

CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA Y EUROPA

Por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ *

SUMARIO

1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL.—2. LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN.—3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—4. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS EXPRESIONES CONCRETAS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y AMERICANO.—5. LA CLASIFICACIÓN DE LAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—6. LAS MATERIAS SOMETIDAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—7. LAS FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.—8. CLASIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.—9. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: A) El modelo americano: a) *El control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. b) *Los procedimientos de control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. B) El modelo germano-austríaco o europeo de jurisdicción constitucional: a) *El fundamento de los tribunales constitucionales y su concreción histórica*. b) *Rasgos fundamentales*. C) Los tribunales constitucionales europeos: rasgos comunes y diferencias: a) *Los Tribunales Constitucionales de Austria y Alemania*. b) *La variante italiana en relación al modelo austríaco*. c) *La variante española del Tribunal Constitucional*. d) *La variante francesa del control concentrado de carácter preventivo del Consejo Constitucional*. e) *La variante portuguesa de control tanto por acciones como por omisiones*. D) Los modelos latinoamericanos de control de constitucionalidad: a) *El modelo de control integral y paralelo colombo-venezolano y su evolución*. b) *El modelo mixto de control concentrado y difuso por tribunales ordinarios en Brasil y El Salvador*. c) *La variante de control concentrado en la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Panamá y Uruguay*. d) *El modelo dual peruano, ecuatoriano y boliviano*. e) *La variante chilena de las Constituciones de 1925 y 1980: el doble control concentrado por órgano especializado y no especializado*. f) *Consideraciones finales sobre el control de constitucionalidad en América*.—10. ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES CONSIDERANDO LOS MODELOS DESARROLLADOS EN EUROPA Y EN AMÉRICA LATINA.—11. EL DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EUROPA CENTRAL Y ORIENTAL: A) La emergencia de los Tribunales de Europa Central y Oriental. B) Las competencias. C) La integración de estos Tribunales Constitucionales y el estatuto de sus magistrados. D) Efectos de sus Sentencias. Consideración final.

* Doctor en Derecho, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesor Titular (Cate-drático) de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL

La Constitución se instituye como la norma o el conjunto normativo de carácter supremo que se impone a gobernados y gobernantes en un Estado democrático constitucional.

La supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución establecida como decisión política por el poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

La supremacía constitucional obtiene su garantía jurídica de la supralegalidad; las constituciones auténticas, salvo raras excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en supralegalidad.

La rigidez constitucional es así la consecuencia de la supralegalidad, que constituye a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución.

2. LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Con Héctor Fix Zamudio podemos sostener que «La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido, tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y reprimir su *desconocimiento*. Y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: *desde el punto de vista de la Constitución formal* lograr la paulatina adaptación a los cambios de realidad político-social, y *desde el ángulo de la Constitución material*, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental. Por este motivo nos atrevemos a sostener que una *verdadera defensa constitucional* es la que puede lograr la aproximación entre esos dos sectores, que, en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material». Agregando que la defensa constitucional «no debe considerarse sólo desde un punto de vista estático, que *concuera* de cierta manera con la idea de *conservación de la Constitución*», la que tiene un «sentido exclusivamente conservador y estático de la defensa constitucional, sino que la Constitución *tanto en su sentido material, pero también desde el ángulo formal*, es forzosamente dinámica y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes». Así la *idea de la defensa constitucional tiene por objeto no sólo el «mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento*

escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewentein, es decir, que sólo resulta digno de titularse un ordenamiento con un grado de eficacia y proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias»¹.

El concepto de *defensa de la Constitución*, comprende las garantías constitucionales y la protección de la Constitución.

