



---

**MTA Law Working Papers  
2019/19.**

**La duplicación gradual del sistema  
jurídico a través de la adjudicación  
constitucional**

*Béla Pokol*

---

**Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences  
Budapest**

**ISSN 2064-4515**

<http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>

## La duplicación gradual del sistema jurídico a través de la adjudicación constitucional

*por Béla Pokol*

### Resumen

En los últimos años, varios análisis han enfatizado la reorganización y la finalización de los mecanismos democráticos de gobierno de la sociedad por parte de la juristocracia. Como consecuencia, esto también provocó una profunda reorganización de la ley y, en teoría, no es suficiente para comprender la adjudicación constitucional y los derechos constitucionales como un simple complemento de la ley. En este estudio, se argumenta que se puede delinear la duplicación de todo el sistema legal.

\*\*\*\*\*

Hace treinta años, a fines de los años 80, examiné la complejidad estructural de la ley basada en el estudio de Niklas Luhmann sobre dogmática jurídica (Luhmann, 1974) y además, en el debate sobre el papel de la jurisprudencia de los tribunales supremos en el ámbito del sistema jurídico entre Karl Larenz y Josef Esser me animaron a ir más allá del concepto de derecho establecido que lo identificaba con los textos legales y tratar de desarrollar un concepto de derecho de varias capas.<sup>1</sup> Según este concepto, el sistema legal consiste en la capa de texto de las leyes, la capa de dogmática jurídica y la jurisprudencia de los tribunales supremos. El debate entre Larenz y Esser en Alemania tuvo lugar a fines de la década de 1950, y desde el surgimiento de la adjudicación constitucional, el funcionamiento del sistema legal ya cambió y se expandió fundamentalmente hasta fines de la década de 1980. Desde entonces, hay más y más tribunales constitucionales en todo el mundo, por lo que he tomado los derechos básicos constitucionales y los principios constitucionales como una nueva capa de ley más allá del precursor inspirador de la formulación de un sistema legal multicapa y me referí a esto en mis estudios posteriores como una capa de derechos fundamentales.<sup>2</sup>

En los últimos años, varios análisis han enfatizado la reorganización y la finalización de los mecanismos democráticos de gobierno de la sociedad por parte de la juristocracia.<sup>3</sup> Esto es particularmente cierto en las democracias occidentales, pero también en muchas partes del

---

<sup>1</sup> Véase los libros de Esser y Larenz, Josef Esser: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt am Main; Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlín / Nueva York: Duncker & Humblott; y mi estudio, Béla Pokol: *Law as a System of Professional Institutions*. . *Rechtstheorie* 1990 Heft 3. S. 335-351 .; y Béla Pokol: *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*. Schenk Verlag. Passau 2013.

<sup>2</sup> Ver Béla Pokol: *The Concept of law: The Multi-Layered Legal System*. Rejtjel Edición Budapest 2001.

<sup>3</sup> Véase para el análisis de la juristocracia, Ran Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Bostón. 2004 .; y mi estudio anterior, Béla Pokol: *The Juristocratic State. Its Victory and the Possibility of Taming*. Dialóg Campus Edition. Budapest 2017.

mundo es cada vez más importante y me hace necesario desarrollar aún más mi concepto legal de varias capas. Porque, al reflexionar sobre las consecuencias de la adjudicación constitucional, encuentro que mi simple inclusión de los derechos constitucionales recientemente emergentes en el sistema legal como una cuarta capa de ley junto con el texto, la dogmática y la jurisprudencia, que consideré suficiente en los principios de la década de 1990 se puede estimar demasiado restrictivo. Esta es una reorganización mucho más profunda de la ley y la creación de voluntad política del estado, por lo que en teoría no es suficiente para comprender la adjudicación constitucional y los derechos constitucionales como un simple complemento de la ley. A continuación, me gustaría comenzar este replanteamiento en este estudio.

## **1. Las capas tradicionales de la ley.**

La necesidad de coherencia en la ley crece con la complejidad de la sociedad, y el funcionamiento complejo de las sociedades modernas solo es posible con el grado más alto de coherencia. Esto está garantizado por el sistema intelectual coherente de las normas jurídicas. Con las relaciones sociales cada vez más densas y los contactos cada vez más intensivos entre millones de personas y organizaciones, la naturaleza sistemática de las normas jurídicas solo está permitida por sistemas jurídicos cada vez más complejos, en contra de las exigencias de relaciones sin cambios para siempre de las pequeñas comunidades que viven en aldeas cerradas en su primera etapa de desarrollo. Por lo tanto, a principios de la Europa medieval, la ley era exclusivamente tarea de los jueces, quienes durante mucho tiempo no fueron abogados calificados, y sus decisiones determinaron la ley del país durante siglos como una ley consuetudinaria. Más tarde, sin embargo, desde los finales del siglo XIV, la legislación deliberada comenzó a separarse del poder judicial aceleradamente, primero a través de la creación de códigos legales basados en hábitos legales, luego a través de la creación de nuevos códigos conscientes, y paralelamente con el desarrollo de la formación de los términos legales más precisos. Desde la Ilustración, el sistema legal ha consistido en una legislación separada, la aplicación de la ley por los tribunales inferiores y la actividad dogmática legal de los profesores de derecho. El sistema de normas jurídicas como sistema intelectual, por lo tanto, puede funcionar cada vez más como el producto de tres capas de la ley en las sociedades modernas de los últimos siglos: 1) el texto producido en el procedimiento legislativo, 2) la dogmática jurídica, que aclara el significado de los conceptos, categorías y disposiciones en el texto legal y, finalmente, 3) la jurisprudencia de los tribunales supremos, que en cada caso equipan las disposiciones legales abstractas con un significado concreto.

La relación entre estas tres capas legales puede ser diversa en algunos sistemas jurídicos. Por ejemplo, el sistema jurídico inglés, que se desarrolló sobre la base de decisiones judiciales, y también las leyes parlamentarias, que se hicieron más importantes a fines del siglo XIX, utilizaron estas técnicas regulatorias casuísticas y, por lo tanto, no reconocieron normas y conceptos más abstractos. Aquí en Inglaterra, no se pudieron observar doctrinas y términos legales abstractos como en el continente europeo (ver Dawson 1968). Aquí, la ley es esencialmente una combinación de precedentes de casos específicos y las disposiciones legales detalladas que se adaptan de manera similar a situaciones específicas, como dos mitades de una sola capa legal de significado. Aunque debe tenerse en cuenta que todavía hay una serie de conceptos legales en el sistema jurídico inglés, esto no está tan extendido como en la ley de código abstracto continental.

Sin embargo, en los sistemas legales de Europa continental, la división en las tres capas legales es fácilmente observable, y se puede decir que cuanto más el papel de la dogmática legal, y por lo tanto la ley del código abstracto, es característico en un sistema jurídico, más se

complementarán las normas jurídicas abstractas con la jurisprudencia. El ejemplo más claro de esto es la ley alemana, pero los sistemas legales desarrollados bajo su influencia, incluido el húngaro, son buenos ejemplos del sistema jurídico dividido en tres capas de ley. En esta solución, el verdadero significado de las normas legales pasa del legislador a los círculos jurisprudenciales, y a los libros de leyes abstractas que han creado, los miembros del Parlamento solo pueden contribuir con poca autodeterminación. Por otro lado, los jueces en los sistemas jurídicos continentales reciben normas abiertas y por lo tanto, tienen mucha libertad para formular la jurisprudencia entre los bordes de las disposiciones de los textos abstractos. En otras palabras, esta regulación desvía el centro de gravedad de la provisión significativa de ley de la política parlamentaria, y los profesores de derecho y los tribunales juegan un papel más importante. Sin embargo, es indiscutible que la ley de esta manera está dominada por los abogados profesionales (profesores de derecho y poder judicial supremo), mientras que con la solución inglesa mencionada anteriormente, los políticos parlamentarios tienen más influencia en la determinación de la ley.

