción y competencia el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos de los poderes políticos del gobierno.

El modelo estadounidense tuvo la misión de controlar el poder político frente a los derechos constitucionales de las minorías, lo anterior, tomando en cuenta que en América del Norte el parlamento inglés aparecía como el gran opresor, seguido por el rey y su gobierno.

¹⁰ PIZZORUSSO, A. Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos. *Revista Judicial*, 18, 2016, pp. 11-32, p. 25. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/02_archivo.pdf

Conforme lo anota Saba¹¹, en Estados Unidos, heredero del *common law* británico, se diseñó un modelo de Poder Judicial fundado en la desconfianza madisoniana de la voluntad política de las mayorías democráticas y en la consiguiente aspiración de proteger los derechos de las minorías que podrían ser afectados por aquellas. Esto dio lugar a la aceptación de un rol poderoso para los jueces de ese país consistente en la facultad de controlar la validez constitucional de las leyes y de toda norma emanada del gobierno que no se ajustara al mandato de la Carta Magna de esa nación. Esto es lo que en el mundo anglosajón se conoce como *judicial review* o control judicial de constitucionalidad.

El modelo norteamericano se caracteriza por ser difuso –o sea puede ser ejercido por cualquier juez federal o local-, ser *a posteriori*, en casos concretos, y por tener carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*. Adquirió reconocimiento explícito con el famoso fallo de la Corte Suprema Federal en el caso “*Marbury vs. Madison*”, a través del voto del juez Marshall¹².

Nino, expone lo que denomina “la lógica de Marshall” en el caso *Marbury vs. Madison*: los jueces deben aplicar la ley, siendo que cuando esta no satisface las condiciones que deben caracterizarla en realidad no es una ley y, por consiguiente, los jueces no pueden estar justificados en ningún caso para aplicar una ley inconstitucional¹³.

Se dice que el modelo americano es judicial y difuso, en el sentido de que lo realizan de modo desconcentrado los jueces, independientemente de su fuero o jurisdicción (por ejemplo, en Estados Unidos de América). Al respecto, si el órgano judicial interviniente declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso (interpartes). Se trata de un control en concreto, lo que supone que debe darse en una causa judicial y quien lo promueve estar involucrado o tener un derecho o interés jurídico particulares en la

¹¹ SABA, R. (2019). La elusiva frontera entre la justicia y la política. En Niembro, R. y Verdugo, S. (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, pp. 277-370, pp. 323-324.

¹² NINO, C.S. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astera, 2002, p. 663.

¹³ NINO, C.S. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989. 79-88, p. 80. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1230&IDA=35323>

cuestión a la que se refiere la norma o el acto que se reputan total o parcialmente contrarios a la Constitución¹⁴.

El modelo difuso se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte y el principio de la revisión judicial de constitucionalidad, cuya decisión produce efectos interpartes¹⁵.

El sistema difuso tradicionalmente se ha caracterizado como incidental (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), especial (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y declarativo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc* y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial) puedan ejercerlo¹⁶.

De acuerdo con Groppi, en el esquema clasificatorio de Cappelletti el modelo estadounidense se caracteriza por ser difuso, incidental y declarativo. Difuso porque todo juez está legitimado para ejercer el control de constitucionalidad. Incidental porque el control se desarrolla como “incidente” en el ámbito de un juicio que tiene un objeto distinto, respecto al que se presenta como una cuestión prejudicial: se trata de un control concreto, que se verifica en el momento en que la ley debe aplicarse a un caso concreto. Declarativo porque la sentencia mediante la que se desaplica una ley inconstitucional se limita a declarar la invalidez, *ab origine*, de la ley por ser incompatible con la

¹⁴ BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 17.

¹⁵ VELANDIA CANOSA, E. *Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado*. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 9-54, p. 16.

¹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, p. 29. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

Constitución, sin anularla, aplicando directamente la Constitución: los efectos de la sentencia son retroactivos (*ex tunc*) e *interpartes*¹⁷.

Díaz¹⁸ establece las que considera son las principales particularidades de este modelo de control de constitucionalidad de las leyes, a saber:

1. Es un modelo difuso o descentralizado, ya que todo juez tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad.
2. Es incidental o concreto, debido a que se ventila durante un juicio principal que tiene una causa y un objeto distintos, en cuanto el juez se pronuncia por vía de excepción con ocasión de la aplicación de una ley en particular.
3. Es especial en sus efectos ya que solo se extiende *interpartes*.
4. Es declarativo, pues el decreto de invalidez se aplica *ex tunc*, de modo retroactivo y se aplica directamente la Constitución, pero no se anula el precepto en cuestión.
5. Sobre la accionabilidad del control de constitucionalidad, este puede ser iniciado de diferentes formas:
 - a. Por medio de la excepción de constitucionalidad, las partes en el proceso pueden defenderse de una ley que, siendo aplicable, adolezca de dicho vicio.
 - b. Un individuo puede solicitar directamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cuya aplicación resultan perjuicios para sí.

¹⁷ GROPPi, T. Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. una perspectiva comparada. En Ferrer, E y Zaldívar, A. (Coords.). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, México D.F: UNAM, 2009, pp. 227-255, pp. 230-231.

¹⁸ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, pp. 35-36. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

- c. Por medio de la solicitud de una decisión aclaratoria, los particulares que en la aplicación de una ley encontraren dificultad podrán recurrir a un tribunal.
6. Los tribunales deberán tener presente en el examen de constitucionalidad de una ley, entre otras, las siguientes cláusulas:
- a. *Due process of law* o garantía de debido proceso, de modo que es posible invalidar una ley si no han existido procedimientos regulares en protección de los derechos o garantías del recurrente.
 - b. *Rule of reasonableness* o cláusula de razonabilidad o ponderación entre el interés general y el de los particulares.
 - c. La cláusula de igualdad, garantía de todo ciudadano ante la posible afectación de sus derechos.
7. El rol del Poder Judicial y sus funciones en el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad (*judicial review*), es considerado como uno de los aspectos más relevantes del sistema de frenos y contrapesos como mecanismo de separación de poderes en los Estados Unidos de Norteamérica.

Los casos constitucionales pueden ser decididos por cualquier juez norteamericano, aunque el tribunal más importante es la Corte Suprema federal (la “Corte”). Mediante sus sentencias, y utilizando el precedente, la Corte vincula a todos los jueces del sistema judicial; las sentencias de los tribunales inferiores citan sus fallos; los libros y artículos de derecho constitucional comentan las decisiones de la Corte; las clases de derecho son acerca de las posiciones de dicho órgano; el diseño de nuevas políticas públicas requiere del análisis de la jurisprudencia de la Corte. Todo el derecho constitucional (o la mayoría) es acerca de dicho Tribunal Supremo¹⁹.

¹⁹ VERDUGO, S. La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 2013, pp. 183-225, p. 200. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n1/art08.pdf>

Si bien, en Estados Unidos de América rige un sistema difuso de control de constitucionalidad, la *Supreme Court* norteamericana es la cúspide del sistema judicial, de modo que sus interpretaciones respecto a la inconstitucionalidad informan a todo el ordenamiento jurídico, por el principio del *stare decisis*. El rol de la Suprema Corte, en cuanto tribunal, es fijar la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que se encuentra un elemento que provoca que materialmente su rol se acerque al sistema de control constitucional de los tribunales constitucionales del modelo europeo-kelseniano. Lo anterior en virtud del denominado *writ of certiorari* o ejercicio discrecional de la jurisdicción, por el que la Corte selecciona aquellos casos de mayor relevancia, que en definitiva son aquellos de rango constitucional, de modo que se difumina en la práctica su posición como tribunal de apelación, pasando, casi exclusivamente, a resolver sobre materias constitucionales o, más bien, sobre constitucionalidad. Este ejercicio de selección se manifiesta no solo como un filtro para no saturar la agenda de la Suprema Corte, sino que es una manifestación de su poder jurisdiccional, *decidiendo no decidir*, cuando corresponda²⁰.

Debe tenerse presente que, a pesar del efecto interpartes que suele atribuirse al modelo estadounidense, en los términos explicados atrás, las consecuencias pueden trascender a otros casos análogos que se ventilan ante otros tribunales, con fundamento en el principio de *stare decisis*, según el cual las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema resultan obligatorias.

En el modelo estadounidense de control judicial de las leyes, todos los jueces pueden declarar la invalidez de las leyes, pero es la Corte Suprema la que cierra el orden jurídico y dice la “última palabra institucional”. El acceso a la Corte Suprema del modelo americano se logra a través de un recurso de inconstitucionalidad. Esto es, aquel que quiere obtener un pronunciamiento del alto tribunal debe primero pasar por todas las instancias judiciales inferiores, recurriendo cada una de las sentencias que dictan los jueces de primera y segunda instancia. En este modelo, la Corte Suprema, además de

²⁰ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, pp. 39-40. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

dictaminar sobre la constitucionalidad de la ley, debe zanjar una disputa de derechos entre dos partes individuales²¹.

2.2 Modelo concentrado, austriaco o kelseniano

El modelo clásico concentrado de justicia constitucional, es de origen austriaco. Se dice que fue ideado por el ilustre jurista Hans Kelsen. Los principales argumentos de su tesis se pueden sintetizar de la siguiente forma: (i) el control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación de un Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de los países del mundo; (ii) este juez únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley²².

El aporte teórico fundamental para constituir este sistema de control de constitucionalidad lo realizó Kelsen, quien sostenía que ese control era esencial para mantener la supremacía de la Constitución, no solamente como regla procedimental sino también como norma sustantiva. Kelsen sostuvo que, si bien con la anulación de una ley inconstitucional el Tribunal constitucional se convierte en una especie de “legislador negativo”, ese poder no tiene la creatividad que caracteriza al dictado positivo de leyes. Las características generales del modelo continental-europeo de control de constitucionalidad consiste en ser de tipo concentrado, o sea, la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizada por un solo órgano, el Consejo o Tribunal constitucional, aunque hay excepciones a este monopolio; ese órgano que lo ejerce es mixto en el sentido de que su composición, con miembros nombrados por un período fijo, refleja criterios de formación jurídica y de orientación política, y es independiente de los poderes políticos pero también está generalmente separado del Poder Judicial como organización de los tribunales ordinarios; el control puede ser concreto o abstracto, y en este caso puede ser preventivo o remedial; hay una tendencia creciente a

²¹ LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 17-18, 154-156.

²² VELANDIA CANOSA, E. *Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado*. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 9-54, p. 21.

que el control constituye una revisión de la aplicación de las leyes hecha por los tribunales ordinarios y a una selección de casos²³.

En la concepción original, se prefigura un órgano que centralizadamente lleva adelante ese control y, en el supuesto de considerar inconstitucional una norma, ésta es expulsada del sistema. Ello significa que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *erga omnes* (produce consecuencias generales). Tal modalidad fiscalizatoria es además abstracta, desde que se realiza un cotejo entre la norma cuestionada y la Constitución para verificar su adecuación a ésta, con prescindencia (o abstracción) de la aplicación concreta de aquella regla²⁴.

En este modelo se está ante un Tribunal especializado “extra poder”. Es la fórmula más tradicional, diseñada por Hans Kelsen e instrumentada en la famosa Constitución austríaca de 1920. Su esquema es el siguiente: un órgano con fisonomía judicial, pero fuera del Poder Judicial (también ajeno a los otros poderes). Situado a mitad de camino entre la Corte Suprema “clásica” y el Parlamento, monopoliza el control de constitucionalidad de normas. Sus sentencias, cuando reputan inconstitucional a una de éstas, la derogan. Es conveniente que sus jueces, en atención al rol político que cumplen, sean nombrados por el Parlamento, y por períodos limitados. Esto genera una importantísima transformación en el Poder Judicial, que así se bifurca en dos ramas: el Poder Judicial “antiguo”, capitaneado por la vieja Corte Suprema, y el Tribunal Constitucional, nuevo, o “Corte paralela”²⁵.

El modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces. Se está ante la reafirmación Kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley²⁶.

²³ NINO, C.S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astera, 2002, pp. 659-661.

²⁴ BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 17.

²⁵ SAGÜÉS, N.P. La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74, 1991, pp. 471-495, p. 473.

²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, pp. 23-24, 28. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

En el pensamiento de Kelsen, el Tribunal Constitucional aparece como complemento del Poder Legislativo, de una u otra forma, como un órgano respetuoso de las credenciales democráticas del Parlamento.

El sistema concentrado, además de ser ejercido tan sólo por "un único y especial órgano constitucional", se caracteriza por ser constitutivo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*)²⁷.

El modelo austriaco (en el planteamiento original de 1920) es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado porque la función de juzgar la constitucionalidad de las leyes se niega a la generalidad de los jueces y de los operadores jurídicos y se reserva, por el contrario, a un órgano al efecto. Principal porque se solicita en vía de acción, mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución, independientemente de una concreta aplicación de ésta. Constitutivo porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado²⁸.

Entre las principales peculiaridades del modelo austriaco o europeo-kelseniano se encuentran:

1. Es un sistema concentrado o centralizado por encontrarse el control de constitucionalidad reservado a un órgano especialmente constituido para tal efecto.
2. Es principal, porque la cuestión se ventila de forma independiente de toda otra.
3. Es general en cuanto la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, expulsando así la norma del ordenamiento jurídico.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, p. 29. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

²⁸ GROPPI, T. Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. una perspectiva comparada. En Ferrer, E y Zaldívar, A. (Coords.). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, México D.F: UNAM, 2009, pp. 227-255, p. 231.

4. Es constitutivo, sus efectos se aplican *ex nunc*, solo hacia el futuro, sin perjuicio de las sentencias y situaciones jurídicas del tiempo intermedio.
5. El Tribunal Constitucional se limita a confrontar dos normas igualmente abstractas, Constitución y ley, por lo que el vicio de inconstitucionalidad que surge, eventualmente, no provoca la nulidad *ipso iure* de la norma o disposición, sino que, al contrario, genera la posibilidad de anulabilidad, la que se concreta en la sentencia²⁹.

Fernández³⁰, advirtiendo que hay una relativización en relación con las características de los modelos norteamericano y el europeo kelseniano, resume en tres las principales diferencias entre ellos. Estas son:

- 1) Órgano legitimado para llevar a cabo el control. En el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias o litigios suscitados ante ellos. En el sistema austríaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es el encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad, que, de esta forma, es monopolizado por el Tribunal Constitucional.
- 2) Carácter incidental o principal del control. En el sistema de la *judicial review of Legislation*, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa. La presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el Juez competente por quien es parte en una controversia concreta. En el sistema europeo-kelseniano, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una

²⁹ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, p. 37. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, pp. 30-35. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

acción o recurso de inconstitucionalidad. Es un procedimiento de impugnación directa, en vía principal.