Las garantías constitucionales son «los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado»², a través de los instrumentos protectores, destinados a corregir las patologías constitucionales, y que en su conjunto son objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

Este conjunto de instrumentos de garantías de las normas constitucionales ha sido designado con el nombre de *Justicia Constitucional*, concepto que acentúa el carácter predominantemente valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico³.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Utilizar el vocablo *Justicia Constitucional* implica señalar que «el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación»⁴, como asimismo, la existencia de un «nuevo tipo de normas, institucionales y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político»⁵ como señala Mauro Cappelletti.

En el ámbito de la justicia constitucional, es posible distinguir tres sectores: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional, conceptualización desarrollada y difundida por el distinguido profesor Mauro Cappelletti.

¹ HÉCTOR FIX ZAMUDIO, «La Constitución y su defensa», ponencia en *Coloquio internacional realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, agosto de 1982.

² HÉCTOR FIX ZAMUDIO, «Introducción al estudio de la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año 1, núm. 1 (enero-abril de 1968), México, pp. 92-93.

³ Ver HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *Veinticinco años de la evolución Constitucional 1940-1965*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1968, pp. 9-18.

⁴ MAURO CAPPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 12-13.

⁵ MAURO CAPPELLETTI, *ob. cit.*, p. 13.

A) *La jurisdicción constitucional de la libertad considera* los instrumentos que se establecen en los ordenamientos jurídicos de los Estados para la protección de los derechos humanos en su dimensión individual y social, comprendiendo los instrumentos fundamentalmente, de carácter procesal que se han establecido para prevenir y reprimir las amenazas y violaciones de tales derechos. Los instrumentos específicos se caracterizan por un procedimiento simple y rápido, dotado de medidas precautorias eficaces y efectos restitutorios. Entre ellos pueden mencionarse, en el caso chileno, la acción de amparo y la acción de protección (denominado amparo en el lenguaje jurídico internacional), la acción de reclamación de nacionalidad, la acción de indemnización por error judicial. Además, pueden considerarse otros instrumentos no estrictamente jurisdiccionales, tales como los ombudsman o defensores del pueblo o de los derechos de *las* personas, existentes en el ámbito europeo y latinoamericano.

B) *La jurisdicción constitucional orgánica* comprende los instrumentos de control de constitucionalidad de las normas jurídicas infraconstitucionales, como los instrumentos destinados a resolver las contiendas o conflictos de competencias entre los distintos órganos que integran el poder del Estado, y entre las autoridades centrales y locales en los estados federales y en aquellos que han establecido gobiernos regionales, en una perspectiva de descentralización política del Estado.

C) *La jurisdicción constitucional transnacional* nace de la influencia cada vez mayor de las normas jurídicas internacionales como del derecho comunitario transnacional sobre los ordenamientos constitucionales en la segunda mitad del siglo XX, generándole nuevas posibilidades de conflictos en la aplicación de las disposiciones del derecho interno en relación con las disposiciones jurídicas transnacionales.

Surge, así, una especie de ordenamiento constitucional supranacional, que establece órganos propios de solución de conflicto en el orden internacional. También, el nacimiento de un derecho internacional de los derechos humanos; y el establecimiento de Cortes de Derechos Humanos, con un poder jurisdiccional sancionatorio respecto de los Estados infractores de derechos humanos, como son las Corte Europea de Derechos Humanos, y en el ámbito regional americano la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el derecho comunitario europeo, el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo; en el ámbito latinoamericano, un sector de normas comunitarias del Pacto Andino determina la creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, capital del Ecuador.

4. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS EXPRESIONES CONCRETAS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO Y AMERICANO

La jurisdicción constitucional es una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, constituyendo una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado.

Por tratarse de un control jurídico es siempre un control inter-órgano que hace efectiva la suprallegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Que el *control sea objetivo* significa que existe un orden normativo preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basado en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

Que el *control sea necesario*, implica que el órgano controlante debe ejercer el control cuando le sea solicitado, y si del resultado del control resulta la infracción, el órgano que desarrolla el control debe emitir en su fallo la sanción, sea la anulación o la aplicación de la norma o acto controlado, según sea el caso.