Si confrontamos la ley inglesa con la ley continental, también podemos ver que las normas legales inglesas detalladas son normas normativas autorizadas para quienes actúan en ciertas situaciones, mientras que los sistemas jurídicos continentales basados en normas jurídicas abstractas a menudo solo pueden ofrecer una orientación en el nivel de la jurisprudencia en cada situación. Solo las normas jurídicas complementarias de la jurisprudencia de los tribunales muestran lo que se considera justo en una situación dada y cuyas acciones están legalmente apoyadas incluso bajo presión estatal. En otras palabras, en contraste con las reglas concretas del derecho inglés, la dualidad de los libros de derecho abstracto y la jurisprudencia judicial complementaria constituyen las dos alternativas que pueden formularse como dos respuestas a los requisitos reglamentarios de las sociedades modernas.

Además de estas capas legales tradicionales, durante los últimos 50 años, los sistemas jurídicos en varios países han desarrollado un nuevo marco legal que ha reestructurado en cierta medida las capas tradicionales de la ley. Estos son los derechos y principios fundamentales constitucionales, los que juegan un papel importante solo donde, además de la constitución escrita, también se desarrolló la adjudicación constitucional. Inicialmente, este fue característico solo a los Estados Unidos a principios del siglo XIX, y desde la década de 1950 se ha producido en varios países de Europa occidental. Pero más recientemente, incluso en la mayoría de las nuevas democracias de Europa central y oriental, se introdujo la adjudicación constitucional. Del mismo modo, los tribunales constitucionales se han establecido en los otros continentes desde entonces.<sup>4</sup>

Los derechos fundamentales constitucionales surgieron originalmente como derechos humanos en la lucha ideológica-política contra el feudalismo con diversas necesidades políticas y humanitarias en el siglo XVIII. En los siglos XIX y XX, fueron incluidos en las nuevas constituciones estatales. Pero cuando los jueces constitucionales comenzaron a decidir las disputas constitucionales sobre la base de los derechos fundamentales y los principios fundamentales constitucionales, quedó claro que los derechos fundamentales pueden considerarse fácilmente un requisito abstracto para las decisiones gubernamentales, pero para la decisión del caso solo pueden dar direcciones contradictorias de juicio. En otras palabras, estos derechos fundamentales a menudo son contradictorios en el nivel del caso y solo pueden aplicarse con la restricción de algunos derechos, dando preferencia a otros. Sin embargo, si

---

<sup>4</sup> Ahora hay 46 estados en el continente africano con tribunales constitucionales, de los cuales 29 tienen tribunales constitucionales separados. (Los datos provienen de la Comunicación de la Confederación de la Corte Constitucional Africana de 2018 - CCJA.) Por supuesto, en su mayor parte, solo juegan un papel en las luchas de poder político y son menos importantes para influir en la ley. (Para su análisis, ver Béla Pokol: *The Global Export of the European Juristocracy*, *Zeitschrift für Rechtstheorie* (Budapest) 2019/1, pp. 78-108.)

otros jueces deciden y priorizan otro derecho fundamental, llegarán a la conclusión opuesta. Por lo tanto, la adjudicación constitucional impredecible es observable a menudo porque las diferentes jerarquías de valores de los diferentes jueces determinan qué derechos consideran superiores a los demás. Además, este nuevo tipo de ley constitucional solo puede desarrollarse realmente en países basados en la democracia y las luchas políticas pluralistas, ya que una constitución no puede funcionar bajo una política dictatorial. Por lo tanto, además de la mayoría en la legislatura, los grandes grupos sociales que participan en la lucha política democrática también tienen la oportunidad de ganar la supremacía en los Tribunales Supremos y el Tribunal Constitucional como alternativa a la ventaja. Estos desarrollos comenzaron temprano, y en el análisis fueron señalados como legalización de la política y como politización de la ley.

## **2. La democracia pasó a un segundo plano.**

Los debates sobre la juridificación de la política y la democracia comenzaron en el período de Weimar en Alemania en la década de 1920, cuando el Tribunal Constitucional de la vecina Austria comenzó la revisión de las decisiones parlamentarias, pero también en Alemania, el Tribunal Supremo Federal comenzó a ampliar la ley a las disputas laborales en las luchas sindicales también.<sup>5</sup> Desde principios de la década de 1950, la adjudicación constitucional comenzó en Alemania e Italia, y especialmente en Alemania restringió la toma de decisiones democráticas y, al mismo tiempo, en los Estados Unidos, como el lugar de nacimiento de la adjudicación constitucional, también comenzó un cambio radical hacia la política haciendo por el juez más alto. Como resultado, los fundamentos de la toma de decisiones políticas en muchos aspectos pasaron de las instituciones elegidas democráticamente a los tribunales, y en los tribunales ha comenzado a decidir las luchas de las políticas como disputas constitucionales<sup>6</sup>. Esta adjudicación constitucional ampliada se extendió en los países europeos a fines de la década de 1970, y donde las dictaduras fueron aniquiladas, primero en España, Portugal, y algo más tarde en los países latinoamericanos en la década de 1980, se promulgó la adjudicación constitucional enormemente expandida. Después del colapso del imperio soviético a principios de los años noventa, se crearon tribunales constitucionales en todos los países de Europa central y oriental de este antiguo imperio y en los nuevos estados miembros soviéticos recientemente independientes. Este desarrollo fue promovido e impulsado por la élite política estadounidense dominante en todo el mundo, ya sea como potencia ocupante, como en Alemania e Italia o como potencia mundial hegemónica. Por lo tanto, después de la caída de las dictaduras, estos países no crearon un marco político puramente democrático que dejó a las masas de ciudadanos con la autodeterminación para determinar su propio destino, sino que se estableció un marco normativo, que luego fue gobernado por el poder mundial global.

---

<sup>5</sup> En su estudio de 1928, el profesor de derecho alemán Otto Kirchheimer incluso consideró la regulación legal del empleo como una interferencia no autorizada con la política, y este argumento se ha utilizado en las últimas décadas en varias dimensiones como una crítica a la ley que restringía el campo de política, Ver Rüdiger Voigt: Verrechtlichung. En: uö (Hrsg.): Verrechtlichung. Königstein 1980. 15-16. pags.

<sup>6</sup> Los defensores de este proceso se refieren a él como "abogacía de causas", que enfatiza con simpatía los aspectos moralmente correctos, pero de esta manera oculta el hecho de que este proceso pasa por alto la toma de decisiones políticas democráticas. Ver Stuart Scheingold: The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.