- 3) Extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada³¹. En el modelo americano, en sentido estricto, el Juez no anula la Ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, y en términos de Calamandrei, se trata de un control "especial", no "general". En el modelo europeo kelseniano, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa: mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales, el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una Ley decidida por el Tribunal. Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, sostendrá Kelsen, el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius*

³¹ FERNÁNDEZ (2005, pp. 36-41), expone que, aunque en el sistema americano formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. La vinculación del precedente se acentúa aún más en relación con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. Así, la existencia de un Tribunal Supremo único, cual, acontece en los Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema norteamericano, en este punto, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la Ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la Ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la Ley sea nuevamente aplicada. Citando a Cappelletti (1990), afirma que, ciertamente, si una Ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la Ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. De ahí que se sostenga que, en el sistema americano, la *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales. A la vista de la evolución de la *Supreme Court*, para un sector de la doctrina cada vez es más grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales, ante la apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme Court*.

correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de "legislador negativo".

Díaz³² sostiene que una diferencia importante entre los sistemas de control mencionados, es la naturaleza originaria de la función del control, que en el sistema norteamericano es de carácter judicial, mientras que en el europeo-kelseniano es considerada con carácter de legislador negativo. Por su parte, respecto de los efectos en el tiempo del control de constitucionalidad de las leyes, en el sistema norteamericano la característica es que sus declaraciones tienen efectos retroactivos para las partes (*ex tunc*), mientras que el carácter del sistema europeo-kelseniano solo dispone para el futuro (*ex nunc*), lo que es un elemento que reforzaría más aún la idea de legislador negativo en la actuación del Tribunal Constitucional, ya que es el mismo efecto de las leyes.

La mayoría de los países de América Latina han incorporado diferentes modelos, pero luego de diversas reformas implementadas en algunos países, los sistemas de control de constitucionalidad se asemejan bastante al norteamericano, aunque se han introducido, a veces, rasgos del sistema europeo³³.

Se dice que los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo de judicatura surgida luego de la revolución francesa, fueron diseñados sobre la base de una profunda desconfianza en los jueces. Esto implicó la expectativa de limitar sus facultades a la mera aplicación automática de la ley y la imposibilidad de que estos funcionarios, percibidos como burocráticos y apolíticos, no impidieran la implementación de las decisiones tomadas por el pueblo en procesos democráticos y deliberativos³⁴.

³² DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, 25-46, p. 44. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

³³ SABA, R. (2019). La elusiva frontera entre la justicia y la política. En Niembro, R. y Verdugo, S. (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, pp. 277-370, pp. 323-324.

³⁴ SABA, R. (2019). La elusiva frontera entre la justicia y la política. En Niembro, R. y Verdugo, S. (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, pp. 277-370, pp. 323-324.

Según lo expone Sagüés³⁵, se supone que una judicatura constitucional especializada conoce mejor su oficio; piensa y decide con mentalidad “constitucionalista” y, al centralizarse en un órgano único, se evitan sentencias dispersas y contradictorias en materia de constitucionalidad, con soluciones, por tanto, desigualitarias y poco firmes (defecto del sistema “desconcentrado”, al estilo de los Estados Unidos de América, al menos hasta que falle alguna vez, si lo hace, la Corte Suprema nacional). Sin embargo, estas ventajas teóricas de la especialización bien pueden desmentirse en un medio jurídico concreto. Si los jueces de un Tribunal Constitucional carecen de calidad; si el sistema de nominaciones de tales magistrados está infectado de partidismo o de cualquier otra variante de parcialidad, y si la tarea del Tribunal, en lugar de plasmarse en interpretaciones constitucionales concluye en interpretaciones gubernativas, imprudentes o arbitrarias de la ley suprema, la presunción de mayor conveniencia se desplomará.

2.3 Modelo mixto

En una caracterización bien conocida, Calamandrei vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad: el sistema judicial o difuso (*judicial review of Legislation*) y el sistema autónomo o concentrado (la *Veifassungsgerichtsbarkeit* kelseniana)³⁶.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados han instalado otras variaciones o soluciones a los modelos norteamericano y kelseniano. En la actualidad, podría afirmarse, casi de forma generalizada, que la clásica polaridad modelo americano vs modelo europeo-kelseniano no puede sostenerse de forma tan rígida.

³⁵ SAGÜÉS, N.P. La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74, 1991, pp. 471-495, pp. 472-473.

³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, p. 29. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

La expansión global de la justicia constitucional, ha sido acompañada de la proliferación de los modelos y de su recíproca hibridación, surgiendo nuevos esquemas clasificatorios y nuevas categorías³⁷.

Para autores como Cappelletti³⁸, citado por Fernández³⁹, el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo, en proceso, en definitiva, de unificación. La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder. Incluso se parte de que en el presente ha perdido utilidad analítica la tan generalmente asumida bipolaridad “modelo americano *versus* modelo europeo kelseniano”.

Este panorama obedece a los distintos rasgos estructurales de cada ordenamiento jurídico. Esas diferencias -afirma Pegoraro⁴⁰- son imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo, etc. La traslación en bloque del modelo americano o del austríaco está siendo sustituida en todas partes por sistemas más cuidados, dúctiles y poliformes.

De acuerdo con un sector doctrinario importante, en la actualidad, la radical distinción entre los modelos difuso y concentrado se ha aminorado sustancialmente. Ello por la incorporación de mecanismos que permiten al juez que conoce de una causa, y por vía de excepción, representar la posibilidad de inconstitucionalidad que considere puede

³⁷ MEZZETTI, L. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. Estudios Constitucionales de Chile, Año 7, N° 2, 2009, pp. 281-300, p. 289. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>

³⁸ CAPPELLETTI, M. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, 58 (5), 1970, 1017-1053, pp. 22-23. Recuperado de <https://lawcat.berkeley.edu/record/1110354>

³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75, pp. 22-29. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

⁴⁰ PEGORARO, L. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, pp. 393-416, p.415. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50604>

existir. Un claro ejemplo de ello es el procedimiento que se conoce como “la cuestión de constitucionalidad”⁴¹.

Bazán señala que es posible visualizar, en modelos que adoptan el control de constitucionalidad difuso o desconcentrado vestigios o ingredientes que de algún modo los aproximan a los sistemas centralizados o concentrados. Destaca que, en Estados Unidos de América, donde floreció la *Judicial Review* en una simplificación extrema del problema, puede decirse que la Suprema Corte de Justicia Federal actúa como un Tribunal Constitucional *de facto* por medio de la utilización del *writ of certiorari*, al focalizar casi exclusivamente cuestiones de naturaleza constitucional; sin dejar de lado la pauta *stare decisis*, es decir, la regla del precedente que debe ser seguida por los tribunales inferiores⁴².

A partir de los modelos calificados como originarios, han surgido, luego de la posguerra, los mixtos, caracterizados por iniciarse en la justicia ordinaria, como si fuera un modelo difuso y terminan con una sentencia de control de constitucionalidad, proferida por el Tribunal, Corte o Consejo Constitucional, como si se tratara de un modelo concentrado, tal como ocurre con el control incidental de origen italiano o con la cuestión de constitucionalidad de origen español. En este modelo el control se inicia por cualquier juez, quien, luego de un estudio serio sobre el tema, tenga duda sobre la constitucionalidad de la norma que ha de aplicar, debe remitirla al Tribunal o Corte Constitucional para su decisión final, toda vez que contrario al modelo difuso, no tiene competencia para tomar una decisión de fondo. En esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado⁴³.

⁴¹ DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, pp. 25-46, p. 40. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

⁴² BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 19-20.

⁴³ VELANDIA CANOSA, E. Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 9-54, pp. 22-23.

Algunos autores como Lopera⁴⁴ son del criterio de que el funcionamiento real de los Tribunales Constitucionales solo conserva del modelo original su carácter concentrado y los efectos generales de sus decisiones. En el resto, se acercan más a la lógica que impregna la *judicial review* que a las premisas de la propuesta kelseniana.

Hoy, es posible hablar de que existen clasificaciones atendiendo al control según la eficacia de las sentencias: con efectos en el caso concreto (*inter partes*) o con efectos *erga omnes* (carácter general); control según la pluralidad o unicidad de órganos competentes para controlar: difuso (en el que cualquier juez o tribunal puede efectuar el control constitucional de una norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo) y concentrado (en el que ese control corresponde a un órgano único, sea un Tribunal o Sala Constitucional (dentro o fuera del Poder Judicial), sea, el Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia.

Indistintamente de las características de cada sistema, debe advertirse que en la discusión de constitucionalistas y filósofos del derecho ha estado presente desde hace muchas décadas el tema de la legitimidad de la justicia constitucional. Puede decirse, hoy en día, que la discusión sobre este tópico no está acabada. Por ello, en las próximas líneas se abordará esta temática.

3. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes⁴⁵

Desde hace muchas décadas han surgido cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales, siendo importante dedicar un espacio amplio a esta temática, como de seguido se procede.

⁴⁴ LOPERA MESA, G. La problemática legitimidad de la justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, pp. 227-256, p. 240. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50357/30734>

⁴⁵ El análisis se centra en repúblicas democráticas (forma de gobierno) como Italia y Costa Rica, cuya forma de estado es Constitucional.

Para Robert Dahl, una cuestión de gran relevancia es si un Tribunal Supremo puede declarar que una ley promulgada por el parlamento o legislatura nacional es inconstitucional⁴⁶.

La legitimación o no democrática del control judicial de las normas lleva a aceptar la existencia de una tensión inevitable entre democracia y constitucionalismo.

Según lo expone Feoli, la disputa puede dividirse entre quienes entienden que los jueces carecen de legitimidad democrática para entrometerse en lo resuelto por otros órganos estatales y quienes, por el contrario, estiman que al existir aspiraciones superiores es justamente en clave democrática que la magistratura está llamada a intervenir y a ejercer un control activo sobre aquellas decisiones para asegurar que se respeten los derechos estatuidos en los instrumentos constitucionales, neutralizando el riesgo de la “tiranía” de la mayorías⁴⁷.

Se distinguirán dos posiciones principales al respecto. La primera: la llamada dificultad contra-mayoritaria (el Tribunal que se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley carece de legitimidad democrática). La segunda: los jueces constitucionales poseen legitimidad democrática por varias razones⁴⁸.

3.1.La objeción contra-mayoritaria. Los jueces constitucionales carecen de legitimidad democrática

El control judicial de la constitucional de la ley enfrenta desde sus orígenes a un conjunto de objeciones, encontrándose como la principal la “dificultad contra-mayoritaria”, expresión acuñada por el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel, es decir, la llamada “objeción democrática”.

⁴⁶ DAHL, R. *On Democracy*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 2000, p. 121.

⁴⁷ FEOLI VILLALOBOS, M. *Jueces protagonistas: ¿un replanteamiento de la relación entre política y justicia?*, San José, Editorial UCR, 2015, p. 89.

⁴⁸ Por un tema propio de la extensión de este trabajo, no se expondrá sobre otras experiencias como las de Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda en donde se plantea la conveniencia de un control de constitucionalidad en sentido débil.

La denominada dificultad contra-mayoritaria consiste en cuestionar cómo es posible que, en una sociedad democrática, el Poder Judicial⁴⁹ tenga la “última palabra” institucional, y pueda decidir, de manera “final”, las controversias públicas más importantes, cuando en realidad se caracteriza por tener débiles credenciales democráticas, al argumentarse que no le rinden cuentas al pueblo, como sí lo hacen los representantes electos mediante procesos democráticos periódicos, alterando la primacía de la regla de mayorías⁵⁰.

De acuerdo con esta postura escéptica, reservar a los jueces la potestad de definir el contenido de las normas constitucionales implica una violación al principio de la mayoría.

Vásquez⁵¹ refiere que Bickel advirtió sobre la dificultad contra-mayoritaria con los siguientes términos: *“La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático”*⁵².

Se dice que la legitimidad democrática de la revisión judicial ha sido durante mucho tiempo uno de los problemas principales que ha enfrentado la teoría constitucional angloamericana. Las discusiones se suelen enmarcar en términos de la llamada dificultad

⁴⁹ La discusión usualmente se ha centrado en los supuestos en que los encargados de realizar el control de constitucionalidad de las leyes son un Tribunal Supremo (Corte Suprema de Justicia) o una Sala o Tribunal Constitucional que forman parte del Poder Judicial. Sin embargo, la discusión podría también dirigirse para los casos en que el órgano jurisdiccional que tiene asignada dicha competencia, no forma parte del Poder Judicial, en la medida en que sus integrantes no sean elegidos a través de procesos de elección popular como suele ocurrir en las democracias modernas con los Diputados o Legisladores.

⁵⁰ Bajo el denominado “constitucionalismo popular” los jueces no deben tener el monopolio en la interpretación de la Constitución, sino que el pueblo debe tener la última palabra.

⁵¹ VÁSQUEZ, R. Normas, razones y derechos. En R. Vásquez (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 237-256, p. 240.

⁵² BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

contra-mayoritaria, es decir, la idea de que el control judicial es una institución desviada en el contexto de una democracia⁵³.

La crítica que se eleva a menudo frente a la justicia constitucional, desde el ángulo del principio democrático se expresa de forma simple a partir de las siguientes interrogantes: ¿cómo admitir que las leyes aprobadas democráticamente puedan ser luego descalificadas en un procedimiento de control de constitucionalidad?, ¿Por qué la opinión de una mayoría de jueces constitucionales debe prevalecer sobre la opinión de una mayoría de ciudadanos o de sus representantes?⁵⁴

En similar sentido Gargarella indica:

“...Alguien puede preguntarse entonces, legítimamente, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir «la última palabra», como hoy ocurre...”⁵⁵.

Martí⁵⁶, al conceptualizar lo que él denomina la república deliberativa, refiere que en ella se debe tener la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones, y la máxima desconfianza, en cambio, hacia órganos elitistas no representativos, como los judiciales. Desde su perspectiva, al menos *prima facie*, no parece compatible con grados muy elevados de rigidez constitucional, ni con sistemas de

⁵³ COLON-RIOS, J. *La constitución de la democracia*. Traductora Graciela Rivera Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 303-304.

⁵⁴ FERRERES COMELA, V. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. En *Jurisdicción Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 11-42, p. 13.

⁵⁵ GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 27.

⁵⁶ MARTÍ, J.L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 292.

control judicial de constitucionalidad que no muestren ni siquiera una deferencia mínima con el legislador democrático.

Ferreres⁵⁷, por su parte, se cuestiona hasta qué punto permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que, en su opinión, violan lo dispuesto en el texto constitucional es regresivo desde un punto de vista democrático.

Sobre este tema, el filósofo del derecho Carrió en su oportunidad expuso:

*“...Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos...”*⁵⁸.

Al respecto, Prieto Sanchís comenta que han surgido cuestionamientos en el sentido de por qué deben ser los jueces, funcionarios no elegidos democráticamente, quienes decidan de forma discrecional el significado de cuestiones especialmente controvertidas, pronunciando la última palabra incluso frente al legislador⁵⁹.