Los órganos que ejercen el *control jurídico* son *órganos verificadores de limitaciones preestablecidas*, órganos que, como señala Manuel Aragón, «no mandan, sino que solo frenan»⁶; ello debe ser atemperado en el caso de declaración de inconstitucionalidad por omisión donde el Tribunal ordena dar cumplimiento a la norma constitucional (Portugal, Venezuela y Brasil).

Con mucha claridad Hans Kelsen se había referido al tema en su re- censión «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?»⁷ (publicada en *Die Justiz*, 1930-1, Heft 11-12, db. VI, pp. 576-628) respondiendo a Carl Schmitt y su trabajo *Der Hüter der Verfassung* (*Archivos de Derecho Público*, Nueva Serie, XVI, pp. 161-237), traducido como defensa de la Constitución⁸. En su trabajo, Kelsen sostenía que la idea de defensor de la Constitución hace referencia, apunta, a las garantías que deben establecerse sobre los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, como asimismo, que el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que el que puede violarla⁹. En tal caso, el garante de la Constitu-

⁶ MANUEL ARAGÓN, «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, mayo-agosto 1986, pp. 89 y ss.

⁷ HANS KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

⁸ CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

⁹ Citado por JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, *La defensa de la Constitución*, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983, pp. 10-12.

ción no debiere ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria.

Presupuestos jurídicos para la existencia de un sistema de control de constitucionalidad:

En lo referente a los sistemas de control de constitucionalidad, éstos pueden clasificarse en sistemas plenos de control de constitucional y en sistemas limitados o incompletos de control de constitucionalidad¹⁰.

A) *Los presupuestos jurídicos de los sistemas plenos o completos de control de constitucionalidad.*

Los requisitos necesarios para que pueda señalarse la existencia de un sistema completo de control de constitucionalidad son los siguientes:

a) *La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida.* El control de constitucionalidad requiere que los preceptos constitucionales puedan distinguirse claramente de los preceptos legales por su distinto y más completo procedimiento para su establecimiento, reforma o derogación.

b) *La existencia de un órgano de control que sea independiente y autónomo de los órganos sometidos al control.* No hay posibilidad de un efectivo control de constitucionalidad si el órgano encargado de realizar el control se encuentra subordinado a uno de los órganos que debe ser controlado o el órgano que realiza el control es, al mismo tiempo, el que debe ser objeto de control.

c) *El órgano encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades decisorias.* Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano contralor producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control.

d) *Facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.*

e) *Sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad.* Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al control de constitucionalidad.

A estos cinco presupuestos básicos se agregan otros dos de carácter accesorio que son los siguientes:

¹⁰ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

a) La existencia de un plazo concreto en que el tribunal u órgano de control debe desarrollar su función.

b) La decisión del órgano de control produzca efectos *erga omnes* que impiden que la norma considerada inconstitucional se integre o se mantenga dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, producto de los exigentes presupuestos establecidos, son pocos los países dotados de un sistema completo de control de constitucionalidad.

B) *Los presupuestos jurídicos de un sistema limitado o incompleto de control de constitucionalidad.*

Un sistema incompleto o limitado de control de constitucionalidad requiere como mínimo, los siguientes requisitos:

a) Una Constitución total o parcialmente rígida.

b) La existencia de un órgano estatal que desarrolle el control de constitucionalidad, no importando si este es un órgano independiente separado de la jurisdicción ordinaria o si es un órgano dentro de la misma.

El sistema es limitado o incompleto por la eventual falta de independencia del órgano de control, por la carencia de decisiones de carácter vinculante que desarrolle el órgano, por el hecho de que el control no se concreta sobre todas las disposiciones normativas que emanan de los órganos estatales, o porque el control se realiza reductivamente por la ausencia de las personas particulares afectadas o interesadas para requerir directamente el pronunciamiento del órgano que realiza el control.