Pero incluso en países donde el control constitucional sobre la legislación, y por lo tanto una juridificación sobre la toma de decisiones políticas democráticas, no existía en absoluto, comenzó un desplazamiento de poder en esa dirección. El análisis del politólogo canadiense Ran Hirschl se centró en el análisis de estos procesos.<sup>7</sup> Examinó las reformas constitucionales en cuatro países, que restringieron severamente la soberanía parlamentaria, antes sin restricciones, a través de la introducción de la adjudicación constitucional, y se otorgó el poder de revisar y potencialmente revertir las decisiones políticas fundamentales del parlamento a los jueces más altos. Este fue el caso de Israel, Canadá, la República de Sudáfrica y Nueva Zelanda, y dado que estos cuatro países habían sido gobernados previamente por las tradiciones legales británicas, no se estableció un tribunal constitucional separado en tres de estos países, solo en Sudáfrica, pero siguieron el modelo de los Estados Unidos y esta competencia fue otorgada a la corte más alta.

La tesis principal de Hirschl era que en los cuatro estados en el momento de la transferencia de una parte considerable del poder parlamentario a la corte más alta, surgió una situación de poder cuando un cambio parlamentario en el poder ya había comenzado desde las fuerzas políticas dominantes de largo tiempo y era solo cuestión de tiempo perder las elecciones parlamentarias. En este contexto, si confiaban en que la mayoría de la élite de la Corte Suprema y los profesores universitarios de derecho que los rodeaban reafirmaban sus valores culturales y sociales, se llevó a cabo una reforma constitucional para dar la mayor parte del poder a los más altos jueces antes de que fueran finalmente derrotado por las fuerzas parlamentarias rivales entrantes. Este fue el caso cuando en declaraciones solemnes y discursos elocuentes sobre los cambios constitucionales en estos países se votó para detener la prioridad del Parlamento y llevar su presentación al Foro Judicial Supremo.

Un claro ejemplo de esto fue en 1992 el establecimiento del control del juez supremo israelí sobre las decisiones del parlamento israelí, la Knéset. En Israel, una élite cultural y política ashkenazi en gran parte secular dominó desde el principio todos los aspectos, y aunque habló en los primeros años de las débiles voces públicas israelíes de las filas de los profesores de derecho para una división del poder en el modelo y constitucionalismo estadounidense, pero by MAPAI, el predecesor del actual Partido Laborista, fue barrido con el liderazgo de David Ben Gurion. Esta actitud continuó a fines de la década de 1980, pero el lento declive de su posición dominante comenzó cuando los judíos sefardíes de menor estatus social se organizaron como un partido, y tanto los ortodoxos orientales como los sefardíes (en su mayoría ultraortodoxos, haredi, religiosos). entró en las luchas del poder político. Antes de que el poder de esta élite dominante en el parlamento israelí fuera finalmente perturbado, se votó por la reforma constitucional en la Knéset y se le otorgó al Foro Judicial Supremo la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.<sup>8</sup> Desde entonces, estos fallos de la corte suprema están regularmente en línea con los valores de la antigua élite

---

<sup>7</sup> Ver „The constitutionalization of rights and the corresponding establishment of judicial review are widely received as power-diffusing measures often associated with liberal and/or egalitarian values. As a result, studies of their political origins tend to portray their adoption as a reflection of progressive social and political change, or simply as a result of societies’ or politicians’ devotion to a „thick” notion of democracy and their uncritical celebration of human rights.” Hirschl, 2. p.

<sup>8</sup> Ver „The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular Ashkenazi bourgeoisie, whose historic political hegemony in crucial majoritarian policy-making arenas (such as the Knesset) had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policy-making authority to the Court as efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and perhaps more important, an effective short-term means of avoiding the potentially negative political consequences of its steadily declining control over the majoritarian decision-making arena.” Hirschl, 51. p.

dominante, y de esta manera la vieja élite ha podido mantener su dominio a pesar del deslizamiento de la mayoría en la legislatura que involucra a los partidos religiosos.

Cambios de poder similares estuvieron detrás de las reformas constitucionales de 1982 en Canadá, de las cuales el anterior sistema de derecho público de Canadá, firmemente basado en una soberanía parlamentaria irrestricta, fue reemplazado por el modelo de control judicial de los Estados Unidos. Aquí, el poder político a nivel federal por el dominio anterior de la élite política de la cultura inglesa se hizo añicos, y por un lado, la creciente inmigración multinacional socava la base numérica de esta élite, por otro lado, su dominio fue por la amenaza del creciente poder de los separatistas franceses de Quebec. En este contexto, el apoyo a la reforma constitucional y la adjudicación constitucional, que se ha necesitado con urgencia durante décadas, ha aumentado entre los partidos dominantes en el parlamento, y una parte significativa de la supremacía del Parlamento ha sido transferida a la Corte Suprema de Canadá. La fuerza de la revisión judicial de la mayoría legislativa ha superado incluso la fuerza de la Corte Suprema de los Estados Unidos aquí y en Canadá, tiene los jueces más altos, incluso la competencia para la revisión judicial abstracta del poder legislativo, que era el caso solo hasta ahora los fuertes tribunales constitucionales europeos.

La situación era similar detrás de los cambios constitucionales en Nueva Zelanda en la década de 1990, cuando se debilitó el dominio parlamentario de la élite nacida en Gran Bretaña de la mayor tasa de natalidad entre la población maorí y las masas de otros inmigrantes asiáticos y oceánicos. Este desarrollo dejó de lado las objeciones para crear un control judicial supremo sobre la legislación. Mientras que el primer ministro Geoffrey Palmer antes, cuando era un joven abogado universitario, que regresó de su gira de estudios por Estados Unidos, advirtió en 1968 ante de una revisión judicial constitucional sobre el modelo estadounidense, fue empujado a la década de 1980 frente al cambio del equilibrio del poder parlamentario para crear estas enmiendas constitucionales.<sup>9</sup> El dominio continuo de la élite inglesa en el poder judicial, a pesar del poder político más fragmentado, ha garantizado las relaciones de poder sin cambios en Nueva Zelanda. Aparte de los detalles del cambio de poder en Sudáfrica hasta mediados de los noventa, se podría decir lo mismo, y la élite política de la minoría blanca europea creó el control del poder parlamentario a través de la corte constitucional recién creada.<sup>10</sup>

Pero es posible ir más allá de las situaciones específicas descritas por Hirschl y demostrar que la transición de la democracia a la juristocracia también fue realizada por los Estados Unidos en la reconstrucción de Alemania e Italia derrotados después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el caso de Alemania, que fue considerado peligroso por la autoridad de ocupación estadounidense. Aquí, se ha creado un tribunal constitucional con amplios poderes sin precedentes para controlar la mayoría parlamentaria. En ese momento, a fines de los años cuarenta, la jurisdicción constitucional estadounidense en el país era solo un control silencioso del Congreso elegido democráticamente, y los jueces más importantes solo intervinieron ocasionalmente en la formulación de decisiones de contenido sustantivo. Del mismo modo, la idea de un tribunal constitucional, formulado por Hans Kelsen y probado en

---

<sup>9</sup> Ver „In 1968, Geoffrey Palmer, then a young academic, had in his own words „recently returned from studying the mysteries of the United States Constitution.” He warned against a Bill of Rights on the grounds that is was not needed, would catapult the judiciary into political controversy, and would be „contrary to the pragmatist traditions of our politics „”. Idézi Hirschl i. m. 87. p. „But two decades later, when the white bourgeoisie’s controll over New Zeland’s major policy-making arenas was challenged, that same speaker – now Sir Geoffrey Palmer - in his capacity as Minister of Justice in the term Lange Labour government (1984-89) and later Prime Minister (1989-1990) initiated and championed the empowerment of the New Zeland’s judiciary through the enactment of the 1990 New Zeland Bill of Rights Act.” Hirschl, 51. p.