La dificultad contra-mayoritaria se basa en el argumento de que los jueces no tienen legitimidad democrática debido a que no son elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. Bajo este argumento, a lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta y con el tiempo se va diluyendo (en algunos países pueden ser cargos vitalicios). Con la creciente certeza de que la tarea del juez es sustancialmente valorativa, surge con más insistencia la pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones. Esta dificultad contra-mayoritaria puede exponerse en términos epistémicos: parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unas personas, por más ilustradas que sean,

⁵⁷ FERRERES COMELLA, V. El control judicial de la constitucional de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En M. Carbonell y L. Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 356-380.

⁵⁸ CARRÍO, G. *Una defensa condicionada de la Judicial Review*. En Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991, pp. 139-170, p. 148.

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p.156.

pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública⁶⁰.

Bajo una visión procedimentalista se dice que los representantes populares, por haber sido elegidos a través del sufragio, exhiben mayores credenciales democráticas que los órganos jurisdiccionales⁶¹.

De acuerdo con Nino⁶², los derechos constituyen barreras de protección contra los intereses mayoritarios, pero no contra las decisiones mayoritarias. Considera, que la única autoridad encargada de reconocer derechos es la de origen mayoritario. Acepta que si bien siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios.

Para Ferreres⁶³, las circunstancias de la “dificultad contra-mayoritaria” podrían resumirse en tres:

1. La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional. La ley sobre la que se emitirá pronunciamiento proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal, lo cual no sucede con el juez constitucional.
2. La rigidez de la constitución. El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la constitución solo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso.

⁶⁰ NINO, C.S. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astera, 2002, pp. 682-685.

⁶¹ Incluso, bajo la lógica del denominado “constitucionalismo popular” los jueces no deben tener el monopolio en la interpretación de la Constitución, sino que el pueblo debe tener la última palabra.

⁶² NINO, C.S. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astera, 2002, pp. 680 y 687.

⁶³ FERRERES COMELA, V. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 42-45.

3. La controvertibilidad interpretativa de la Constitución. La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

El debate acerca de qué autoridad debe ser la encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución se remonta (en los Estados Unidos de América) a tiempos anteriores a la Constitución norteamericana. En la actualidad, podría decirse que la crítica de Jeremy Waldron al control judicial de constitucionalidad de las leyes es, posiblemente, la más importante que se ha planteado desde la aparición de los trabajos desarrollados por Alexander Bickel.

La objeción a la legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes sin duda no fue inventada por Jeremy Waldron, aunque la influencia de este último autor y la sofisticación de su argumento hacen que la crítica a la justicia constitucional no pueda ser examinada sin eludir su obra⁶⁴.

Jeremy Waldron, nacido en Nueva Zelanda, es uno de los principales escritores del mundo dentro de los campos de la filosofía jurídica y política. En sus primeras publicaciones se mostró crítico de la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes. En los últimos años, su postura se ha inclinado a rechazar la posibilidad de que los jueces constitucionales conserven la “última palabra jurídica” por encima de los órganos legislativos. Sus críticas las dirige sobre todo contra el modelo de control en sentido fuerte, en el que los jueces pueden dejar de aplicar una ley sin que otros órganos de gobierno puedan impedirlo.

Como punto de partida, debe tomarse en cuenta que la objeción de Waldron se dirige principalmente contra el modelo de revisión judicial de la ley de los Estados Unidos de América en la versión de Dworkin.

⁶⁴ VERDUGO, S. La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 2013, 183-225, p. 187. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n1/art08.pdf>

En principio, es posible inferir que Waldron adopta como foco exclusivo un reducido círculo de países anglosajones. Él propone un modelo de democracia mayoritaria (procedimental). Sus críticas las dirige sobre todo contra el modelo de control en sentido fuerte⁶⁵.

Waldron sostiene que las decisiones políticas fundamentales y ordinarias deben ser tomadas a partir de mecanismos de votación, en los que cada ciudadano de forma individual expresa su preferencia y al final la mayor agregación de un punto de vista determinado prevalece con fuerza vinculante, incluso sobre los que no lo compartían. Para este autor, el proceso de mayorías se erige como el procedimiento más justo para resolver las cuestiones políticas de forma democrática, ya que es neutral frente a las preferencias individuales y no sesga lo resuelto hacia algún punto de vista particular; permite la participación directa de toda la ciudadanía (en aras de proteger el autogobierno colectivo); y trata a cada uno de dichos ciudadanos de forma igual al otorgar el mismo peso a cada una de sus perspectivas, a través de la simple fórmula: una persona, un voto⁶⁶.

De acuerdo con Waldron, el valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que derecho positivo) es el de la legitimidad democrática. Afirma, que algunos juristas menosprecian las credenciales democráticas de las leyes porque dudan de la representatividad democrática del Parlamento o del Congreso, o porque se quedan fascinados por las dificultades formales de la teoría de la elección pública, o simplemente porque no otorgan a la democracia otro valor que no sea instrumental o derivativo. A pesar de ello, apunta, la mayoría de los estudiosos de la legislación consideran que la exigencia de legitimidad democrática, siempre que se pueda justificar, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley. Concluye, que las credenciales democráticas y representativas del Parlamento ofrecen por sí mismas la

⁶⁵ Waldron es consciente de que ningún proceso de toma de decisiones será perfecto, sea que se trate de un proceso legislativo no sujeto a revisión o de un proceso de control judicial de la legislación, siendo factible que ambos puedan llevar a conducir a una decisión errónea que vulnere derechos en vez de defenderlos. Véase: WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, p. 82.

⁶⁶ VIRGÜEZ RUIZ, S. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público*, 35, 2015, 1-31, p. 13. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub541.pdf

mejor razón que un tribunal o un ciudadano puedan tener para someterse a sus decisiones⁶⁷.

En palabras de Linares, Waldron parte de una sociedad democrática. Esto quiere decir que cuenta con elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias. Asume que el poder legislativo es un cuerpo deliberativo amplio (bicameral o unicameral) que está acostumbrado a tratar problemas sumamente difíciles que involucran cuestiones de principio y dividen políticamente a la sociedad. Los legisladores deliberan y votan sobre estas cuestiones, y los procedimientos para la elaboración de las leyes incorporan varias garantías, como un sistema de comisiones, múltiples niveles de consideración, debate y votación, que tienen a asegurar una deliberación responsable. Asume también que estos procedimientos conectan formal e informalmente (a través de audiencias públicas o consultas) con sectores amplios de la sociedad. Por su parte, los miembros de la legislatura tienen conciencia de ser representantes, es decir, en ocasiones consideran que están para hacer valer las opiniones e intereses de los habitantes del distrito electoral que les eligió. En otras ocasiones, en cambio, creen representar a toda la sociedad en su conjunto. Waldron concibe a esta sociedad con tribunales, es decir, con un poder judicial políticamente independiente que está encargado de resolver conflictos individuales con base en el derecho. Asimismo, parte del supuesto de que estas instituciones no son electas. Es decir, los jueces no acceden a sus cargos a través de elecciones periódicas, ni están influidos por el *ethos* de la rendición de cuentas electoral. Waldron asume que en las sociedades liberales modernas siempre habrá un desacuerdo persistente sobre qué derechos han de ser reconocidos y sobre cuáles son los límites de esos derechos. Esos desacuerdos no son exclusivamente materia de interpretación en un sentido puramente jurídico o formalista. Pueden presentarse como asuntos de interpretación jurídica, pero dan lugar a cuestiones prácticas y morales sumamente importantes. Son cuestiones de filosofía política con significativas ramificaciones en las vidas de las personas. Para Waldron, la diferencia clave entre el debate legislativo británico y la argumentación judicial americana radica en que mientras que la argumentación judicial gasta ríos de tinta en cuestiones de interpretación, competencia, doctrina y precedentes, la primera es capaz de centrar su atención rápidamente en el núcleo del problema moral y sus implicaciones. Por ejemplo, en el caso del aborto, el

⁶⁷ WALDRON, J. *Derechos y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 114-115.

poder legislativo aborda directamente la cuestión del *status* del feto, la importancia de las elecciones que afronta la mujer embarazada, sus riesgos, su privacidad, y los conflictos morales que todo ello involucra. De acuerdo con este autor neozelandés, todos estos son asuntos que deben ser debatidos por la sociedad al momento de decidir sobre los derechos relacionados con el aborto y, precisamente, a esas cuestiones se les concede más tiempo en los debates legislativos que en la argumentación judicial⁶⁸.

Desde la perspectiva de Waldron, existe un contraste falso cuando se afirma que los tribunales presentan las razones que justifican sus decisiones (lo cual indica que toman en serio lo que está en juego), mientras que las legislaturas no lo hacen, debido a que los legisladores ofrecen razones para sus votos al igual que los jueces. Considera, que distraídos por los temas de legitimidad (“ofrecimiento de razones”), los tribunales se enfocan en lo que otros tribunales han hecho o en el lenguaje de la carta de derechos, mientras que los legisladores –no obstante, sus vicios– al menos tienden a ir directamente al meollo del asunto⁶⁹.

Para Waldron, el poder judicial tiene indirectas y limitadas bases de la legitimidad democrática. Tales credenciales no pueden competir ni remotamente con las credenciales democráticas de los legisladores electos. Dicho autor se plantea por qué las decisiones clave a nivel constitucional se deben decidir por votación de mayoría simple entre los jueces, como en el caso de los Corte Suprema de los Estados Unidos que todo se reduce “a contar cabezas”: cinco votos vencen a cuatro (regla mayoritaria), independientemente de los argumentos esgrimidos por los jueces⁷⁰.

Waldron sostiene la tesis de que el control judicial fuerte tiende a cerrar el diálogo. Por ello, propone un sistema en el que los tribunales expresen su opinión en cuestiones constitucionales, estimando que, cuando lo hagan, las legislaturas normalmente las escucharán, aunque no se adhieran de manera automática, basándose en

⁶⁸ LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 68-77.

⁶⁹ WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, pp. 95-97.

⁷⁰ WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, pp. 105-109.

el prestigio asociado a la función judicial. Sin embargo, apunta “...*los tribunales y sus defensores están tan dominados por sus mitos sobre la deliberación legislativa y las opiniones de los legisladores sobre los derechos que son incapaces de devolver el favor; es especialmente improbable que lo hagan cuando saben que pueden prevalecer en el sistema constitucional sin tener que escuchar, y sin tener que prestar deferencia*”⁷¹.

3.2.Los jueces constitucionales poseen legitimidad democrática

Como se ha expuesto, el debate en torno a la legitimidad del control constitucional de la ley, se funda básicamente en el problema de la legitimidad del juez para controlar la decisión de la mayoría parlamentaria.

Las bases del control judicial de constitucionalidad se sentaron en el siglo XIX en los Estados Unidos de América.

Siguiendo a Gargarella⁷², puede afirmarse que Hamilton fue uno de los pioneros en defender la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control. El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. La argumentación presentada por Hamilton fue luego retomada por el juez Marshall, en la citada opinión en “*Marbury vs. Madison*” para decir que “hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria”, y terminar defendiendo la necesidad del control judicial sobre las leyes inconstitucionales. Este tipo de justificaciones, desde entonces,

⁷¹ WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, p. 237.

⁷² GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 70-71.

pasó a constituir una de las más sólidas y difundidas defensas del control judicial, ya que en cualquier país donde se acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a principios similares a los sostenidos por Hamilton, y luego por Marshall.

Hoy se afirma que la justicia constitucional goza de legitimación democrática en cuanto se encuentra contemplada en el seno de una Constitución democrática surgida según un procedimiento democrático⁷³.

Existen autores que niegan o simplemente minimizan la importancia de la llamada “dificultad contra-mayoritaria”, por lo que defienden un control jurisdiccional de las leyes. Entre ellos, John Hart Ely, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Luigi Ferrajoli.

El constitucionalista norteamericano Ely⁷⁴ centra la posibilidad de la revisión judicial en la supervisión del proceso de representación, partiendo de que la Corte Suprema actúa como una especie de *referee* del proceso democrático. De ahí que Nino⁷⁵ afirme que John Hart Ely, al tomarse con seriedad la dificultad contra-mayoritaria, concibe al poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático, cuya misión central es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas.

Son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías⁷⁶.

⁷³ MEZZETTI, L. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. Estudios Constitucionales de Chile, Año 7, N° 2, 2009, pp. 281-300, p. 293. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>

⁷⁴ ELY, J.H. *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

⁷⁵ NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, pp. 273-274.

⁷⁶ VÁSQUEZ, R. Normas, razones y derechos. En R. Vázquez (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 237-256, p. 245.

Ronald Dworkin desarrolla una defensa que justifica la justicia constitucional, basada en la protección de los derechos.

Dworkin es partidario de una defensa de la revisión judicial. Estima que si la decisión de una Corte exige la supresión o anulación de una ley aprobada por una mayoría legislativa (o para todos los efectos, por el voto unánime de la población) porque viola derechos individuales, no ocurre nada negativo desde una perspectiva democrática. Por lo que resulta irrelevante que esa “supresión” haya tenido lugar por medio de una institución sin credenciales democráticas⁷⁷.

De acuerdo con Dworkin, en la discusión permanente sobre el presunto carácter antidemocrático del control de constitucionalidad, se ha afirmado que la circunstancia de que los jueces sean designados y no elegidos constituye una razón cardinal para pensar que plantean una mayor amenaza a la democracia que los presidentes, primeros ministros, gobernadores o parlamentarios, sin embargo, en su criterio en realidad ese argumento se trata de una maniobra distractora. Asevera, que si bien, en el ejercicio de su poder, los jueces pueden cometer errores muy graves, presidentes, primeros ministros y legisladores veteranos que encabezan comisiones importantes pueden hacer, cada uno por su lado, más daño del que los jueces pueden hacer colectivamente⁷⁸.

Dworkin sigue una concepción sustancial de la democracia, basada más en los resultados de las decisiones que en la manera en que dichas decisiones son adoptadas, a diferencia de Waldron, quien dignifica el procedimiento mayoritario para arribar a la decisión⁷⁹.

En palabras de Vásquez⁸⁰, Dworkin justifica la necesidad de la justicia constitucional al considerar que son los jueces los encargados de velar por las

⁷⁷ COLON-RIOS, J. *La constitución de la democracia*. Traductora Graciela Rivera Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 39.

⁷⁸ DWORKIN, R. *Justicia Para Erizos*. Traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2014, pp. 480-483.

⁷⁹ VERDUGO, S. La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 2013, pp. 183-225, p. 196. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n1/art08.pdf>

⁸⁰ VÁSQUEZ, R. Normas, razones y derechos. En R. Vásquez (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 237-256, pp. 241 y 254.

precondiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero menos que los congresistas.