5. LA CLASIFICACIÓN DE LAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se puede realizar una clasificación de las diferentes modalidades de control atendiendo a distintos criterios como son, entre otros, la admisión o no del sistema de control de constitucionalidad en función del órgano que realiza el control; en función del procedimiento de control; en función del radio de acción del control; en función del efecto producido por el control¹¹.

¹¹ Esta clasificación la hemos tomado de Néstor Sagüés de la obra citada en la nota anterior.

A) *En función de la admisión o no del sistema de control de constitucionalidad.* Los sistemas pueden clasificarse en negativos, que son aquellos que no establecen sistemas de control de constitucionalidad, como son, por ejemplo, el Reino Unido, Luxemburgo y El Vaticano; y en *positivos*; que son los que admiten controles de constitucionalidad, que constituye la inmensa mayoría de los estados de América y Europa Occidental y Oriental, como asimismo, diversos países de Asia y África.

a) A su vez, los sistemas positivos pueden subclasificarse de acuerdo a si son *sistemas completos* de acuerdo a los requisitos ya analizados con anterioridad, o constituyen sistemas *incompletos* al carecer de los requisitos para constituirse en un sistema completo.

b) Una segunda subclasificación que puede realizarse permite distinguir entre los *sistemas expresos* que son aquellos que están establecidos en la Constitución del Estado, como son la mayoría de los casos en que el control existe, y los *sistemas de control implícito* en el texto constitucional, lo que permite que éste se concrete por vía interpretativa, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del famoso fallo de la Corte Suprema «Marbury v/s Madison» de 1803, o el caso de Noruega, donde el parlamento (Storting), solicita su opinión a la Corte Suprema cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley.

B) *En función del órgano que realiza el control* se pueden desarrollar diversas subclasificaciones en virtud de su naturaleza, en virtud de su ámbito de acción, en virtud de su composición, y en virtud de su duración.

a) De acuerdo al *criterio de la naturaleza del órgano que realiza el control* este puede ser realizado por órganos políticos, tribunales de justicia ordinarios o a través de tribunales especializados: como son las Cortes o Tribunales Constitucionales.

Por regla general, *el control por órganos políticos* se radica en el propio parlamento, como ocurre entre otros países en China y en Cuba; o en órganos de naturaleza *sui generis* como fue «el Consejo de la Revolución», en la Constitución portuguesa de 1976, hasta que una reforma constitucional lo eliminó reemplazándolo por un Tribunal Constitucional en la década de los años ochenta; el Consejo de los Custodios en Irán, integrados por teólogos musulmanes que verifican la armonía del texto jurídico con el Corán que constituye la Ley Suprema del Estado y se sitúa por sobre la Constitución Jurídica; o el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador con una integración de representantes de organismos sociales y económicos y cuyos dictámenes no tenía carácter vinculante, hoy reemplazado por un Tribunal Constitucional.

El control a través de órganos judiciales. En este caso nos encontramos ante un control ejercido por los tribunales ordinarios de justicia, control que puede subclasificarse en *control difuso* cuando puede efectuarse por diversos tribunales e instancias de la judicatura ordinaria, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Canadá, Nueva Zelanda y la India, o en *control concentrado*, cuando dicho control sólo lo ejerce el órgano superior del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia, como son los casos de Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Irlanda, Japón, Chile.

El control a través de los denominados tribunales constitucionales, que están integrados por miembros letrados, pero una parte importante de ellos no provienen del poder judicial y son nombrados por órganos políticos representativos, como son el Parlamento o el Gobierno o por ambos. Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Austria, Alemania, Italia, España, Portugal, Guatemala, Chile, Colombia, Bolivia, Perú, Hungría, Polonia, Andorra y Ecuador, entre otros. Es necesario precisar que por regla general, los tribunales constitucionales no forman parte del poder judicial. Esta regla tiene excepciones, como son los casos de los Tribunales Constitucionales de Alemania y de Bolivia, los cuales forman parte de la estructura orgánica del poder judicial.