<sup>10</sup> En la República de Sudáfrica, 129 de los 194 jueces de los tribunales superiores eran blancos y seis de los 11 jueces constitucionales, mientras que la minoría blanca en la sociedad solo puede considerarse marginal en número. (Ver nota 86 en Hirschl, 239. p.)

Austria en el pasado, no era más que un marco procesal débil para las instituciones democráticas liberales. Por el contrario, la nueva constitución alemana establecida por abogados de las fuerzas de ocupación estadounidenses, ha otorgado a los jueces constitucionales el derecho más completo a anular las leyes. Esta anulación podría incluso basarse en fórmulas de toma de decisiones tan amplias y extensibles, que prácticamente no tenían contenido nominativo y de esta manera la toma de decisiones democráticas podría ser verificada por los jueces constitucionales con total libertad.

La democracia limitada de los alemanes, que desde entonces se ha incluido en las narrativas oficiales como una verdadera y elevada "democracia del estado de derecho", sirvió como modelo para la potencia mundial dominante, los Estados Unidos, de los cuales los eventos globales pueden ser influenciado con mayor frecuencia. Tras el derrocamiento de las dictaduras a fines de la década de 1970, este modelo fue apoyado en España y Portugal, y particularmente en el caso de España se introdujo el fuerte modelo alemán de adjudicación constitucional para controlar la toma de decisiones democráticas. Desde entonces, existe un estilo constitucional activista en España, incluso más que en Alemania. Un ejemplo de esto es que los jueces constitucionales españoles están incluso preparados para juzgar en contra de una disposición literal de la constitución, que no puede observarse en el caso de los jueces constitucionales alemanes.<sup>11</sup> La radicalización de la adjudicación constitucional activista en el caso de España era entonces una buena herramienta para que Estados Unidos construyera un modelo constitucional similar en los países hispanos de América Latina. Los medios para que los Estados Unidos lo hicieran, fueron sus subsidios y ayuda, que estaban vinculados a la creación de este modelo. De esta manera, gran parte de América Latina se convirtió en la base jurídica más importante de la juristocracia. Los enormes poderes de los tribunales constitucionales y de los tribunales superiores, que imitan su estilo de toma de decisiones, hacen posible lograr la determinación de decisiones sociopolíticas fundamentales en estos países, en gran medida solo con la ayuda de la juristocracia.

En la difusión y radicalización de la adjudicación constitucional, el proceso analizado por Hirschl también puede integrarse en los años ochenta y noventa, lo que por supuesto difería de la difusión de la juristocracia a nivel mundial por el hecho de que esta estrategia en los países analizados por él se estaba reduciendo de los partidos parlamentarios y se introdujo voluntariamente para retener su poder político incluso en minoría en el ámbito parlamentario. Esta estrategia continuó y después de la disolución del imperio soviético a principios de la década de 1990, se utilizó para proporcionar democracia y la juristocracia en los países recién creados. En ese momento, la experiencia sudamericana del modelo de adjudicación constitucional germano-español ya estaba disponible, y los estadounidenses que controlaban la transición y el cambio de régimen aquí de manera bastante directa, no recomendaron el modelo modesto del tribunal constitucional austriaco para el nuevo Estados independientes de Europa Central y los estados sucesores de la disuelta Unión Soviética, pero el modelo alemán-español con el control más amplio sobre la democracia parlamentaria. Si después de todo se estableció un tribunal constitucional con poderes limitados, como en Polonia después de unos años este modelo se cambió a un modelo de tribunal constitucional apenas restringido, que se describió como una "verdadera democracia" en el narrativa global. Estos tribunales

---

<sup>11</sup> La Constitución española establece por ejemplo que el matrimonio es una forma de convivencia entre mujeres y hombres y los jueces del Tribunal Constitucional español no niegan que los legisladores constitucionales de 1978 realmente concluyeron un matrimonio entre una mujer y un hombre. Pero argumentaron que a estas alturas la opinión pública ya había cambiado y el mundo moderno ya se estaba moviendo hacia la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que calificaron este matrimonio como constitucional, a pesar de que está literalmente prohibido en la Constitución. Para su análisis, ver Béla Pokol: Los estilos de decisión de los tribunales constitucionales en Europa (en húngaro). Revista de teoría jurídica (Budapest) 2015/3.

constitucionales con sus vastos poderes son muy diferentes a la imagen que Hans Kelsen había considerado una vez como un marco delgado sobre la democracia y más bien representan uno de los poderes más altos del estado. Y ese poder de los fuertes tribunales constitucionales encuentra su racionalidad para las élites de poder estadounidenses globalmente dominantes en la posibilidad de integrar gradualmente las constituciones de cada país en una constitución global unificada, colocándolas en una base global común por las fundaciones estadounidenses, grupos expertos intelectuales y elite legal local que apoyan el marco conceptual constitucional. Como resultado, desde finales de la década de 1980, una oligarquía constitucional global muy unida se ha organizado progresivamente en los parlamentos de los estados formalmente independientes. La aparición de una "juristocracia en lugar de democracia", que fue analizada por Hirschl, se puede ver de manera más integral y luego se pueden descubrir más casos de juristocracia.

### **3. Duplicar el sistema legal: derecho legislativo versus derecho constitucional**

Los desarrollos descritos anteriormente han llevado a una duplicación del sistema político. El sistema de democracia operado por las elecciones de millones de ciudadanos con su sistema multipartidista y la legislación de la mayoría parlamentaria permanece, pero por el sistema de decisiones de la corte constitucional que se basa en unas pocas docenas de reglas y principios abstractos de la constitución trajo consigo un segundo sistema de gobierno de la sociedad. En este segundo sistema, las decisiones de gobernanza social no se toman como resultado de la toma de decisiones políticas abiertas, sino que se presentan de manera neutral como simples resultados de interpretación judicial y como una simple derivación de las reglas de la constitución. De hecho, estas decisiones están completamente abiertas a sus resultados y por lo tanto, en los países de la civilización occidental integral, se han creado varios grupos legales entrelazados, tratando de crear un vocabulario común para la interpretación constitucional. Esta línea común de interpretación favorece a ciertas interpretaciones posibles y prohíbe otras. Esto incluye la creación de una red de profesores de derecho constitucional, abogados internacionales y teóricos jurídicos de diferentes países, organizados por las redes de fundaciones globales. Los participantes permanentes en estas redes se consultan regularmente en conferencias y luego resumen las interpretaciones constitucionales propuestas y las fórmulas de la "profesión" en los libros en inglés. Esto incluye la creación de varios organismos asesores internacionales, que luego brindarán asistencia en cada país para las interpretaciones "recomendadas profesionalmente" de las redes constitucionales mundiales y si encuentran un problema, pueden imponer varias sanciones económicas, como la retirada de fondos de subsidios o en el caso de los países de la UE, con restricción de los recursos del Fondo de Cohesión. En términos de contenido, esta línea común de interpretación significa influir en las interpretaciones de los jueces constitucionales de diferentes países al servicio de los intereses y visiones futuras de los grupos gobernantes mundiales más importantes. En Europa, este papel lo desempeña principalmente la Comisión de Venecia, que en principio solo debería ser un órgano consultivo, pero las autoridades de la UE lo han transformado en el escrutinio más estricto del derecho público de los Estados miembros (especialmente los europeos orientales).