Dworkin propuso inicialmente un modelo conocido como la “concepción constitucional de la democracia”, el cual luego tomó el nombre de “modelo asociativo de democracia” (sustantivo). Este autor defendió la idea de la constitucionalización de los derechos morales necesarios en las sociedades democráticas. Para él, si la democracia necesita para su existencia ciertas condiciones de pertenencia moral de los individuos hacia su comunidad, estas deberían ser extraídas del debate legislativo ordinario para darles un rango constitucional superior que las mantenga fuera de cualquier intento de reforma por parte de las mayorías. La introducción de cartas constitucionales debe hacerse, para dicho autor, en aras de proteger los derechos morales frente a mayorías que pueden socavar, en sus decisiones, dichas condiciones necesarias de democracia. Son esas mayorías, las que pueden poner en peligro aquellos principios claramente vinculados con la dignidad humana. De este modo, la única forma de tomarse en serio los derechos básicos de una democracia es sustrayéndolos del sentir mayoritario, a través de la adopción de cartas constitucionales que les otorguen mayor estabilidad pese al desacuerdo sobre estos⁸¹.

Dworkin concluye que el control jurisdiccional de la Constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y, por ende, de las condiciones que hacen posible a la democracia. Él mismo reconoce que esto supone un amplio margen discrecional en la interpretación e implica delegar poder en manos de los jueces; pero, para este autor, la democracia se funda en la igualdad de *estatus* y, por lo mismo, al garantizar la vigencia de la Constitución, los jueces fortalecen esta forma de gobierno⁸².

Linares opina, que el tratamiento que hace Dworkin es extremadamente cauteloso a tal punto que llega a la conclusión de que la democracia no insiste en que los

⁸¹ VIRGÜIZ RUIZ, S. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público*, 35, 2015, pp. 1-31, pp. 5-18. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub541.pdf

⁸² SALAZAR UGARTE, P. *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*. México, FCE III-UNAM, 2006, p. 222.

jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no la tengan, sin embargo, estima que esa conclusión es engañosa porque el autor realiza esfuerzos significativos para demostrar que la revisión judicial puede y merece ser defendida de una manera universal⁸³.

Es ciertamente inevitable que algún organismo deba tener la última palabra sobre el derecho que hay que hacer valer. Una decisión de la Suprema Corte sigue siendo una decisión jurídica, y debe tener en cuenta precedentes y consideraciones institucionales, como las relaciones entre la Corte y el Congreso, así como consideraciones de moralidad⁸⁴. La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene el poder de denegar hasta las decisiones más deliberadas y populares de otros departamentos del gobierno si cree que se oponen a la Constitución y, por lo tanto, tiene la última palabra⁸⁵.

Dworkin niega lo que muchos abogados y politólogos afirman: que el control de constitucionalidad es de manera inevitable y automática un defecto en la democracia. En su criterio, el éxito de la Corte Suprema gira en torno al carácter de las designaciones a ese cuerpo colegiado⁸⁶. Refiriéndose al futuro del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, Dworkin deja atrás el ideal del juez Hércules como posibilitador de la única y mejor respuesta posible frente al caso que tiene que resolver y deposita su esperanza en las características de los futuros jueces a designar expresando “¡Debemos mantener nuestros dedos cruzados!”⁸⁷.

A pesar de que Dworkin es partidario del control de constitucionalidad, admite que puede ser menos necesario en naciones donde las mayorías estables tienen un sólido historial de protección de la legitimidad de su gobierno mediante la identificación y el respeto adecuados de los derechos de individuos y minorías. Concluye, que no es posible

⁸³ LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 62.

⁸⁴ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2014, p. 278.

⁸⁵ DWORKIN, R. *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 15-16.

⁸⁶ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2014, p. 484.

⁸⁷ GIL DOMÍNGUEZ, A. *Derechos, racionalidad y última palabra*, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 115.

garantizar de antemano que el control de constitucionalidad hará o no hará de una comunidad mayoritaria una comunidad más legítima y democrática⁸⁸.

Como parte de sus aportes, Dworkin nos transmite la idea de que existe un vínculo importante entre la democracia y los derechos, debido a que, sin algunos de ellos, como el sufragio (voto) y la libertad de expresión, entre otros, cualquier ejercicio democrático no sería posible.

Para otro de los autores partidarios del control de constitucionalidad, Robert Alexy⁸⁹, este constituye la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a –o en contra de– la legislación parlamentaria. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución (concepto de contradicción como base lógica). Para este autor, el control de constitucionalidad (que representa un ejercicio de autoridad estatal) es esencialmente proposicional y, por lo tanto, argumentativo o discursivo. De ahí que un modelo democrático adecuado incluya no sólo decisión, sino también argumentación. De lo contrario sería meramente decisionista.

Bajo esta misma línea de pensamiento, Marinoni indica que el control de la ley a partir de los derechos fundamentales no significa que la jurisdicción tiene el poder de decir lo que el legislador debe hacer, sino que tiene el poder–deber de argumentar y convencer a la sociedad cuando surge la divergencia sobre si una decisión del legislador contradice un derecho fundamental⁹⁰.

Desde la perspectiva de Alexy, la existencia de una verdadera representación argumentativa requiere de argumentos buenos o plausibles, así como que un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección o sensatez (razonables). Por ello concluye:

⁸⁸ DWORKIN, R. *Justicia Para Erizos*. Traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2014, p. 483.

⁸⁹ ALEXY, R. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En: *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018, pp. 1-18, pp. 11-13.

⁹⁰ MARINONI, L. G. *Teoría General Del Proceso. Una Aplicación NeoConstitucional*. Traducción de Héctor Tulio Baires Flores, San Salvador, Editorial Cuscatleca, 2016, p. 425.

“...El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo. Si ello se da, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control...”⁹¹.

Para Luigi Ferrajoli, por su parte, la justicia constitucional se justifica como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De acuerdo con este reconocido autor italiano, democracia y estado de derecho expresan “quién” puede y “cómo” se puede decidir; “qué” se debe y “qué no” se debe decidir. La distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o sea, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre democracia política y estado de derecho en los ordenamientos modernos. Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, y sobre qué se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter del derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico⁹².

Conforme lo expone Ferrajoli, la noción de democracia formal o procedimental, se ha identificado atendiendo exclusivamente a las formas y los procedimientos idóneos para legitimar las decisiones como expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Se identifica a tenor del quién (el pueblo o sus representantes) y el cómo de las decisiones (el sufragio universal y la regla de la mayoría), con independencia de sus contenidos, es decir, del qué se decide. Apunta que, si bien esta noción formal expresa una *conditio sine qua non* en ausencia de la cual no cabe hablar de democracia, no es suficiente para identificar todos los elementos cuya presencia permite calificar a un sistema político de

⁹¹ALEXY, R. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En: *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018, pp. 1-18, pp. 17-18.

⁹²FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 857-858.

“democrático” y, especialmente, de “democracia constitucional”. Para ello se requiere que se integren límites y vínculos sustanciales o de contenido (que se identifican con lo que se puede llamar la *esfera de lo indecible*: la esfera de lo *no decidible que*, integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo *no decidible que no*, formada por los derechos sociales, que imponen como debidos las decisiones dirigidas a satisfacerlos), es decir, relativos al qué no es lícito decidir o no decidir, como son los impuestos en las constituciones actuales por los derechos fundamentales que las mismas establecen⁹³.

Bajo esta perspectiva, comenta Gil, aludiendo a Ferrajoli, que las funciones de gobierno (legislativas y administrativas) se han descrito como las que diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficacia y la utilidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales, presentando como fuente de legitimidad la representación política y el consenso. Por su parte, las funciones de garantía (representadas por la función judicial), presentan una naturaleza tendencialmente cognitiva, cuyos criterios de valoración y fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio, procurando garantizar los derechos, al fungir el Poder Judicial como un contrapoder respecto de los poderes políticos de la mayoría⁹⁴.

De lo expuesto se colige que entre las principales razones que se arguyen como respuesta ante quienes niegan la legitimidad de los órganos jurisdiccionales que realizan el control de constitucionalidad se encuentran:

-Si bien, los jueces que llevan a cabo el control de constitucionalidad no tienen una legitimación democrática directa, éstos ostentan una legitimidad democrática indirecta con igual o similar rango epistémico que la deparada por la directa.

-La legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que cumplen la labor de control de constitucional se vincula con un rol de tutela

⁹³ FERRAJOLI, L. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 27-29.

⁹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, A. *Derechos, racionalidad y última palabra*, Buenos Aires, Ediar, 2014, pp. 73-76.

o defensa de la democracia constitucional (límite a las mayorías y garante de las minorías⁹⁵).

-Los jueces cumplen una función técnica y están más capacitados que los representantes populares para hacer frente al desafío de garantizar eficazmente los derechos (más que el origen popular y electivo del nombramiento tiene relevancia la función que desempeña el órgano jurisdiccional) y controlar la actividad de los otros poderes estatales.

Sager⁹⁶, citado por Gil⁹⁷, expone tres rasgos epistémicamente destacables que presentan los jueces y los tribunales constitucionales. En primer lugar, son imparciales por cuanto: a) no son elegidos popularmente, y, por ello, no están vinculados indirectamente con los intereses inmediatos (personales o políticos) de los miembros de la comunidad política; b) están obligados por los criterios que definen la función jurisdiccional a invocar principios comparativamente generales y duraderos aplicables a una diversidad de circunstancias, con lo cual resultan afectados de varias y conflictivas maneras por los casos que deben resolver; c) están obligados a respetar principios que por su alcance temporal, geográfico o sustantivo abarcan áreas tanto de desinterés como de interés; en otras palabras, si se sintieran tentados a optar por principios favorables a los asuntos que les importan hoy, estarían obligados a considerar que esos mismos principios podrían operar poderosamente en su contra; y d) están desvinculados de los intereses de los miembros de la comunidad política por la ausencia de responsabilidad política continuada y también lo están respecto de sus proyectos inmediatos por las exigencias de la función judicial. En segundo lugar, cumple una función especializada y redundante. Su misión es identificar los fundamentos de la justicia política que son importantes y

⁹⁵ Gargarella comenta, que para los que sostienen que el poder judicial tiene un carácter contramayoritario, si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada. De ahí que se planteen la siguiente interrogante: ¿Quién protegería a tales minorías, si es que todo el sistema institucional se organizase de modo tal de complacer las apetencias mayoritarias? Véase: GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En R. Vázquez (Ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008, pp. 215-233, pp. 225-226.

⁹⁶ SAGER, L.G. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 201.

⁹⁷ GIL DOMÍNGUEZ, A. *Derechos, racionalidad y última palabra*, Buenos Aires, Ediar, 2014, pp. 134-135.

perdurables en un régimen constitucional y controlar la legislación y otros actos gubernamentales, a la luz de dichos estándares. Es redundante por cuanto intervienen después que los legisladores han considerado las consecuencias constitucionales de las opciones planteadas. En tercer lugar, desarrollan una suerte de “equilibrio reflexivo” que les permite moverse entre principios generales y casos específicos, en un proceso constante de ida y vuelta, con la finalidad de encontrar respuestas generales satisfactorias para fundamentar sus decisiones en una sucesión de casos. Tienen que establecer principios que den cuenta de manera razonable de las decisiones pasadas y definan una línea de acción atractiva para las decisiones futuras. Esta obligación de generalidad de la jurisdicción contribuye a crear entre los jueces una especie de imparcialidad funcional.

Habiendo brindado una aproximación de los modelos de control de constitucionalidad, y posteriormente presentado un recuento del debate sobre la legitimidad (o no) democrática del control judicial de las leyes, se procede a realizar un acercamiento de estos temas a las realidades de Italia y Costa Rica.

4. El Control de Constitucionalidad en Italia y Costa Rica⁹⁸

A continuación, se procede a hacer una breve exposición sobre el control constitucional de las leyes en Italia y Costa Rica a efectos de tener mayor claridad sobre algunas diferencias y similitudes entre ambos.

4.1. El Control de Constitucionalidad de las leyes en Italia

La Constitución italiana de 1948 se define como una Constitución rígida por la complejidad del procedimiento de revisión constitucional, regido por el artículo 138, que establece las formas necesarias para la adopción de leyes de revisión con el único límite del artículo 139, es decir, la imposibilidad de modificar la elección de la forma republicana⁹⁹.

⁹⁸ Debe tomarse en cuenta que, al comparar institutos, modelos, problemas y soluciones desde una perspectiva constitucional, resulta importante considerar la complejidad de las historias del constitucionalismo y de las relaciones geopolíticas entre sistemas jurídicos. En ese sentido: CARDUCCI, M. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 14(55), pp. 13-22, 2014, p. 15. Recuperado de <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/101/304>

⁹⁹ D’ALESSANDRO, C.A. *La Constitución Irreformable. Una Historia Italiana*, Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación, 2018, p. 24.

En el sistema jurídico italiano el órgano máximo de garantía de la Constitución republicana es la Corte Constitucional, y su existencia está íntimamente relacionada con el carácter rígido de la Carta fundamental. Esta asume dos papeles fundamentales característicos de la justicia constitucional: el control de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, y la definición de los conflictos entre los poderes del Estado y de los Entes territoriales de la República (los primeros conocidos como conflictos “interorgánicos”, y los segundos llamados “intersubjetivos”¹⁰⁰).

En Italia con posterioridad a la posguerra surgió, y aún se mantiene, lo que se denomina un modelo mixto. Se introdujo un control de constitucionalidad de las leyes al estilo europeo, con una Corte Constitucional *ad hoc* por fuera del poder judicial, pero con iniciativa difusa, lo cual desvirtuó el original modelo concentrado, pero dio nacimiento a un modelo mixto o si se quiere a una versión renovada del modelo concentrado, conocido como vía incidental, con un objetivo fundamental, adicional al ya conocido del control objetivo de constitucionalidad: la protección de los derechos fundamentales. En este modelo no existe acción directa de los ciudadanos ante la Corte Constitucional¹⁰¹.

La Corte Constitucional italiana aparece hoy como una versión modificada de un modelo diseñado en su momento por el famoso jurista Hans Kelsen, encontrando como uno de sus principales propulsores al famoso jurista Pietro Calamandrei¹⁰². La primera decisión se pronunció en 1956, teniendo a sus espaldas una experiencia suficientemente amplia que permite una reflexión de conjunto sobre toda su actividad¹⁰³.

¹⁰⁰ NICOTRA, I. La justicia constitucional en Italia. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 205-246, pp. 205-206.

¹⁰¹ VELANDIA CANOSA, E. Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 9-54, pp. 23-24.

¹⁰² GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 132-134).