b) En virtud de su *ámbito de acción* es posible clasificar los sistemas de control en *sistemas de control nacionales* que es el modelo clásico y en *sistemas de control internacional o supranacional* que están constituidos entre otros por las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia que aplica el derecho comunitario de la Unión Europea.

c) En virtud de su *composición* los órganos que realizan control de constitucionalidad pueden clasificarse en *órganos letrados*, cuando están compuestos de abogados y jueces, como son todos los controles desarrollados por los tribunales de justicia y por tribunales constitucionales compuestos sólo de letrados, es el caso de Chile, Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, España, Portugal, Italia, Austria, Hungría, Alemania, entre otros; en *órganos legos* como sería el Consejo de los Custodios en Irán o como fue el Consejo de la Revolución en Portugal; o en *órganos mixtos* compuestos tanto de letrados como de legos, tal fue el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador y es el caso del Consejo Constitucional Francés, en la actualidad.

d) Finalmente, los órganos de control pueden *clasificarse de acuerdo a su duración* en tribunales permanentes o en tribunales *ad hoc*, los primeros tienen una existencia continua en el ordenamiento constitucional, no de-

jando de existir como institución en ningún momento, mientras que los segundos son órganos que se constituyen sólo en los momentos en que se necesita para conocer y fallar los asuntos sometidos a su consideración.

C) En función del *procedimiento de control*. De acuerdo a este criterio se pueden establecer ciertas subclasificaciones, que son las siguientes: en virtud del momento en que se realiza el control, en virtud del modo como se activa control, por la modalidad en que se expresa el control, por la forma en que se tramita, y en virtud de los sujetos que lo impulsan.

a) *Momento en que se realiza el control*. De acuerdo a este criterio puede clasificarse en preventivo o represivo o reparador. El control preventivo a priori es el que se realiza antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter vinculante. A modo de ejemplo puede señalarse el control que realiza el Tribunal Constitucional Chileno y el Consejo Constitucional Francés sobre los proyectos de ley antes de que estos sean promulgados y publicados. *El control represivo o reparador* se concreta cuando las normas jurídicas ya forman parte del ordenamiento jurídico y tienen carácter vinculante como ocurre en México, Argentina, España, Alemania, Perú, Guatemala, Polonia, Hungría, Austria, Colombia, entre otros casos.

Pueden, también, encontrarse controles de carácter mixto que pueden concretarse en forma preventiva y represiva, como ocurre en el caso de Venezuela e Irlanda, donde la Corte Suprema puede realizar un control preventivo por requerimiento del Presidente de la República, mientras que la regla general es el control de carácter represivo. Se complementan el control preventivo y represivo de constitucionalidad de las leyes también en el Tribunal Constitucional de Portugal (artículos 279 a 281 Constitución). En el sistema italiano, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional es, en general, de carácter represivo, pero se admite también el control preventivo en materia de normas regionales a instancias del gobierno central. Algo similar ocurre en Austria, donde el control preventivo es excepcional y se practica sólo respecto de la distribución de competencias entre el Gobierno central los gobiernos estatales.

b) De acuerdo al *modo en que se activa el control*, se puede clasificar en acción de inconstitucionalidad y en excepción de inconstitucionalidad. El *control por vía de acción* cuando se demanda la declaración de inconstitucionalidad sin que le haya una gestión judicial previa dentro de la cual se plantea el tema como incidente o excepción. El control por vía de acción lo encontramos en el caso de los Tribunales Constitucionales de Austria, Italia, Polonia, Portugal, Chile, Guatemala; o entre otras Cortes Supre-

mas pueden mencionarse las de Costa Rica, Venezuela, México o el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

El control por vía de excepción se desarrolla cuando hay una gestión judicial o un juicio, como defensa procesal, donde una de las partes cuestiona la constitucionalidad de una disposición normativa que considera inconstitucional, como ocurre en el caso de los tribunales de Brasil, Argentina o ante la Corte Suprema chilena, entre otros casos.

c) *De acuerdo a la modalidad en que se expresa* el control puede desarrollarse a través de un control abstracto o un control concreto.