Por un lado, este sistema político dual entrelaza el gobierno democrático de las élites sociales que dominan el país y por otro lado, las aspiraciones de poder de los círculos gobernantes globales (en su mayoría grupos de capital monetario global). En términos del sistema legal, esta lucha de poder aparece en el sistema dual del derecho constitucional con decenas de miles de sentencias de tribunales constitucionales y leyes legislativas. En otras

palabras, el sistema político no solo duplica los mecanismos del poder de la democracia y la juristocracia, sino que también se transfiere a la duplicación del sistema legal. Esta duplicación no pudo deducirse adecuadamente de la formulación del derecho constitucional como una cuarta capa de ley simple que hice anteriormente y que esa fue la razón por la que repensé la estructura del derecho nuevamente. El texto constitucional, que está en el centro de la ley basada en la constitución, tiene resoluciones judiciales constitucionales extensas, sin las cuales este texto muy abstracto, a veces declaraciones solemnes y principios constitucionales, no podría prevalecer en la vida cotidiana o solo con menos certeza. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional de decenas de miles de páginas por países no podría construirse sistemáticamente si sus términos claves y fórmulas interpretativas no fueran sistematizados por una capa dogmática constitucional. En otras palabras, además de las tres capas tradicionales del derecho legal, el derecho constitucional también requería la construcción de una estructura de tres capas. De esta manera, la constitución proclamada en una ocasión solemne no solo sigue siendo un documento celebrado, sino que, sobre la base de la adjudicación constitucional, se convierte en una parte viva del sistema legal. Obviamente, la adjudicación constitucional está duplicando el sistema político y, además de la democracia, está construyendo mecanismos de poder para el poder judicial, y luego el sistema legal también está conduciendo a una duplicación.

Sin embargo, si el analista tiene en cuenta que en Hungría la adjudicación constitucional se introdujo en 1990 de tal manera controlando solo la legislación, pero no los jueces, y solo la nueva Constitución, que entró en vigencia en 2012 creó la posibilidad de revisión constitucional de sentencias de tribunales ordinarios, luego surge la posibilidad de la resolución analítica de la naturaleza duplicada de la política y la ley. Incluso las luchas por el poder político apenas se duplican con la introducción de la adjudicación constitucional, como lo demostró el Tribunal Constitucional polaco a principios de los años 90, cuando el Parlamento polaco, el Sejm, podría reafirmar la ley inconstitucional. Esencialmente, por lo tanto, las actividades del Tribunal Constitucional solo pueden entenderse como asesoramiento legal no vinculante, pero el Tribunal Constitucional no puede establecerse como un segundo centro político de esta manera. Por otro lado, se alcanzó un fallo constitucional en Hungría entre 1990 y 2011, que, aunque no revisó las decisiones judiciales ordinarias, ejerció el control constitucional más extenso sobre la legislación y el gobierno. Como resultado, si bien en Hungría no ha habido tendencia a la duplicación del sistema legal, las luchas de poder del sistema político se han duplicado. En particular, durante el primer período parlamentario de las elecciones libres entre 1990 y 1994, la posición de poder entre la mayoría parlamentaria y el bloque de oposición socialista de izquierda cristalizada detrás de los jueces constitucionales fue característica. Y a pesar de su posición minoritaria, este último podría triunfar sobre la política del país destruyendo las leyes más importantes de la mayoría parlamentaria con la ayuda de jueces constitucionales. En ese momento, los poderosos jueces constitucionales húngaros ejercieron cierta influencia sobre la ley en el fundamento de sus decisiones, pero esto permaneció bajo el control de la doctrina jurídica tradicional y las interpretaciones jurídicas supremas. Por lo tanto, en Hungría la adjudicación constitucional no podría afectar el interior del sistema legal, sino solo restringir y dirigir los objetivos políticos de la legislación. Es comprensible que, en ese momento, las decisiones del Tribunal Constitucional en Hungría no fueran leídas por jueces y abogados, sino por los abogados políticos de cada partido y los departamentos legislativos de los ministerios. El cambio a una duplicación del sistema legal en Hungría solo fue creado por la nueva Constitución, que entró en vigencia en 2012 y la nueva Ley del Tribunal Constitucional basada en ella.

#### **4. Diferencias en la estructura de tres capas entre el derecho constitucional y el legislativo**

La pregunta es, ¿cuál es la diferencia entre la estructura legal tradicional de tres capas que se construye junto con la ley producida por el parlamento, y la nueva estructura legal de tres capas basada en la constitución? Para entender esto, parece razonable comenzar desde la situación húngara que mejor conozco, pero debe tenerse en cuenta que, aunque sus características principales corresponden al doble sistema legal en otros países, existen grandes diferencias entre ellos.

1. La característica más importante de todos los países en esta área es que el dominio y el contenido normativo de la capa de texto son incomparablemente más bajos en el derecho constitucional que en el derecho tradicional producido por la legislación. Mientras que en el caso del derecho constitucional, apenas hay una docena de disposiciones, declaraciones y principios que guíen las decisiones de adjudicación constitucional, existen cientos de medidas en el derecho legislativo tradicional, e incluso miles de ordenanzas subordinadas que dan una muy precisa definición de las decisiones de los jueces. De esta manera, los jueces constitucionales son mucho más libres y sin restricciones en su toma de decisiones que los jueces de los tribunales ordinarios. Esta diferencia hace que el énfasis en el derecho constitucional cambie en gran medida del texto constitucional al nivel jurisdiccional del Tribunal Constitucional, mientras que en el derecho tradicional esta ponderación se basa mucho más en la capa textual.

2. La siguiente diferencia es que, si bien la dogmática legal en la estructura tradicional de tres capas del derecho legal tiene dominio sobre las sentencias de la corte suprema y solo la formación centenaria de esta capa dogmática ha permitido la creación de libros de leyes incluso en el siglo XIX, en el caso del derecho constitucional, es solo una modesta dogmática conceptual. Además, esta modesta dogmática constitucional se formó bajo fuertes puntos de vista políticos debido al alto grado de apertura normativa en las declaraciones constitucionales y los principios constitucionales. Como resultado, no es posible en esta área adoptar un aparato conceptual políticamente neutral, como en el caso de la dogmática legal tradicional. Por lo tanto, solo en los países individuales existe una dogmática constitucional que puede aislarse en la justificación de las decisiones de los jueces constitucionales y los escritos jurisprudenciales locales, pero no existe un consenso profesional europeo completo o incluso más integral a este respecto. En cambio, solo se pueden mencionar algunas fórmulas comúnmente utilizadas para disputas constitucionales, en Europa principalmente de alemanes, que son utilizadas por los tribunales constitucionales europeos. Los volúmenes publicados en idiomas mundiales que buscan consolidar esto en áreas más grandes son probablemente los productos de las redes interpretativas antes mencionadas organizadas por poderes globales para limitar el poder constituyente de los estados soberanos que los productos profesionales verdaderamente neutrales. Lo mismo se aplica al impacto de ciertas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo sobre los tribunales constitucionales de los países europeos, porque restringen la soberanía de los estados nacionales e imparten un gobierno global y no pueden observarse como un orden normativo neutral. Por lo tanto, dentro de los países europeos, es bienvenido por la parte de la élite legal y política que está más estrechamente entrelazada con los poderes mundiales, mientras que las élites que defienden la soberanía están en contra.