¹⁰³ GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 2003, pp. 481-504, p. 482. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

Para Groppi¹⁰⁴, el sistema italiano se coloca dentro del modelo europeo: es, por tanto, concentrado, en cuanto se caracteriza por el privilegio del legislador. Es una jurisdicción especial “por razón de objeto”, llamada a vigilar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, los cuales son plenamente eficaces, y deben ser aplicados a todos, hasta que ese órgano especial no haya declarado su inconstitucionalidad. Sin embargo, el sistema contiene un importante elemento de carácter difuso, por cuanto corresponde a los jueces comunes el control de constitucionalidad de los otros actos normativos. Como elemento peculiar que lo connota en el ámbito del sistema europeo, distinguiéndolo de la original impostación kelseniana, es su carácter concreto: la vía normal para poner a las leyes bajo el juicio de la Corte Constitucional es la vía incidental: corresponde a los jueces comunes, en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. El alcance de las decisiones de la Corte Constitucional italiana no está plenamente en línea con el carácter concreto asumido por el juicio en la fase de su instauración. Mientras los pronunciamientos de rechazo tienen efectos *interpartes*, los estimatorios (*di accoglimento*) tienen alcances *erga omnes*, según lo establece el artículo 136 de la Constitución italiana¹⁰⁵, por lo que la ley declarada inconstitucional es eliminada del ordenamiento para todos con efectos *extunc*, automáticamente, sin alguna posibilidad para la Corte Constitucional de diferir los efectos de la decisión, o de circunscribirlos en el tiempo y en el espacio¹⁰⁶.

Dentro lo que corresponde a la legitimación procesal para plantear procesos ante la Corte Constitucional, se tiene que ello se realiza por medio de la vía incidental, a través de los jueces en casos concretos, es decir, por medio de la consulta judicial de constitucionalidad. Esta vía tiene dos vertientes: una primera en que, de oficio, el juez

¹⁰⁴ GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 2003, pp. 481-504, pp. 488-490. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

¹⁰⁵ De acuerdo con dicha disposición “cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”.

¹⁰⁶ GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 2003, pp. 481-504, pp. 488-490. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

suspende la tramitación del proceso si considera que alguna norma que debe aplicar en el caso concreto está viciada de inconstitucionalidad. En tal supuesto, realiza la respectiva consulta de constitucionalidad ante la Corte y, una segunda, mediante la cual una parte del proceso plantea el asunto de constitucionalidad ante el juez, el cual, luego de valorar si el asunto no es manifiestamente infundado, suspende la tramitación del proceso y lo eleva ante la Corte. En ambos casos, la consulta ante la Corte debe ser debidamente motivada. En Italia están legitimados para actuar directamente ante la Corte, sin necesidad de la existencia de un caso concreto, los órganos gubernamentales de las Regiones cuando consideren que una ley nacional o regional invade la esfera de sus competencias constitucionalmente garantizadas y el gobierno central cuando impugne una ley regional por considerarla inconstitucional. Lógicamente, en los casos de conflicto de atribuciones, cualquiera de los órganos involucrados en el conflicto está legitimados para plantear la cuestión ante la Corte Constitucional. En tratándose del examen de constitucionalidad sobre la admisibilidad de la solicitud de referendos abrogativos de la ley, la Corte actúa de oficio. Sin embargo, durante el proceso le confiere traslado al representante de los firmatarios y al gobierno. Finalmente, en el caso de acusaciones contra altos dignatarios, la legitimación procesal corresponde al Parlamento¹⁰⁷.

Italia ha optado por un sistema que ha sido definido como “mixto”. La decisión sobre la compatibilidad o no de la ley o del acto con fuerza de ley con la Constitución corresponde a un órgano centralizado (la Corte Constitucional), pero se reconoce un papel de importancia decisiva al juez, el cual tiene la tarea de abrir la puerta de acceso a la Corte a través de un acto (auto de remisión) que tiene su origen en el proceso particular que se está desarrollando ante el mismo.

El Título VI de la Parte II de la Constitución, denominado “garantías constitucionales”, en la Sección I, describe las competencias de la Corte Constitucional. En particular, el artículo 134 atribuye a la Corte Constitucional: el control de las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley, el Estado y las regiones; los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y los

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ VALLE, R. La Corte Constitucional Italiana. *Revista Judicial*, 120, 2017, pp. 27-37, pp. 28-29. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/03corteitaliana.pdf

que existen entre el Estado y las regiones, y entre las regiones; así como las acusaciones contra el Presidente de la República, de conformidad con la Constitución¹⁰⁸.

Como parte de los elementos que integran el estatuto constitucional interesa destacar el número de jueces que componen el pleno, los órganos encargados de la designación, el procedimiento de designación, los requisitos de elegibilidad o nominación y la duración en el cargo.

El artículo 135 de la Constitución italiana establece:

“El Tribunal Constitucional estará integrado por quince jueces, un tercio de los cuales nombrado por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y un tercio por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas. Los magistrados del Tribunal Constitucional se elegirán entre los magistrados, incluidos los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedráticos universitarios de disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional. Los magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por un mandato de nueve años, que empezará para cada uno de ellos el día de su juramento, y no podrán ser nuevamente designados. Al finalizar su mandato, el magistrado constitucional cesará en su cargo y en el ejercicio de sus funciones. El Tribunal elegirá entre sus miembros, de conformidad con las normas establecidas por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración de su cargo como juez. El cargo de magistrado del Tribunal será incompatible con el de miembro del Parlamento y de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier otro cargo y oficio determinados por la ley. En el juicio de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los magistrados ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros escogidos por sorteo de una lista de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegidos senadores que el Parlamento redactará cada nueve años mediante elección según

¹⁰⁸ NICOTRA, I. La justicia constitucional en Italia. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 205-246, p. 208.

*las mismas modalidades establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios”.*¹⁰⁹

Se afirma que el sistema de nombramientos es fruto de un delicado equilibrio, el cual busca armonizar sus diferentes exigencias: asegurar que los jueces sean imparciales e independientes; garantizar el necesario nivel de competencia técnico-jurídica y llevar a la Corte varias competencias y experiencias de diferentes culturas y sensibilidades. La elección de los magistrados llevada a cabo por el Presidente de la República es discrecional, es decir, no se realiza ningún concurso o convocatoria. Por su parte, el nombramiento de los jueces que debe llevar a cabo el Parlamento debe realizarse en sesión común de las dos Cámaras “Camera de Diputados y Senado” con mayoría calificada (la votación es secreta y requiere una mayoría calificada de los miembros presentes en los primeros tres escrutinios y de las tres quintas partes de los componentes en los siguientes). La elección del tercio restante corresponde a la Magistratura -Poder Judicial- entre jueces de algunas de las “*supreme magistrature*” (tres de la Corte de Casación, uno del Consejo de Estado y uno de la Corte de Cuentas)¹¹⁰.

Los requisitos para poder ser nombrado juez constitucional son ser magistrado, incluidos los jubilados, perteneciente a las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio. Si bien, no existe un límite mínimo o máximo de edad para el nombramiento, los requisitos establecidos conllevan que se nombren personas con cierta madurez académica y profesional, siendo los jueces más jóvenes en ser nombrados

¹⁰⁹ Nicotra indica que, según lo previsto por el proyecto de reforma constitucional italiana aprobado en el doble debate por ambas Cámaras del Parlamento y sometido al voto de los ciudadanos con referendum constitucional el mes de octubre de 2016, se modifica en parte el modo de elección de los jueces de la Corte. A saber, el artículo 135 versión modificada, se reformula con el fin de disponer que la Corte Constitucional está compuesta por quince jueces, de los cuales un tercio son nombrados por el Presidente de la República, otro tercio por la Suprema Magistratura ordinaria y administrativa, tres por la Cámara de Diputados y dos por el Senado. Por lo tanto, la disposición difiere de la normatividad vigente ya que los cinco jueces constitucionales, actualmente designados por el Parlamento en sesión conjunta, serían designados por separado, precisamente tres por la Cámara de Diputados y dos por el Senado. (Nicotra, 2017, p. 210). Véase: NICOTRA, I. La justicia constitucional en Italia. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 205-246, p. 210.

¹¹⁰ MIRANDA BONILLA, H. La Corte Constitucional Italiana. Estructura y funcionamiento. *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, (1), 2019. Recuperado de https://cr.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=819d900a46309e823320b1aca1052a5c#indice_0

Bonifacio (40 años), Sandulli (41 años), Cassandro (43 años), Paladin (44 años) y entre los de más edad se puede citar a De Nicola y Modugno (78 años), Barbera (77 años), Grossi y Vassalli (76 años), algunos de los cuales se encontraban jubilados al momento en que fueron elegidos. El período de nombramiento es de nueve años, el cual empezará a contabilizarse desde el día del juramento, sin posibilidad de reelección¹¹¹. La duración del período es superior a la de cualquier otro mandato previsto en la Constitución (los integrantes de las dos Cámaras –Senado y Cámara de Diputados– son elegidos por cinco años, el Gobierno dura al máximo una legislatura, es decir, cinco años, el Presidente es elegido por siete años) con lo cual se tiende a asegurar la independencia de los jueces, incluso de los órganos políticos que lo designaron¹¹².

La duración del mandato de los jueces constitucionales se ha establecido en nueve años, que para cada uno comienza a correr a partir del día del juramento, sin que exista la posibilidad de ser nuevamente nominado. Antes de asumir funciones, los jueces de la Corte deben prestar el juramento de observar la Constitución y las leyes frente al Presidente de la República, con la presencia de los presidentes de las dos cámaras del Parlamento. La adjudicación del mandato y la antigüedad de los jueces se computan a partir de la fecha del juramento¹¹³.

Pegoraro resume muy bien el estatuto del juez constitucional en Italia. Dicho autor apunta que la Asamblea Constituyente se orientó a favor de la creación de un órgano *ad hoc*, conectado con el Parlamento y con el presidente de la República, llamados a elegir o a nombrar dos tercios de los integrantes, mientras que el tercio restante lo eligen la supremas magistraturas ordinaria y administrativa, para un total de quince jueces con mandato de nueve años. La mayoría requerida en el Parlamento en sesión conjunta es de dos tercios de la asamblea en los primeros tres escrutinios, después la mayoría exigida es de tres quintos. La duración del mandato de cada juez (nueve años) y la prohibición de la

¹¹¹ Con la reforma constitucional de 1967, el período del nombramiento originariamente de 12 años, pasó a ser 9 años como se mantiene en la actualidad.

¹¹² MIRANDA BONILLA, H. La Corte Constitucional Italiana. Estructura y funcionamiento. *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, (1), 2019. Recuperado de https://cr.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=819d900a46309e823320b1aca1052a5c#indice_0

¹¹³ ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 214.

reelección se combinan para garantizar su independencia, junto con las garantías del órgano y de sus componentes, los requisitos técnicos y profesionales previstos. El modelo italiano ha sido imitado en muchos países¹¹⁴.

Otro punto de interés lo constituye los efectos de las sentencias que disponen la inconstitucionalidad. Sobre dicho extremo, el numeral 136 de la Constitución italiana establece:

“Cuando el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de una norma con fuerza de ley, dicha norma dejará de surtir efecto a partir del día siguiente a la publicación de su resolución. La resolución del Tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, si lo consideraran necesario, actúen con arreglo a las formas previstas por la Constitución”.

Con respecto a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional italiana en los casos de control de constitucionalidad, Hernández expone que dichas resoluciones tienen una naturaleza *sui generis*. No son ni declarativas, en cuyo caso tendrían efectos retroactivos como en el sistema norteamericano, ni constitutivas, en cuyo caso tendrían sólo efectos futuros como en Austria, sino que su naturaleza jurídica se ha definido como de *“accertamento costitutivo”*. En principio, según el artículo 136 citado, las leyes y actos con valor de ley declarados inconstitucionales pierden su eficacia el día sucesivo a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Desde este punto de vista, se trata de sentencias constitutivas porque anulan la norma declarada inconstitucional, pero no declaran su nulidad absoluta *ab initio*. Por tanto, en principio, surten efectos prospectivos. Sin embargo, tales sentencias también producen efectos retroactivos directos respecto del caso o de los casos en que se planteó la inconstitucionalidad de la norma anulada. Asimismo, se considera que los casos surgidos al amparo de la normativa declarada inconstitucional, estarían también cubiertos por la declaratoria de inconstitucionalidad. Para atemperar esta retroactividad parcial, se ha creado la teoría de las relaciones extinguidas, según la cual la retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad no afecta los actos jurisdiccionales pasados en autoridad de cosa juzgada material; los actos administrativos que haya adquirido carácter de intangibilidad y otros actos que no son posibles de ser modificados ni extinguidos judicialmente con base en las sentencias de la

¹¹⁴ PEGORARO, L. Control jurisdiccional vs. control político. La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 2019, pp. 43-86, p. 65. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73076>

Corte Constitucional. Finalmente, se incluyen también los derechos adquiridos y aquellos actos generadores de relaciones que, conforme a la ley, se encuentran prescritos¹¹⁵.

No se puede concluir este apartado sin mencionar lo que quizás constituye el principal aporte de la Corte Constitucional de Italia al desarrollo de la justicia constitucional: la tipología de sentencias¹¹⁶.

Los órganos de justicia constitucional cuentan por lo general con una articulada tipología de decisiones que permite al juez constitucional modular y variar el impacto político de las mismas sentencias, que se vuelven instrumento utilizado con diferente ductilidad según el grado de injerencia dentro de la esfera discrecional del legislador que el juez mismo quiere alcanzar¹¹⁷.

En Italia, las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la Constitución y son indisponibles por la corte. Combinándose con el carácter *erga omnes* de los pronunciamientos, tal indisponibilidad genera cuestiones de no fácil solución, como se comprende cuando se considera que toda decisión de anulamiento, eliminando las normas inconstitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo. Esto en numerosos casos (cuando el respeto de la Constitución no exige la eliminación de la norma legislativa sino la sustitución con otra que tenga un contenido conforme con la Constitución misma) no cierra el problema de constitucionalidad, sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo-creativo para reparar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito corte-jueces-Parlamento, del resultado de su acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la corte. A partir de tales premisas normativas, el intento realizado por la Corte Constitucional italiana en más de cincuenta años de experiencia ha sido el de modular el impacto de sus propias decisiones.

¹¹⁵ HERNÁNDEZ VALLE, R. La Corte Constitucional Italiana. *Revista Judicial*, 120, 2017, pp. 27-37, p. 28. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/03corteitaliana.pdf

¹¹⁶ En atención a la extensión de este trabajo, no se ahondará en esta temática, lo cual quedará para una posterior investigación.

¹¹⁷ MEZZETTI, L. (2009). Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales de Chile*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 281-300, p. 292. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>

La corte ha intentado continuar el desarrollo, sin abdicar, de su tarea de asegurar la supremacía de la Constitución, pero al mismo tiempo de: a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador¹¹⁸.

Italia continúa formando parte del área del *civil law*, pero han aumentado las relaciones con el área del *common law*, y en particular con la cultura jurídica inglesa y norteamericana, provocando un amplio acercamiento entre las dos culturas jurídicas que se manifiesta hoy en muchos aspectos de funcionamiento de las instituciones italianas¹¹⁹.