Existe *acción de constitucionalidad de carácter abstracto*, cuando quien promueve la acción no está vinculado por ninguna relación jurídica en que intervenga la norma supuestamente inconstitucional. Por ejemplo, si hay acción popular o si se reserva a determinados órganos la impugnación de una norma considerada inconstitucional. La modalidad de acción popular la encontramos en países como México, Italia, Venezuela, entre otros. La modalidad de acción directa restringida a ciertos órganos, existe por regla general en el caso de los tribunales constitucionales, como los de Alemania, España, Portugal, Francia, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Hungría, Bélgica, entre otros.

El control concreto de constitucionalidad por vía de acción directa se desarrolla cuando quién acciona tiene interés concreto o específico en la relación en que interviene la norma supuestamente inconstitucional, como ocurre con el caso del amparo en México, Brasil, Perú, Venezuela, Colombia, Austria, España, entre otros países.

d) Respecto de la *forma de tramitarlo*, el sistema de control puede clasificarse en condicionado o incondicionado.

El control condicionado existe si está subordinado a un cierto preexamen que concreta un órgano distinto del que debe conocer y fallar la acción o excepción de inconstitucionalidad. Este tiene por objeto filtrar las acciones o recursos improcedentes. Un caso de control condicionado se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica mediante el mecanismo de «writ of certiorari» ante la Corte Suprema federal, que posibilita el rechazo discrecional de los recursos carentes de relevancia.

Otro ejemplo, es el caso de Italia, donde el juez ordinario ante el cual se formula la cuestión de constitucionalidad, evalúa si la petición carece o no de fundamento, decidiendo dicho magistrado sobre la relevancia o la improcedencia de ella, pudiendo plantearla si no es manifiestamente infundada; se puede volver a plantear el asunto en la Corte Constitucional donde nuevamente el tribunal evaluará la pertinencia o no de darle curso. En Alemania Federal es una Comisión especial de tres magistrados del Tribunal Constitucional, quienes tienen facultades para rechazar recursos infun-

dados, que no incluyan problemas de constitucionalidad o no generen un agravio irreparable a los recurrentes.

En el caso de España, toda cuestión de constitucionalidad pasa por el filtro del Tribunal, buscando evitar planteamientos dilatorios o fraudulentos. El juez determina si la ley cuestionada es aplicable al caso que ha de resolver y si el fallo depende de la validez de dicha norma. Así el tribunal español tiene un criterio más estricto que la norma italiana.

Las formas de *control incondicionado* son aquellas que no exigen un examen preliminar de procedencia por un órgano distinto del que realizará el control de constitucionalidad. Este es el caso de Chile, Brasil, Perú, Ecuador, Portugal, Francia, Bélgica, entre otros Estados.

e) En relación con los sujetos que impulsan el control, este puede clasificarse en control restringido, amplio o amplísimo.

Podemos hablar de *control restringido*, cuando al mecanismo de la acción no *comprende* la participación de los particulares afectados por el acto considerado inconstitucional y existe un número limitado de entes autorizados para requerir el control. Esta situación se plantea generalmente en los sistemas de control preventivo como son los casos del Consejo Constitucional Francés, de los Tribunales Constitucionales Chilenos y de Polonia, entre otros.

Hay un *control amplio* cuando los particulares afectados o agraviados están habilitados para concurrir por sí mismos a los órganos de la jurisdicción constitucional como ocurre en Estados Unidos de Norteamérica, Venezuela, Argentina, Brasil, entre otros; todos los cuales tienen sistemas de control de constitucionalidad represivos y difusos.