3. También es una desviación en el caso del derecho constitucional de la ley legislativa tradicional que no exista una jerarquía de normas entre las disposiciones constitucionales más específicas y los principios y declaraciones constitucionales generales. En la ley tradicional, durante 600 años el principio de interpretación de la *lex specialis derogat legi generali* ha asegurado consistentemente que las reglas especiales adaptadas a la situación prevalezcan sobre las reglas más generales y que la jerarquía siempre respete las intenciones específicas de la legislatura.<sup>12</sup> Sin embargo, con el surgimiento de la adjudicación constitucional, todo el derecho constitucional en sí mismo ha revertido este principio en las últimas décadas y las disposiciones constitucionales con carácter de *lex generalis* siempre se aplican antes de normas legales más específicas. Sin embargo, esta reversión y la nueva prioridad de la *lex generalis* no se detiene en la frontera del derecho legislativo subordinado, sino que continúa en el campo del derecho constitucional mismo, y las normas constitucionales más específicas no tienen prioridad sobre las declaraciones generales de la constitución, que tienen muy poco contenido normativo. De esta manera, los jueces constitucionales tienen una libertad de decisión casi ilimitada porque pueden revertir las disposiciones constitucionales más específicas debido a las declaraciones constitucionales normativamente vacías. Por supuesto, hay grandes diferencias entre los tribunales constitucionales del mundo a este respecto, pero mi investigación empírica previa mostró que por ejemplo la situación en Lituania era similar a la de Hungría y los jueces del tribunal constitucional basan sus decisiones en los fórmulas generales de la Constitución, en lugar de normas constitucionales más específicas.<sup>13</sup> De esta manera, la voluntad detallada de la autoridad constitucional no está protegida. Si bien no existe una fórmula general para este dilema en esta área, se trata más de una apertura. En otras palabras, en contraste con la prioridad dada al derecho constitucional general sobre las reglas detalladas del derecho subordinado, el derecho constitucional en sí no prioriza ni las disposiciones específicas ni los principios y fórmulas constitucionales generales. Por lo tanto, dentro de cualquier tribunal constitucional, la mayoría predominante de los jueces puede argumentar que las disposiciones constitucionales especiales están precedidas por los principios y fórmulas constitucionales más generales, pero también pueden argumentar que algunos de los principios constitucionales o constitucionales más comunes, como la regla de la ley o la dignidad humana, son las más importantes. En resumen, no existe una fórmula indicativa para este dilema dentro del derecho constitucional, incluso dentro de la élite legal de un país y no creo que esto sea independiente de la politización fundamental de estos círculos legales. Porque la mayoría de los profesores de derecho constitucional no son analistas neutrales, sino abogados interesados principalmente de ONG o al menos tienen una socialización por parte de las ONG y solo más tarde fueron profesores universitarios. Por lo tanto, la mayoría de los jueces constitucionales en un país determinado siempre pueden decidir sin estar limitados por la orientación profesional subyacente, si las reglas constitucionales detalladas que interpretan tienen prioridad sobre los principios constitucionales generales puramente declarativos, o viceversa, y de esta manera los más específicos. Disposición de derecho constitucional adaptada al caso, de hecho se anulará.

---

<sup>12</sup> La solución del dilema entre *lex generalis* y *lex specialis* fue elaborada por Baldus de Ubaldus y el axioma de "*lex specialis derogat legi generali*" también se ha vuelto válido en los tiempos modernos. En la descripción de Peter Stein, sucedió lo siguiente: "Bartolus' successor, Baldus, emphasized that he was a party to an action in his favor, is prima facie in the right. Peter Stein: *Regulae Iuris*. From Jurisitic Rules to Legal Maxims. Edinburg: at University Press. 1966. 154. p

<sup>13</sup> Al analizar el estilo de toma de decisiones de los Tribunales Constitucionales Europeos además, de la práctica doméstica en Hungría, también he encontrado una tendencia en el caso de los jueces constitucionales lituanos a basar las decisiones en la declaración general y solemne del estado de derecho, a pesar de que hay una disposición detallada de la constitución que da la regulación precisa. (Ver Béla Pokol: Los estilos de decisión de los tribunales constitucionales en Europa (en húngaro) *Journal of Legal Theory* (Budapest) 2015/3.)

4. Existe otra diferencia significativa en el caso de la ley constitucional en relación con la creación de la jurisprudencia en oposición a la ley tradicional. Esto significa que la jurisprudencia de la adjudicación constitucional está determinada solo por la mayoría de un solo órgano judicial y no por una jerarquía de decisión judicial más amplia y de varios niveles. Esta situación descontrolada fue expresada de manera bastante cínica por el juez Brennan, un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la década de 1980, cuando afirmó que la regla más alta en la Constitución de los Estados Unidos era la "Regla Cinco". Esto significa que la disposición estipulada de la constitución es siempre la que se pronuncia con los votos de cinco jueces del SCOTUS de nueve cabezas. Al igual que los jueces constitucionales, los jueces de SCOTUS no pueden ser revisados y, por lo tanto, lo que dicen es una decisión final e irrefutable dentro del país. Sin embargo, esto también significa que dentro de la ley constitucional de tres capas, la jurisprudencia en la que se concreta el texto constitucional tiene un peso mucho mayor que en la estructura de la ley tradicional. Por lo tanto, siempre hay grandes luchas cuando se trata de la selección de nuevos jueces constitucionales.

5. Otra diferencia entre las dos partes del doble sistema legal es que, si bien en el caso del derecho legal tradicional, y por lo tanto en toda su estructura de tres capas, la posibilidad de un cambio formal de la ley anterior se estableció hace mucho tiempo. Este problema será abordado no resuelto por el derecho constitucional. En primer lugar, un problema no resuelto es el cambio en la jurisprudencia de la adjudicación constitucional, que como hemos visto es la capa de ley más importante aquí. Es decir, la aplicabilidad posterior de los argumentos normativos, que una vez se expusieron en las decisiones en particular en la declaración explicativa permanece en casos similares, aunque mientras tanto una mayoría posterior de la Corte Constitucional presentó un argumento normativo en el polar dirección opuesta. En el futuro, ambos argumentos en conflicto se observarán como jurisprudencia aplicable y no se renuncia a los argumentos anteriores. A pesar del problema obvio, esta situación proporciona una posición cómoda para las decisiones que deben tomarse de modo que la solución solo se puede lograr si el umbral de incentivos de las élites jurídicas y políticas integrales ya está lo suficientemente perturbado como para resolver este problema modificando el Tribunal Constitucional Ley en el Parlamento.