Las líneas de tendencia que surgen en los últimos años en la jurisprudencia constitucional italiana van en el sentido del reconocimiento de un espacio siempre más amplio a los jueces comunes, que enfila al sistema de justicia constitucional italiano en la dirección de los modelos difusos. Para Groppi, si en los primeros años de vida de la Constitución parecía indispensable poder disponer de un juez especial para el legislador, y era muy fuerte la desconfianza hacia la sensibilidad constitucional de los jueces comunes, hoy es justamente el juez especial, la Corte Constitucional, quien vuelve a llamar al juego a los jueces comunes, reconociéndoles una posición bastante más relevante que la diseñada por el modelo normativo. El juez es el “portero” de la Corte Constitucional, en un sistema desprovisto del recurso directo de los ciudadanos como es el italiano. Por el contrario, la Corte Constitucional ha terminado por reconocer a los jueces comunes una importante posición en la fase “descendente”, en la aplicación de sus propias decisiones y, más en general, de la Constitución: la corte ha llamado a los jueces a ejercer directamente el control de constitucionalidad de las leyes, con el único límite de la imposibilidad de desaplicar directamente (es decir, sin recurrir antes a la Corte Constitucional) la ley inconstitucional¹²⁰.

¹¹⁸ GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 2003, pp. 481-504, p. 491. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

¹¹⁹ PIZZORUSSO, A. Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos. *Revista Judicial*, 118, 2016, pp. 11-32, p. 19. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/02_archivo.pdf

¹²⁰ GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,

4.2. El Control de Constitucionalidad de las leyes en Costa Rica

De acuerdo con el historiador costarricense Arias Castro¹²¹, el 19 de marzo de 1812, se emitió la pionera Constitución Política de la Monarquía Española o comúnmente llamada Constitución de Cádiz, la cual implicó una doble significancia, ya que, por una parte, fue la primera Constitución de la historia española, indiana (americana) y costarricense, mientras que, por otro lado, se erigió en la primera norma de su tipo en llevar el nombre formal de Constitución Política. En Costa Rica, dicha Constitución entró en vigencia formal en noviembre de 1812, estableciéndose en su artículo 372 el antecedente más antiguo del actual Control de Constitucionalidad (el POLÍTICO en concreto), el cual se asignó al órgano de las Cortes al señalar:

“...Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que la hubieran contravenido...”.

Bajo el panorama jurídico anglosajón [habiéndose emitido en 1803 la pionera sentencia del caso *Marbury vs. Madison* en Estados Unidos de América (que originó la llamada *Judicial Review*, en virtud de lo cual, se estableció el llamado Control Judicial de Constitucionalidad] cuando las cinco naciones centroamericanas aprobaron la denominada Constitución de la República Federal de Centroamérica (noviembre, 1824), se mantuvo el tradicional Control Político de Constitucionalidad¹²² al determinarse:

“...Art. 99.- El Senado Federal cuidará de sostener la Constitución, velará sobre el cumplimiento de las leyes generales y sobre la conducta de los funcionarios del Gobierno Federal...”.

Ahora bien, por vez primera en la historia de Costa Rica se agregó un Control Judicial de Constitucionalidad al consignarse:

36(107), 2003, pp. 481-504, pp. 501-502. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

¹²¹ ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. Revista Judicial, 2019, 127, pp. 183-202, p. 189. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

¹²² ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. Revista Judicial, 2019, 127, pp. 183-202, p. 190. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

“...Art. 136.- La Suprema Corte de Justicia conocerá en última instancia, con la limitaciones y arreglo que hiciere el Congreso, de los casos emanados de la Constitución, de las leyes generales, de los tratados...”.

Sin embargo, ese doble Control de Constitucionalidad se aplicaba únicamente en aquellas situaciones donde las cinco naciones centroamericanas estuvieran involucradas a nivel federal. Pues, como es propio de un sistema político-normativo de esa índole, además de una Constitución Política en general, cada uno los cinco países emitieron su propia Constitución Política interna. Situación que en el caso costarricense aconteció con la entrada en vigencia de la llamada Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica (enero, 1825), en cuyo articulado se mantuvo el Control Político de Constitucionalidad, ya que se estipuló:

“...Art. 55, inc. 5.- El Congreso velará por el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares...”.

A lo anterior se unió la *sui generis* creación de un llamado Poder Conservador, el cual, bajo el nombre de Consejo y con atribuciones similares a las de un Senado, instituyó por primera vez el Control de Constitucionalidad *a priori* en la historia costarricense, pues sus miembros debían:

“...Art. 68, inc. 1º.- Dar o negar la sanción de toda ley, resolución legislativa decreto del Congreso. Inc. 5º.- velar sobre el cumplimiento de la Ley Fundamental y demás del Estado y dar cuenta al Congreso de las infracciones que advierta o se le informen...”¹²³.

Según lo expone Jurado¹²⁴, con excepción de la Ley de Bases y Garantías y la Constitución de 1848, todas las constituciones costarricenses dictadas a partir de la Federal de 1824, y hasta la de 1871, consignaron el control de constitucionalidad como control político ejercido por el poder legislativo.

Aunque en la Constitución de 1871 se reconoció al Texto Fundamental el carácter de norma suprema, en un principio el control de constitucional únicamente se planteó como un control político, de oportunidad, ejercido por el parlamento. No fue sino hasta el año 1890 que los jueces ordinarios comenzaron a ejercer el control de

¹²³ ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. Revista Judicial, 2019, 127, pp. 183-202, pp. 190-191. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

¹²⁴ JURADO FERNÁNDEZ, J. *Jueces y Constitución en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 2003, p. 18.

constitucionalidad de las normas, en aplicación del *judicial review* y el método difuso de control, de modo bastante similar a como se desarrollaba en los Estados Unidos de América. Así, en este período el método difuso de control de constitucionalidad convivió con el control político que había sido encomendado al Parlamento, de acuerdo con el artículo 132 de la Constitución de 1871¹²⁵.

A partir del desarrollo doctrinario del Derecho en el siglo XX, con especial atención a uno de sus más importantes exponentes, Hans Kelsen, en 1934, postuló la imperiosa necesidad de que el Control de Constitucionalidad fuera ejercido en exclusiva por un solo órgano judicial, en concreto por un Tribunal Constitucional (lo cual logró en su país y del que formó parte entre 1921 y 1930), siendo conocido en años posteriores como el fundador de una nueva disciplina jurídica: el Derecho Procesal Constitucional. En ese sentido, dichos planteamientos empezaron a ser adoptados en Costa Rica cuando dos nuevas normativas entraron en vigencia. Así, por una parte, estuvo una reforma que se hizo al entonces vigente Código de Procedimientos Civiles de 1933 y que comenzó a regir en 1938¹²⁶, al determinarse:

“...Art. 962.- Del Recurso de Inconstitucionalidad. Las demandas para que se declare la inaplicabilidad de un ley, decreto, acuerdo o resolución por considerarlos contrarios a una disposición constitucional, serán presentadas en la Secretaría de la Corte, tramitadas por el Presidente de la Corte Plena y resueltas por ésta con la concurrencia de todos sus miembros...”

Mientras que, de forma paralela se aprobó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (1938), en donde se dispuso:

*“...Art. 8.- No podrán los funcionarios que administran justicia aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones que sean contrarios a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena...”*¹²⁷.

¹²⁵ JURADO FERNÁNDEZ, J. *Jueces y Constitución en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 2003, pp. 22-23.

¹²⁶ Esta reforma otorgó a la Corte Plena la facultad de declarar, con carácter de monopolio y con votación de al menos dos tercios de la totalidad de los magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos o las resoluciones gubernativas. En ese sentido: OROZCO SOLANO. V. *Justicia Constitucional y Convencional*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2017, p. 38.

¹²⁷ ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. Revista Judicial, 2019, 127, pp. 183-202, p. 195. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

A partir de este momento histórico, el ordenamiento jurídico costarricense contó, de modo pionero, con un mecanismo que, bajo el nombre de Recurso de Inconstitucionalidad, sirviera para eliminar cualquier norma o acto que contraviniera a la Constitución Política, lo cual se materializó, por vez primera, con la emisión de la sentencia de inconstitucionalidad respecto al llamado caso Saborío contra Tinoco (1938). Asimismo, la aplicación de este nuevo modelo le fue asignada a la Corte Plena, es decir, a la conjunción de los magistrados, ya que en el caso de que estos determinaran que una legislación o similar era inconstitucional, esta era inmediatamente derogada del ordenamiento jurídico. No obstante, de forma inconveniente, las dos normativas de 1938 presentaron la misma situación de inferioridad jerárquica que ya se había presentado en 1888, pues no se derogó el Control Político de Constitucionalidad vigente en el artículo 73 de la Constitución Política de 1871. Aspecto que resultaba absolutamente contradictorio con los fines que pretendía el recién creado Control concentrado de Constitucionalidad. Empero, la irracional situación antes descrita se mantuvo apenas vigente por once años, pues fue a raíz de la positividad de la Constitución Política de noviembre de 1949 (vigente), cuando finalmente se eliminó el Control Político de Constitucionalidad, a lo que se unió la elevación, a rango constitucional, del Control Concentrado de Constitucionalidad, al establecerse en el artículo 10 de la actual Constitución Política:

“...Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas [...] Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, con votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo...”¹²⁸.

En agosto de 1989, se emitió la Ley N° 7128, Reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, disponiéndose en el primer ordinal:

“...Art. 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...”.

Desde ese momento histórico se instauró en Costa Rica un Control Concentrado de Constitucionalidad a través de un Tribunal especializado “intra-Corte”, es decir, que se

¹²⁸ ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. Revista Judicial, 2019, 127, pp. 183-202, p. 196. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

encuentra dentro de la Corte Suprema de Justicia. Se denomina Sala Constitucional (popularmente conocida como “Sala Cuarta”)¹²⁹.

En ese mismo momento histórico, el Congreso aprobó la Ley N° 7135 (octubre, 1989), Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuyo texto se determinó:

“Artículo 2. Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público.

ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan”.

“Artículo 4. La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política...”.

De forma sintética puede afirmarse que incluso antes de su inicio como nación autónoma, el territorio costarricense contó desde 1812 con un mecanismo que permitió la vigilancia y el resguardo de su primera Constitución Política, lo cual se erigió en el punto de comienzo de la aplicación del Control de Constitucionalidad. Dicho mecanismo de control (político) no sufrió menoscabo tras la independencia en 1821, pues se mantuvo incólume en las Constituciones Políticas decimonónicas hasta que, tras un lógico desarrollo jurídico, se conceptuó la necesidad de que dicha función fuese ejercida por órganos jurisdiccionales, tal y como ocurrió con la trascendente reforma que se verificó en 1888, cuando una nueva Ley Orgánica de Tribunales encomendó también a las personas funcionarias judiciales dicha fiscalización. No obstante, no se derogó el control político preexistente, por lo que se mantuvieron vigentes ambas formas de Control de Constitucionalidad por el resto del siglo XIX y varios lustros del siguiente siglo. Con posterioridad y, sobre todo, por el influjo de nuevas teorías jurídicas, el citado control

¹²⁹ Tomando en cuenta que en Costa Rica existían las denominadas salas I, II y III, la población la comenzó a concebir -hasta la fecha- a la Sala Constitucional como “la IV”. En el año 2019, se conmemoró a nivel nacional dos fechas de gran importancia, el 70 aniversario de la promulgación de la Constitución Política y el 30 aniversario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

(judicial) terminó por imponerse a su similar político, lo cual sucedió primero a nivel normativo (1938) y luego a nivel constitucional (1949)¹³⁰.

Tal y como lo expone Jurado, la decisión de adoptar el control de constitucionalidad en sí mismo, optando entre control político o jurídico de constitucionalidad, es una decisión de diseño del Estado. En el caso costarricense, se pasó de un control político de constitucionalidad a un control jurídico de constitucionalidad. A su vez, dentro de este último se pasó de un control residenciado en los jueces como parte del ejercicio de la función jurisdiccional a un control ejercido por un solo órgano, la Corte Plena para terminar en una Sala especializada de esa Corte, que es como funciona actualmente¹³¹.

El sistema de control concentrado inaugurado en 1937 rigió hasta 1989, cuando con la reforma al artículo 10 de la Constitución y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se produjo un nuevo rediseño del sistema consistente en acercarse más al modelo europeo a partir del carácter concentrado del sistema. Esto se logró con la creación de una sala especializada en la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional, creación que equivalió al establecimiento de un tribunal constitucional, solo que, a diferencia del modelo europeo, formando parte de la estructura del poder judicial¹³².

Se dice que son varias las características que el sistema costarricense, creado a partir de 1989, comparte con el modelo europeo. Por ejemplo, cuenta con un proceso prejudicial (consulta judicial de constitucionalidad) mediante el cual el juez puede

¹³⁰ ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. *Revista Judicial*, 2019, 127, pp. 183-202, pp. 199-200. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

¹³¹ JURADO FERNÁNDEZ, J. La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial. *Revista de la Sala Constitucional*, 1, 2019, 181-197, p. 182. Recuperado de [https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20\(1\).pdf](https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20(1).pdf)

¹³² JURADO FERNÁNDEZ, J. La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial. *Revista de la Sala Constitucional*, 1, 2019, 181-197, p. 186. Recuperado de [https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20\(1\).pdf](https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20(1).pdf)

someter a consideración de la Sala Constitucional sus dudas sobre la constitucionalidad de una ley o norma que deba aplicar a un asunto concreto. Al igual que los tribunales constitucionales europeos, la Sala Constitucional, además del control de constitucionalidad, ejerce la protección y tutela de los derechos fundamentales por medio de un recurso sumario, el recurso de amparo. Finalmente, la Sala Constitucional, también conoce de procesos distintos al control de constitucionalidad y la tutela de derechos fundamentales, como son los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, y entre estos y demás órganos estatales. La naturaleza abstracta del juicio de constitucionalidad, propio de los tribunales constitucionales del modelo europeo, está muy ligada a la última característica que también comparte la Sala Constitucional con estos tribunales. Se trata de los efectos de sus sentencias. Es común en el sistema europeo de control de constitucionalidad que los tribunales constitucionales declaren la inconstitucionalidad de las normas y dispongan su nulidad eliminando la norma del ordenamiento jurídico, lo cual le da efectos *erga omnes*¹³³, con efectos *ex tunc*, como ocurre en el sistema costarricense.

El modelo de justicia constitucional de Costa Rica es totalmente concentrado. En atención a lo estipulado en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, así como el numeral 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el ordinal 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le corresponde a la Sala Constitucional, conocer todos los asuntos relacionados con el control de constitucionalidad de las leyes (que puede ser desarrollado de previo a la entrada en vigor de la norma jurídica, o *a posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales que puede plantear cualquier juez), los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el *habeas corpus* para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo¹³⁴ para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental previstos en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de

¹³³ JURADO FERNÁNDEZ, J. La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial. *Revista de la Sala Constitucional*, 1, 2019, 181-197, pp. 187-188. Recuperado de [https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20\(1\).pdf](https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20(1).pdf)

¹³⁴ A diferencia del sistema de justicia constitucional italiano, en el cual no se ha diseñado un procedimiento particular o específico ante la Corte de Constitucionalidad para la defensa de los derechos fundamentales, en el caso de Costa Rica se ha establecido el denominado recurso de amparo.

derechos humanos aplicables en la República y, finalmente, los conflictos de competencia que se susciten entre los Poderes del Estado.