Esta pregunta aún no se ha resuelto, porque incluso en el caso de una enmienda constitucional o una constitución completamente nueva, ha cuestionado si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional basada en el texto constitucional anterior es aplicable o no. Debido a la indecisión de este tema, después de la entrada en vigor de la enmienda constitucional o la nueva constitución, existe una lucha legal y política dentro del tribunal constitucional, así como en el público político por el uso de la jurisprudencia constitucional anterior para la aplicación del nuevo texto constitucional. ¿Pero no solo esta cuestión ha quedado sin resolver, sino también la cuestión de si el tribunal constitucional puede o no revisar las enmiendas constitucionales o incluso la creación de una nueva constitución sobre la base de su jurisprudencia existente? <sup>14</sup> Es indiscutible, en mi opinión que esta indecisión se debe menos a la dificultad teórica del tema que a las luchas sociopolíticas más generales que normalmente tienen lugar en torno al tema. Por ejemplo, en sus estudios algunos investigadores y científicos húngaros en derecho constitucional han señalado nuevamente que

---

<sup>14</sup> Después de la nueva Constitución que entró en vigencia en 2012 estas luchas llevaron a Hungría a declarar que el legislador constitucional en su cuarta enmienda a la Constitución revocaría las decisiones anteriores de la corte constitucional. Pero la mayoría de los jueces constitucionales finalmente declararon en la decisión no. 13/2013 la aplicabilidad de estos antiguos precedentes.

los tribunales constitucionales pueden revisar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales e incluso declararlas inconstitucionales. Este control podría verse exacerbado por el hecho de que algunos investigadores nacionales en Hungría también sostienen que la nueva Constitución de 2012 no es una nueva constitución y puede verse como una mera enmienda a la antigua constitución. De esta manera, los jueces del Tribunal Constitucional húngaro podrían abolir toda esta nueva constitución. (Esta tesis estuvo representada en varios estudios por un ex juez constitucional, András Bragyova).

Debido a esta apertura, una vez establecidos, los argumentos en las decisiones constitucionales pueden regresar constantemente a pesar de que otra mayoría constitucional más tarde declaró lo contrario. Por lo tanto, los argumentos que han cambiado de un lado a otro durante muchos años siguen siendo válidos como el contenido de la jurisprudencia viva y pueden ser utilizados a su vez por decisiones de los tribunales constitucionales. Por supuesto, esto es una anomalía pero dado que los abogados universitarios de derecho constitucional son en su mayoría abogados politizados o ex abogados de ONG, solo protestan si un fallo constitucional no sigue su línea y valores políticos pero si lo hacen incluso celebran el fallo del Tribunal Constitucional es más contra el texto constitucional.

6. La siguiente diferencia con el derecho tradicional es que, en el área del nuevo derecho constitucional, la especialización en varios campos del derecho no se ha resuelto, aunque el material de los argumentos normativos de las decisiones del tribunal constitucional comprende decenas de miles de páginas. También debe tenerse en cuenta que no es evidente que se cree una ley constitucional tan integral que se superpone con toda la ley de las áreas legales tradicionales. Los derechos humanos que se transformaron en derechos constitucionales a fines del siglo XVIII originalmente eran solo garantías para los ciudadanos. Sin embargo, durante los años de adjudicación constitucional, se tomaron muchas decisiones que iban más allá de estos puntos de garantía y examinaban cada vez más toda la ley tradicional. De esta manera, una gran parte del área legislativa entera cayó gradualmente bajo la jurisdicción de la corte constitucional. Así, por ejemplo el derecho fundamental a participar en el referéndum y las elecciones no solo se entendió que el estado de derecho debería otorgar a todos los ciudadanos el derecho al voto y el derecho al referéndum, sino la regulación de todo el sistema electoral y el proceso del referéndum fueron gradualmente incluidos en la revisión constitucional. Del mismo modo, las decisiones sobre garantías constitucionales de derechos de propiedad comenzaron a controlar progresivamente la plena propiedad y además, la mayoría de las partes del derecho privado. Algunos teóricos del derecho privado ya hablan de un derecho privado constitucional separado, así como algunos maestros de derecho penal han extendido las garantías penales en el texto de la Constitución para diseñar un derecho penal constitucional. Y este proceso pasa al derecho financiero constitucional, derecho laboral, derecho procesal penal y civil, derecho de familia y todas estas ramas legales constitucionales están acompañadas por miles de páginas de material de toma de decisiones de los tribunales constitucionales nacionales y además también por las decisiones de los jueces constitucionales alemanes o la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Por un lado, estas extensiones son impulsadas por las ambiciones de algunos miembros de los tribunales constitucionales para su rama de derecho original y si dicho miembro puede recibir el benévolo apoyo de la mayoría de los jueces constitucionales para sus ambiciones, lo hará extenderse mutuamente a otras ramas de la ley tradicional. Estas ambiciones están impulsando gradualmente la jurisprudencia constitucional para duplicar las áreas tradicionales del derecho. Sin embargo, al menos tan fuerte es la fuerza de la oposición legal de ciertos tribunales ordinarios y profesores de derecho a la política gubernamental actual de la mayoría parlamentaria y estos se expresan en quejas y demandas constitucionales e instan a los jueces constitucionales a anular ciertos criminales, laboral, disposiciones de derecho privado hechas

por la política del gobierno y reemplazarlos con la constitucionalidad de las normas que defienden.

Como resultado, el derecho constitucional ha duplicado gran parte del material del derecho tradicional después de varias décadas de adjudicación constitucional pero en el área de esta duplicación no ha habido división de jurisdicciones y especialización de los jueces constitucionales y su personal preparatorio. La solución de los jueces constitucionales alemanes es, hasta cierto punto una notable excepción, ya que el sistema fue creado en Alemania que el nuevo juez constitucional se incluye siempre como juez para la preparación de futuros proyectos de decisión en ciertas ramas legales (heredaron las áreas de su predecesor) y por lo tanto, se logra una cierta especialización en un determinado campo del derecho. Dado que el juez constitucional recién elegido hereda por un tiempo el personal capacitado de su predecesor especializado, para que también puedan especializarse en los campos de los que está a cargo. De esta manera, la especialización también puede reproducirse en cierta medida a la nueva ley constitucional. Sin embargo, este es solo parcialmente el caso ya que todos los miembros del tribunal constitucional completo están igualmente involucrados en la decisión de la institución y por lo tanto, cada juez constitucional está obligado a poder ver a través de todas las áreas de derecho parcialmente especializadas, si él quiere seguir siendo auténtico. Sin embargo, esta es solo una opción y como alternativa, es entregar la mayor parte de la toma de decisiones relacionadas con el contenido a sus empleados experimentados. En resumen, la diferencia en la división de jurisdicciones del derecho ordinario y derecho constitucional ha tenido un papel diferente para los jueces ordinarios y los jueces constitucionales. En el último caso, es posible al menos en el caso de los tribunales constitucionales europeos entregar la toma de decisiones relacionadas con el contenido al personal de los jueces y el juez constitucional siempre electo puede ahorrarse el arduo trabajo de convertirse en un verdadero juez constitucional.