Dentro de la noción del estatuto de los jueces constitucionales que interesa resaltar se encuentra el número de jueces que integran la Sala Constitucional, el procedimiento de designación, el órgano encargado de elegir a sus miembros, los requisitos de elegibilidad y la duración en el cargo.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) *“La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios¹³⁵ y doce suplentes¹³⁶, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución...”*.

El numeral 121 inciso 3) de la Constitución Política (CP) establece como una de las atribuciones de la Asamblea Legislativa (la cual se encuentra conformada por 57 diputados) *“Nombrar los Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia”*, siendo que el ordinal 158 de la Constitución se refiere a la elección de los Magistrados propietarios de las cuatro salas de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas, la Constitucional. Al respecto señala:

“Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por un período de ocho años y por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En el desempeño de sus funciones, deberán actuar con eficiencia y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes serán llenadas para períodos completos de ocho años”.

La Sala Constitucional debe contar al menos con doce magistrados suplentes, que sustituyen a los titulares en su ausencia o excusa de conocer un determinado caso y son nombrados por un período de cuatro años por la Asamblea Legislativa (artículo 62 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), los cuales, en palabras de Hernández, son elegidos de ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia al Órgano parlamentario, siendo que,

¹³⁵ Esa misma cantidad de Magistrados propietarios se indica en el artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

¹³⁶ Este mismo número de Magistrados suplentes se establece en el ordinal 62 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

en la praxis, ellas están integradas por abogados recomendados directamente por la Sala Constitucional¹³⁷.

Según lo expone Miranda, tanto los magistrados titulares como suplentes tienen la posibilidad de reelegirse. En su estructura existe un Presidente, una Secretaría General, un grupo de letrados y auxiliares que apoyan a los jueces constitucionales. Por otra parte, el quórum para sesionar es de siete Magistrados debiendo existir una mayoría de titulares sobre todo cuando se analizarán asuntos complejos o en aquellos casos en donde se pretende cambiar una tesis jurisprudencial. Los asuntos son discutidos por el pleno en sesión privada con base en un proyecto de sentencia que elabora el magistrado ponente. La sentencia se emite por mayoría simple de los integrantes. Además, el juez constitucional de manera razonada puede salvar el voto o incluir una nota separada o razones adicionales, las cuales se incorporarán al texto de la resolución final¹³⁸.

El artículo 159 de la Constitución Política regula los requisitos para ser magistrado. Dicho numeral dispone:

“Para ser Magistrado se requiere: 1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento; 2) Ser ciudadano en ejercicio; 3) Ser del estado secolar; 4) Ser mayor de treinta y cinco años; 5) Poseer el título de Abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años. Los Magistrados deberán, antes de tomar posesión del cargo, rendir la garantía que establezca la ley”.

La Sala Constitucional puede realizar un control de constitucionalidad¹³⁹ preventivo *a priori* (con anterioridad a la promulgación de la normativa a través de las

¹³⁷ HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2017, p. 251.

¹³⁸ MIRANDA BONILLA, H. La Sala Constitucional de Costa Rica: composición, funciones y organización interna. En *La tutela dei diritti fondamentali: esperienze a confronto*, Pisa, Pisa University Press, 2019, pp. 253-266. p. 258.

¹³⁹ Al dictar las sentencias constitucionales, los Magistrados tienen plena libertad para emitir votos disidentes, en los que se apartan de la opinión de la mayoría del colegio. Tales votos u opiniones disidentes quedan constando en la respectiva sentencia. Véase en ese sentido: HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2017, p. 275.

consultas legislativas de constitucionalidad) y *a posteriori* a través de las consultas judiciales de constitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad.

En lo que se refiere a las consultas legislativas de constitucionalidad, cabe indicar que existen dos tipos reguladas en los numerales 96 a 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

La primera de esas consultas es la denominada “preceptiva” y es la planteada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, cuando se trata de proyectos de reformas constitucionales o a la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), así como aquellos proyectos de ley tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. El segundo tipo de consulta es denominada “facultativa”, y por medio de ella un grupo de al menos diez diputados, puede solicitar a la Sala Constitucional su opinión previa de los proyectos legislativos a efecto de corroborar que no infringe el Derecho de la Constitución; además dispone la obligación de consultar a la Sala en relación con otros proyectos de ley. Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes también podrán plantear una consulta, en los casos previstos por dicho numeral¹⁴⁰.

Dentro del control de constitucionalidad *a posteriori* se encuentra la consulta judicial, regulada en los artículos 102 a 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en que se atribuye al Juez ordinario la facultad de plantear la consulta en aquellos casos en que tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. En estos casos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos que los de una acción.

Por su parte, la acción de inconstitucionalidad ha sido prevista en los artículos 73 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

¹⁴⁰ MIRANDA BONILLA, H. La Sala Constitucional de Costa Rica: composición, funciones y organización interna. En *La tutela dei diritti fondamentali: esperienze a confronto*, Pisa, Pisa University Press, 2019, pp. 253-266. pp. 260-261.

El ordinal 73 estipula:

“Cabr  la acción de inconstitucionalidad:

- a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.*
- b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.*
- c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.*
- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.*
- d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.*
- e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.*
- f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas”.*

El numeral 74 de esa misma ley niega la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.

El artículo 75 de la LJC, se refiere a la legitimidad para interponer la acción de inconstitucionalidad, estableciendo que la puede ejercer el legitimado directo, en ocasiones por acciones abstractas o populares, así como también por acciones orgánicas. Como se adelant , Costa Rica también recoge alguna clase de cuestión de constitucionalidad (consulta judicial).

A criterio del actual Presidente de la Sala Constitucional, Fernando Castillo, este panorama refleja que la jurisdicción constitucional costarricense es una de las más

accesibles del mundo, lo que conlleva que de forma permanente se esté solicitando su intervención¹⁴¹.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad¹⁴² y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producen cosa juzgada y eliminan la norma o acto del ordenamiento; también declararán la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados (artículos 88 y 89 de la LJC).

Con respecto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el numeral 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales”.

Si la Sala Constitucional considera al resolver la acción que la norma impugnada es inconstitucional bien puede expulsarla del ordenamiento con efectos *ex tunc*, declarativos y retroactivos, no obstante, también está facultada para dimensionar en el tiempo los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad, si así lo requiere el asunto que se trate¹⁴³.

De acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las sentencias de la Sala Constitucional deben ser motivadas y no cabe recurso contra ellas (artículo 11). A su vez, la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma (numeral 13).

¹⁴¹ CASTILLO VÍQUEZ, F. La doctrina de la cuestión política una herramienta para revertir el proceso de la judicialización de la política en Costa Rica. *Revista Judicial*, 120, 2017, pp. 85-109, p. 87. Recuperado de <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/07ladoctrina.pdf>

¹⁴² El artículo 10 de la Constitución Política establece que la declaratoria de inconstitucionalidad debe darse por mayoría absoluta de los miembros de la Sala.

¹⁴³ OROZCO SOLANO, V. La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada: los casos de Alemania, Italia, España y Costa Rica. *Revista Judicial*, 115, 2015, pp. 81-112, pp. 92-93. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial115.pdf>

Comentando sobre el Tribunal Constitucional, y concretamente en atención al poder que se le asigna, refiriéndose al caso costarricense Antillón expresa:

*“...la Sala Constitucional es demasiado importante dentro del juego político-institucional de Costa Rica, de modo que controlar sus decisiones otorga enormes ventajas a la cúpula política...”*¹⁴⁴.

Dicha afirmación nos lleva a adentrarnos al tema de la naturaleza del juez constitucional para poder comprender cuál debe ser su rol en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

5. Naturaleza y legitimidad del juez constitucional en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho¹⁴⁵

El problema de la naturaleza del juez constitucional se ha planteado entre quienes aproximan sus funciones al Poder Legislativo y quienes inclinan la balanza hacia los aspectos jurisdiccionales.

Cuando se hace referencia a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, expone Landa, no se alude al sentido tradicional del término “hacer política”; sino el de “hacer derecho”. Se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. Reflexiones Generales sobre la Justicia Constitucional en Costa Rica. *Revista Crítica Penal y Poder*, 17, 2019, pp. 159-170, p. 166. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30141/30358>

¹⁴⁵ Se parte de que tres pilares del Estado Constitucional son: los derechos como límite al poder, la separación de poderes y el control de constitucionalidad.

¹⁴⁶ LANDA ARROYO, C. Nota Preliminar. La Constitución como dínamo de la filosofía del derecho. En P. Grández & F. Morales (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima: Palestra, 2017, pp. 19-24, p. 22.

El profesor costarricense Walter Antillón Montealegre¹⁴⁷, citando a Alessandro Pizzorusso¹⁴⁸, refiere que, a criterio de dicho autor, lo que distingue las actividades que constituyen la función jurisdiccional de las actividades políticas, consiste en la actitud que asume el operador en uno u otro caso frente a la norma jurídica: el operador judicial se ciñe a identificar e interpretar la norma jurídica que aplicará a determinada especie fáctica, extrayéndola de textos normativos preexistentes (la Constitución, la ley, etc.); mientras que el operador político sopesa la idoneidad de la normativa vigente para viabilizar la realización de sus programas y la oportunidad de promover sus proyectos.

En similar sentido -en lo fundamental- se indica¹⁴⁹ que Luigi Ferrajoli¹⁵⁰ estima que las funciones públicas se reducen a dos: y consisten en expresiones de voluntad: gobierno, legislación; y expresiones de conocimiento: garantía. Las expresiones de poder, disposición, consenso, producción de normas; corresponden al espacio de la política y están ligadas a la esfera de lo decidible. Sus parámetros de evaluación son la eficiencia y la utilidad de los resultados; y sus fuentes de legitimación son la representación política y el consenso. La función de garantía es expresión de saber, comprobación, verdad, aplicación de normas; corresponde al espacio de la jurisdicción y está ligada a la esfera de lo no decidible. Tanto sus parámetros de evaluación como sus fuentes de legitimación son la exactitud y la validez de la comprobación de los presupuestos legales de su ejercicio.

Conforme lo expone Romboli¹⁵¹, en el caso italiano, Piero Calamandrei (1950), definió a la Corte Constitucional como un órgano paralegislativo, subrayando el carácter extraño de tal órgano en el ámbito del Poder judicial y su afinidad al legislativo y

¹⁴⁷ ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. El Magistrado Rueda y 'un fallo' de la Sala Constitucional. Revista IUS Doctrina, 12(1), 2019, p. 3. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/38232/38977>

¹⁴⁸ PIZZORUSSO, A. Conferencia: La Organización de la Justicia, Einaudi, Turín, 1985, pp. 7 y ss.

¹⁴⁹ ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. El Magistrado Rueda y 'un fallo' de la Sala Constitucional. Revista IUS Doctrina, 12(1), 2019, pp. 3-4. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/38232/38977>

¹⁵⁰ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del derecho*. Volumen I, Madrid, Trotta, 2011, pp. 869-879.

¹⁵¹ ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 63.

reconociendo a la función de la Corte no solamente un rol de legislador negativo (declaración de inconstitucionalidad) sino también de legislador positivo, desde el momento que la declaración de infundada de una cuestión de constitucionalidad habría debido entenderse como una suerte de interpretación auténtica de la ley impugnada, que habría debido excluir categóricamente la posibilidad de volver a proponer la misma cuestión en el ámbito de otros juicios.

Por su parte, siempre haciendo alusión al caso italiano, se dice¹⁵² que la doctrina absolutamente mayoritaria se pronuncia, con más o menos acentuados matices, a favor de la naturaleza jurisdiccional, observando que ello era así a pesar de las connotaciones políticas y aunque se adopte la solución de control concentrado, precisando que en algunos casos debería hablarse de carácter jurisdiccional, pero no como jurisdicción de tipo contencioso, sino de tipo voluntario, por ausencia de un litigio en sentido propio¹⁵³ o de jurisdicción de anulación¹⁵⁴.

Autores como Romboli y Panizza¹⁵⁵ argumentan, en relación con la doble naturaleza del juez constitucional (jurisdiccional y política), que el mayor reto para la Corte consiste en procurar que la oscilación del péndulo entre el polo político y el jurisdiccional se mantenga dentro de un determinado margen, sin excederse nunca en un sentido o en el otro, y en ello inevitablemente juegan un rol importante además de los factores externos, los elementos internos de la Corte como la unidad de sus integrantes o la autoridad de su presidente. La actividad de la Corte debe ser la de un órgano de justicia (a nivel constitucional), con poderes delimitados. Sin embargo, consideran que una Corte Constitucional que al igual que los jueces comunes opere con criterios puramente jurisdiccionales y carente de la necesaria sensibilidad política sería, sin duda, un pésimo

¹⁵² ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 63-64.

¹⁵³ CAPPELLETTI, M. Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata. En *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pp. 135 y ss.

¹⁵⁴ GIAMMOMO, M.S. Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme. En *Giur. cost.* 1956, pp. 902 y ss.

¹⁵⁵ ROMBOLI, R. y PANIZZA, S. El estatus de los jueces de la Corte Constitucional. Italia. En Fix-Zamudio, H. y Astudillo, C. (Eds.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, 2012, pp. 791-816, pp. 814-815. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/65.pdf>

juez constitucional, mientras que una Corte como “quinta columna de fuerzas políticas externas” (en palabras de Zagrebelsky), subalterna a la mayoría política, sería un juez constitucional inútil en cuanto se erigiría como la simple cobertura de las decisiones de la mayoría, en contraste con su propio rol y su propia naturaleza antimayoritaria al servicio de la democracia.

Romboli¹⁵⁶ refiere, que de acuerdo con Cheli¹⁵⁷, la Justicia constitucional constituye una función intermedia que es al mismo tiempo política y técnica –para legislativa y para jurisdiccional–. De este modo, dicha función conduce, de un lado, a “judicializar” la política dentro de las formas del proceso y, de otro lado, a “politizar” la jurisdicción a través de la naturaleza (política) de los casos sometidos a juicio y a los efectos (políticos) de las sentencias. Con referencia a los diferentes momentos político-institucionales o, como resultado de situaciones o eventos particulares, es posible pensar en una oscilación pendular de la Corte, bien hacia un espíritu técnico-jurisdiccional o bien hacia uno de carácter político.

Para Ibáñez, el juez no es un sujeto político y tampoco un órgano de representación. Su legitimación no puede depender del sufragio; sino que, cumplidas las exigencias legales precisas para el acceso a la función, la legitimación se tiene (o no) por el correcto ejercicio de aquella dentro de los parámetros constitucionales y legales. Es decir, mediante la observancia de las prescripciones estatutarias y de las reglas del proceso, y, de estas, muy en particular, el imperativo de motivación de las resoluciones. La legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática, en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la “dimensión sustancial de la democracia”, y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo, así, esta su vía de conexión con la soberanía popular. Se trata de una clase de legitimidad condicionada y estrechamente vinculada a la calidad de la prestación profesional, sometida a la crítica pública y a eventuales exigencias de responsabilidad previstas en el ordenamiento¹⁵⁸.

¹⁵⁶ ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 11-12.

¹⁵⁷ CHELI. *Il giudice delle legi*, Bologna, 1996, p. 15.

¹⁵⁸ IBÁÑEZ, P. A. Democracia con Jueces. En J. Malem, J. Orozco & R. Vázquez (Eds.), *La Función Judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, pp. 245-263, p. 252.

La legitimidad de la decisión jurisdiccional depende en gran parte de que el juez justifique la racionalidad de su decisión con base en el caso concreto. No basta que el juez esté convencido, sino que debe demostrar las razones de su convencimiento. Eso permite el control de la actividad del juez por las partes o por cualquier ciudadano¹⁵⁹.

En la actualidad no se puede pretender reducir a los tribunales o cortes constitucionales, según la vieja tesis kelseniana, a un rol únicamente de legislador negativo, pues ello supone una concepción maniquea de la argumentación e interpretación constitucional en el cual no cabe una decisión que no sea en el sentido “constitucional o inconstitucional”. El juez constitucional, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, se le presenta un abanico de opciones entre la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la norma impugnada, a partir de lo cual puede construir diferentes tipos de sentencias atípicas, con diversos alcances, límites y efectos jurídicos en su fallo. La diversa tipología de las sentencias constitucionales es producto del *status* y la naturaleza compleja del Tribunal Constitucional (órgano constitucional, jurisdiccional y político), que va más allá, en definitiva, de su simple consideración como legislador negativo¹⁶⁰.

Finalmente, cabe apuntar que es fundamental que los jueces constitucionales, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, estén suficientemente capacitados, además de que sean imparciales e independientes. Es importante que no sean rehenes del gobierno de turno ni se dejen doblegar por presiones político-partidistas; que sean valientes, pero no temerarios ni irreflexivos a la hora de tomar sus decisiones¹⁶¹.

¹⁵⁹ MARINONI, L. G. *Teoría General Del Proceso. Una Aplicación NeoConstitucional*. Traducción de Héctor Tulio Baires Flores, San Salvador, Editorial Cuscatleca, 2016, p.100.

¹⁶⁰ LANDA ARROYO, C. Las Sentencias Atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana. Ponencia en el seminario internacional “La justicia constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Comuna en América Latina”, organizado por el Instituto Max-Planck, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, pp. 599-621, pp. 601 y 607. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>

¹⁶¹ BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 22.

6. CONCLUSIONES

Tradicionalmente se han concebido dos modelos de control de constitucionalidad: el americano y el austriaco. El primero, que data del siglo XIX, se ha caracterizado por ser judicial, difuso, incidental, *interpartes* (en principio, para el caso en concreto) y declarativo con efectos *ex tunc*. El segundo, en su versión original, diseñado a partir de la segunda década del siglo XX, es ejercido por un tribunal *ad hoc* fuera del poder judicial, es concentrado, principal, abstracto y constitutivo (declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*).

En la actualidad, hay una relativización en relación con las características de los modelos norteamericano y el europeo kelseniano. La clásica polaridad entre ambos pareciera que no puede sostenerse de forma tan rígida. Ello ha originado que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se hayan creado modelos mixtos o híbridos.

Aparte de los modelos de control de constitucionalidad, otro tema de gran relevancia y que mantiene actualidad lo constituye la legitimidad o no de los Tribunales Constitucionales. La objeción o dificultad contra-mayoritaria es sostenida -con matices- en la actualidad. Autores como Waldron cuestionan las credenciales democráticas de las Cortes o Tribunales que ejercen un control de constitucionalidad de las leyes. Por otra parte, en su momento autores como Dworkin, o en la actualidad, Ferrajoli, Ibáñez o Alexy, entre otros, son del criterio de que dichos órganos poseen legitimidad democrática.

Reducir la democracia a una perspectiva meramente formal es un error. Más que el origen popular y electivo del nombramiento tiene relevancia la función que desempeña el Tribunal Constitucional. Su legitimidad democrática debe vincularse con su labor de tutelar la democracia constitucional (límite a las mayorías y garante de las minorías), velar eficazmente por el respeto de los derechos fundamentales y controlar la actividad de los otros poderes estatales. La legitimidad de sus decisiones depende en gran parte de la fundamentación de sus decisiones.

Italia y Costa Rica representan dos modelos mixtos de control de constitucionalidad de las leyes.

En Italia, si bien se introdujo un control de constitucionalidad de las leyes al estilo europeo, con una Corte Constitucional fuera del Poder Judicial, lo cierto es que tiene iniciativa difusa y, en consecuencia, un carácter concreto, por cuanto la vía incidental es la normal para que se discutan las leyes. En lo que respecta a los efectos de sus sentencias, se tiene que dichas resoluciones tienen una naturaleza *sui generis*, pues mientras los pronunciamientos de rechazo tienen efectos *interpartes*, los estimatorios tienen alcances *erga omnes* con efectos *ex tunc*.

El Tribunal Constitucional italiano está integrado por quince jueces, un tercio de los cuales es nombrado por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y un tercio por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas. Su período es por un mandato único de nueve años. Este diseño en la elección se ha considerado bastante equilibrado y un arquetipo a seguir.

En Costa Rica, la mayor parte del siglo XIX se desarrolló un control de constitucionalidad político, ejercido por el poder legislativo. Fue hasta el año 1890 que los jueces ordinarios comenzaron a ejercer el control de constitucionalidad de manera difusa. Precisamente, con la promulgación en 1949 de la Constitución Política vigente, se instauró el control judicial concentrado de constitucionalidad, el cual se consolidó en 1989 con la creación de una Sala especializada (control concentrado) que forma parte del Poder Judicial (en ello, se aparta de la concepción original kelseniana).

La Sala Constitucional costarricense puede realizar un control de constitucionalidad *a priori* (a través de las consultas legislativas de constitucionalidad) y *a posteriori* a través de las consultas judiciales de constitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad.

Dependiendo del caso concreto, la legitimidad para interponer la acción de inconstitucionalidad, puede ser directa, en ocasiones por acciones abstractas o populares, así como también por acciones orgánicas. A su vez, Costa Rica también contempla la consulta judicial de constitucionalidad como un aspecto difuso. Se trata de una jurisdicción muy accesible.

Los efectos de las sentencias son *erga omnes*. Si la Sala Constitucional considera al resolver la acción que la norma impugnada es inconstitucional, puede expulsarla del ordenamiento con efectos *ex tunc*, declarativos y retroactivos, no obstante, también está facultada para dimensionar en el tiempo los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo del asunto que se trate.

La Sala Constitucional de Costa Rica, está integrada por siete magistrados, quienes son elegidos por la Asamblea Legislativa cada ocho años. Para la elección se requiere contar con el apoyo de al menos 38 de los 57 diputados (dos terceras partes). Se establece como regla la inamovilidad en el puesto (mayoría reforzada), debido a que se considerarán reelegidos por períodos de ocho años, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de dicha Asamblea se acuerde lo contrario. Este es aspecto adquiere relevancia de cara a garantizar de una u otra forma la independencia judicial.

Para entender la labor del juez constitucional en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es necesario tener claridad sobre su naturaleza, de ahí la importancia de conocer los modelos de control de constitucionalidad y el estatuto del juez constitucional.

Dependiendo de la aproximación del juez constitucional al ámbito jurisdiccional o político, probablemente así serán sus resoluciones.

La legitimación del juez constitucional se encuentra estrechamente vinculada con la motivación de sus decisiones. De ahí que, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, el juez constitucional tome en cuenta que su labor no se limita a ser un legislador negativo, sino que tiene variedad de opciones, a partir de las tipologías de sentencias que se han diseñado con el paso de los años, tema sobre el cual la Corte Constitucional italiana ha tenido protagonismo a nivel mundial.

Dando respuesta a la interrogante planteada en la introducción, se finaliza afirmando que es perfectamente válido -y esperable- que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho los Tribunales Constitucionales sean quienes lleven a cabo el

control de constitucionalidad de las leyes; no obstante, al hacerlo tienen la obligación de no excederse en sus potestades¹⁶².

Referencias bibliográficas

ALEXY, R. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En: *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018, pp. 1-18.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. El Magistrado Rueda y ‘un fallo’ de la Sala Constitucional. *Revista IUS Doctrina*, 12(1), 2019. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/38232/38977>

ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. Reflexiones Generales sobre la Justicia Constitucional en Costa Rica. *Revista Crítica Penal y Poder*, 17, 2019, pp. 159-170. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30141/30358>

ARIAS CASTRO, T.F. Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989. *Revista Judicial*, 2019, 127, pp. 183-202. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial127.pdf>

BAZÁN, V. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

CAPPELLETTI, M. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, 58 (5), 1970, 1017-1053. Recuperado de <https://lawcat.berkeley.edu/record/1110354>

CAPPELLETTI, M. Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata. En *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pp. 135 y ss.

CARDUCCI, M. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 14(55), pp. 13-22, 2014. Recuperado de <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/101/304>

CARRIÓ, G. *Una defensa condicionada de la Judicial Review*. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991, pp. 139-170.

CASTILLO VÍQUEZ, F. La doctrina de la cuestión política una herramienta para revertir el proceso de la judicialización de la política en Costa Rica. *Revista Judicial*, 120, 2017, pp. 85-109. Recuperado de <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/07ladoctrina.pdf>

¹⁶² Por desbordar los alcances de esta investigación, quedará para otra oportunidad referirme a los excesos en que pueden incurrir los jueces constitucionales, así como plantear algunas ideas que permitan evitar que ello ocurra.

CHELI. *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

COLON-RIOS, J. *La constitución de la democracia*. Traductora Graciela Rivera Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

DAHL, R. *On Democracy*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 2000.

D'ALESSANDRO, C.A. *La Constitución Irreformable. Una Historia Italiana*, Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación, 2018.

DÍAZ BRAVO, E. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 2016, pp. 25-46. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>

DWORKIN, R. *Justicia Para Erizos*. Traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2014.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2014.

DWORKIN, R. *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008.

ELY, J.H. *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

FEOLI VILLALOBOS, M. *Jueces protagonistas: ¿un replanteamiento de la relación entre política y justicia?*, San José, Editorial UCR, 2015.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista de Derecho Público*, 11 (11), 2005, 19-75. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>

FERRAJOLI, L. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*, Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del derecho*. Volumen I, Madrid, Trotta, 2011.

FERRERES COMELA, V. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. En *Jurisdicción Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 11-42.

FERRERES COMELA, V. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En R. Vázquez (Ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008, pp. 215-233.

GIAMMOMO, M.S. Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme. En *Giur cost.* 1956, pp. 902 y ss.

GIL DOMÍNGUEZ, A. *Derechos, racionalidad y última palabra*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

GROPPI, T. Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. una perspectiva comparada. En Ferrer, E y Zaldívar, A. (Coords.). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, México D.F: UNAM, 2009, pp. 227-255.

GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 2003, pp. 481-504. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3756/4643>

HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2017.

HERNÁNDEZ VALLE, R. La Corte Constitucional Italiana. *Revista Judicial*, 120, 2017, pp. 27-37. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/03corteitaliana.pdf

IBÁÑEZ, P. A. Democracia con Jueces. En J. Malem, J. Orozco & R. Vázquez (Eds.), *La Función Judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, pp. 245-263.

JURADO FERNÁNDEZ, J. La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del poder judicial. *Revista de la Sala Constitucional*, 1, 2019, 181-197. Recuperado de [https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20\(1\).pdf](https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/La%20Sala%20Constitucional%20Un%20Tribunal%20Constitucional%20en%20el%20seno%20del%20Poder%20Judicial%20(1).pdf)

JURADO FERNÁNDEZ, J. *Jueces y Constitución en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 2003.

LANDA ARROYO, C. Nota Preliminar. La Constitución como dinamismo de la filosofía del derecho. En P. Grández & F. Morales (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima: Palestra, 2017, pp. 19-24.

LANDA ARROYO, C. Las Sentencias Atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana. Ponencia en el seminario internacional “La justicia constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Comuna en América Latina”, organizado por el

Instituto Max-Planck, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, pp. 599-621. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>

LIJPHART, A. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*, Barcelona, Ariel, 2012.

LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

LOPERA MESA, G. La problemática legitimidad de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, 227-256. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50357/30734>

MARINONI, L. G. *Teoría General Del Proceso. Una Aplicación NeoConstitucional*. Traducción de Héctor Tulio Baires Flores, San Salvador, Editorial Cuscatleca, 2016.

MARTÍ, J.L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MEZZETTI, L. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales de Chile*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 281-300. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>

MIRANDA BONILLA, H. La Corte Constitucional Italiana. Estructura y funcionamiento. *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, (1), 2019. Recuperado de https://cr.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=819d900a46309e823320b1aca1052a5c#indice_0

MIRANDA BONILLA, H. La Sala Constitucional de Costa Rica: composición, funciones y organización interna. En *La tutela dei diritti fondamentali: esperienze a confronto*, Pisa, Pisa University Press, 2019, pp. 253-266.

NICOTRA, I. La justicia constitucional en Italia. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 205-246.

NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.

NINO, C.S. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astera, 2002.

NINO, C.S. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989. 79-88. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1230&IDA=35323>

OROZCO SOLANO. V. *Justicia Constitucional y Convencional*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2017.

OROZCO SOLANO, V. La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada: los casos de Alemania, Italia, España y Costa Rica. *Revista Judicial*, 115, 2015, pp. 81-112. Recuperado de <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial115.pdf>

PEGORARO, L. Control jurisdiccional vs. control político. La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 2019, pp. 43-86. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73076>

PEGORARO, L. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, pp. 393-416. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50604>

PIZZORUSSO, A. Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos. *Revista Judicial*, 118, 2016, pp. 11-32. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/02_archivo.pdf

PIZZORUSSO, A. Conferencia: La Organización de la Justicia, Einaudi, Turín, 1985, pp. 7 y ss.

PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

ROMBOLI, R. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2017.

ROMBOLI, R. y PANIZZA, S. El estatus de los jueces de la Corte Constitucional. Italia. En Fix-Zamudio, H. y Astudillo, C. (Eds.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, 2012, pp. 791-816. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/65.pdf>

SABA, R. (2019). La elusiva frontera entre la justicia y la política. En Niembro, R. y Verdugo, S. (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, pp. 277-370.

SALAZAR UGARTE, P. *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*. México, FCE IIJ-UNAM, 2006.

SAGER, L.G. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SAGÜÉS, N.P. La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74, 1991, pp. 471-495.

VELANDIA CANOSA, E. Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 9-54.

VERDUGO, S. La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 2013, pp. 183-225. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n1/art08.pdf>

VÁSQUEZ, R. Normas, razones y derechos. En R. Vásquez (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 237-256.

VIRGÜEZ RUIZ, S. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público*, 35, 2015, 1-31. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub541.pdf

WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018.

WALDRON, J. *Derechos y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.