## **5. Dinámica de desarrollo del doble sistema jurídico: escenarios alternativos**

En las últimas décadas cada vez más países alrededor del mundo han creado la adjudicación constitucional al establecer una corte constitucional separada o al reconstruir la Corte Suprema de acuerdo con el patrón estadounidense.<sup>15</sup> La adjudicación constitucional bajo el modelo estadounidense conduce en primer lugar a una duplicación de la ley pero como una maquinaria política competitiva para la democracia, esta forma no puede verse. Pero como lo han demostrado los acontecimientos de los años sesenta en los Estados Unidos, las aspiraciones de una década de tales grupos sociales que a nivel de las masas de la lucha democrática tienen una posición más débil pero por lo demás enormes recursos también pueden conducir a esta forma de adjudicación constitucional para la creación de un centro político competitivo. Sin embargo, si se crea un tribunal constitucional separado y la mayoría de los jueces constitucionales provienen de las filas de profesores de derecho y abogados, es probable que se duplique de inmediato la arena política. Este papel político es algo limitado si dicho Tribunal Constitucional además de sus amplios poderes en el campo de la anulación de la ley también debe revisar las decisiones judiciales finales. Esta última carga de trabajo generalmente genera miles de quejas constitucionales al año y por lo tanto, los jueces

---

<sup>15</sup> Si bien a fines de la década de 1970 solo había tres tribunales constitucionales en funcionamiento en Europa: alemán, italiano y austriaco, los tribunales constitucionales españoles y portugueses surgieron por primera vez en ese momento y luego en 1989 con el colapso del imperio soviético, en casi todos los estados independientes de esa parte de Europa se estableció la adjudicación constitucional.

constitucionales tienen menos tiempo para controlar la legislación. Esto fue reconocido en Rusia por las fuerzas políticas dominantes durante la reestructuración de la Corte Constitucional rusa en 1992 y como los jueces constitucionales habían sido los más involucrados en las luchas de poder, la reestructuración cambió sus actividades a la revisión de sentencias finales de los tribunales ordinarios, y con esta nueva carga de trabajo, las ambiciones políticas de los jueces de los tribunales constitucionales se borraron rápidamente.<sup>16</sup> Sin embargo, también podría haber desempeñado un papel en Hungría en la reorganización del tribunal constitucional de 2012, que anteriormente ejercía el papel político más activo de ese tribunal y desde entonces su tarea principal ha sido revisar las decisiones judiciales ordinarias.

La siguiente pregunta que debe aclararse es que si la adjudicación constitucional ya se ha incluido en los procesos internos de aplicación de la ley mediante la revisión de las decisiones judiciales ordinarias, entonces qué componentes son decisivos es qué tan rápido se extiende la duplicación de las capas legales tradicionales (capa textual, dogmática, jurisprudencia) tiene lugar en la nueva área del derecho constitucional. Además de la capa de texto constitucional siempre se crea una jurisprudencia constitucional, ya que esto también es producido por la toma de decisiones de los jueces constitucionales al revisar las sentencias de los tribunales ordinarios. Sin embargo, la medida en que esta jurisprudencia toma el peso en las razones de las decisiones del texto constitucional es muy diferente para los tribunales constitucionales individuales. Al analizar el estilo de toma de decisiones de los tribunales constitucionales europeos, descubrí en un estudio anterior que la supresión generalizada del texto constitucional a favor de sentencias anteriores del tribunal constitucional no puede observarse solo en Hungría, sino que esta práctica también puede ser observado en el caso de los tribunales constitucionales españoles y lituanos. Por otro lado, esta práctica no pudo observarse en el caso de los tribunales constitucionales eslovenos, croatas y rumanos, y aquí los jueces constitucionales basaron sus argumentos en el texto constitucional. En el caso de los polacos y los checos esto es algo más la jurisprudencia pero no alcanza la fuerza que se puede ver en Hungría, España o Lituania (Pokol 2015: 127-129). En Hungría, este estilo fue creado por los jueces constitucionales del primer ciclo de la corte constitucional que comenzó en 1990 y en mi experiencia es casi imposible cambiarlo y volver a poner el peso sobre el texto constitucional una vez que es establecido. Probablemente coincidencias similares como el papel carismático del primer presidente del Tribunal Constitucional húngaro, las ambiciones de la mayoría de los jueces constitucionales de entonces de buscar un mayor control sobre la política y la ley, etc., causaron un papel tan prominente de adjudicación constitucional en los otros dos países además de Hungría, por los cuales el texto constitucional fue empujado a un segundo plano.

En contraste con las coincidencias en relación con la fuerte prioridad de los propios argumentos constitucionales sobre el texto de la constitución, se pueden descubrir conexiones seguras para la creación de una dogmática constitucional sobre la dogmática tradicional. En este sentido, depende de si la mayoría de los jueces constitucionales provienen de las filas de los profesores universitarios y los más altos jueces ordinarios o por el contrario, los ex abogados juegan un papel más importante aquí. Se puede afirmar que en este último caso las dogmáticas constitucionales tendrán menos peso en el sistema legal del país respectivo y la fuerza de duplicación de toda la ley constitucional solo puede ganar menos peso que la estructura de tres capas de la ley tradicional. Por el contrario, si la mayoría de los tribunales

---

<sup>16</sup> Para una descripción detallada de este proceso y el nuevo papel del Tribunal Constitucional en Rusia o las batallas entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ver William Burnham/Alexei Trochev: *Russia's War between Courts: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts*. *The American Comparative Law*. (Vol. 55.) 2007. 381–352. p.

constitucionales en un país está controlada por los profesores de derecho y los jueces más altos que poseen un alto grado de ambición y experiencia en el campo del pensamiento doctrinal jurídico, además de su jurisprudencia constitucional, una dogmática constitucional se establece rápidamente y por lo tanto, se puede lograr una mayor duplicación del sistema legal.

## Bibliografía

- Burnham, William/Alexei Trochev: *Russia's War between Courts.: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts. The American Comparative Law. (Vol. 55.)* 2007. 381-352. p.
- Cservák Csaba (2015): *A jurisztokrácia aggálya és az ellentmondások feloldása. Jogelméleti Szemle* 2015/4. sz. 55-61. p.
- Cservák Csaba: (2018): *Az alapjogokat érvényesítő intézményrendszer. Licium - Art Kiadó. Debrecen, 2018.*
- Dawson, John P. (1968): *The Oracles of the Law. Ann Arbor, University of Michigan Law School. 1968.*
- Esser, J. (1956): *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr.*
- Esser, Josef (1970): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Athenäum, Frankfurt,*
- Hirschl, Ran: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press. Boston. 2004,*
- Larenz, K. (1960): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin/New York: Duncker & Humblott.*
- Luhmann, Niklas (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1974)*
- Pokol Béla (1990): *A jog rétegei. Jogtudományi Közlöny* 1990/4. sz, 201-209.p.
- Pokol Béla (2001): *A jog elmélete. Rejtjel Kiadó 2001.*
- Pokol Béla (2005): *Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. kötet. Századvég Kiadó. 2005.*
- Pokol Béla(2015): *Alkotmánybírósági döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle* 2015/3. sz. 107-129. p.
- Pokol Béla (2017): *A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó. Budapest 2017.*
- Pokol Béla (2019): *Az európai jurisztokrácia globális exportja. Jogelméleti Szemle* 2019/1. sz. 78-108 p.
- Scheingold Stuart: *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.*
- Stein, Peter (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims. Edinburgh: at University Press. 1966.*
- Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája. Századvég Kiadó. Budapest. 2015.*
- Voigt, Rüdiger (1980): *Verrechtlichung. In: uő (szerk.): Verrechtlichung. Königstein. 1980.*
- Zsugyó Virág (2017): *Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében. Állam- és Jogtudomány* 2017/3 99-122. p.



©Pokol Béla

**MTA Law Working Papers**

**Kiadó: MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont**

**Székhely: 1097 Budapest, Tóth Kálmán utca 4.**

**Felelős kiadó: Boda Zsolt főigazgató**

**Felelős szerkesztő: Körtvélyesi Zsolt**

**Szerkesztőség: Hoffmann Tamás, Kecskés Gábor,**

**Körtvélyesi Zsolt, Szilágyi Emese**

**Honlap:** <http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>

**E-mail:** [mta.law-wp@tk.mta.hu](mailto:mta.law-wp@tk.mta.hu)

**ISSN 2064-4515**