El *control amplísimo* se da en aquellos países que establecen la acción popular y el órgano de control puede actuar de oficio sin mediar petición de parte. Es el caso de Yugoslavia, según el art. 387 de su Constitución anterior a la desintegración o escisión de sus componentes.

D) Clasificación en función del radio de acción del control de constitucionalidad.

En esta perspectiva puede darse una situación de cobertura total o parcial del control de constitucionalidad, como asimismo, en control por acción y control por omisión.

a) El control total se da cuando cualquier norma, acto u omisión estatal puede verse sometido al control de constitucionalidad. Este sistema parece de difícil aplicación, ya sea por eliminarse del control «cuestiones políticas» o por no poderse analizar materias después de ciertos períodos

de tiempo desde que han entrado en vigencia o sólo puede realizarse control sobre cierto tipo de normas o de actos y no de otros.

b) El control parcial puede subclasificarse en aquel que se realiza respecto de las normas o actos estatales como asimismo, puede ser también un control por omisión, donde el Tribunal ordena al legislador regular por ley normas que la Carta Fundamental manda concretizar. Así, el control parcial puede realizarse no tan solo por actos o acciones, sino también por omisiones.

La Constitución yugoslava de 1974, en su artículo 377, establecía un control por omisión cuando verificaba que un órgano competente no había dictado las normas de ejecución de la Constitución, las leyes y otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas.

La Constitución de Portugal, reformada en 1982, en su artículo 283, establece la facultad del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionalidad por omisión, comunicándola al órgano legislativo pertinente.

La Constitución de Brasil de 1988, entrega también la declaración de inconstitucionalidad por omisión al Supremo Tribunal Federal, el cual al constatar dicha inconstitucionalidad por omisión, debe instruir al órgano competente a efecto de que adopte las providencias necesarias.

E) Clasificación del control en función del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad.

a) Esta clasificación atiende a si la *sentencia es vinculante o no*. En el primer caso, la declaración de inconstitucionalidad del tribunal tiene efectos decisorios. En el segundo, constituye en la práctica un órgano auxiliar del poder legislativo.

En derecho comparado es ejemplo de sentencia vinculante la decisión del Supremo Tribunal Federal del Brasil que suspende total o parcialmente los efectos de las leyes, decretos u ordenanzas que considere inconstitucionales, ya sea en la forma o en el fondo (artículo 138 de la Constitución). Así ocurre también con los Tribunales Constitucionales de Polonia, Hungría, Alemania, Austria, Italia, España, Chile, Colombia, Brasil en materia de control de constitucionalidad de las leyes, entre otros.

b) En los casos que el fallo del tribunal produce efectos decisorios y vinculantes, es necesario distinguir si dichos efectos son generales (*erga omnes*) o inter partes. Si el fallo produce efectos generales o "*erga omnes*", la norma cuestionada se excluye del sistema jurídico. Es lo que ocurre con las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Perú, Polonia, Hungría, Bolivia, Guatemala, Italia, Austria, Bélgica, España, Portugal, Alemania,

Yugoslavia, Colombia, entre otros. Asimismo, tiene el mismo efecto el control por vía de acción pública ante la Corte Suprema en Costa Rica, México, y los fallos del Supremo Tribunal Federal en Brasil, entre otros.

Si *el fallo sólo produce efectos particulares o inter partes*, la norma cuestionada continúa vigente y sólo no se aplica únicamente a ese caso particular. Es lo que, ocurre en Estados Unidos de Norteamérica; en Argentina a través del recurso extraordinario; en Venezuela, respecto de los fallos de los jueces ordinarios que declaran la inaplicabilidad de las leyes; en Chile, con los fallos de la Corte Suprema en recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros.

El fallo con efectos *erga omnes* otorga una mayor seguridad jurídica y eficacia, propias de un auténtico sistema de control de constitucionalidad. No obstante se señala como riesgo «el gobierno de los jueces», lo que exige de los jueces la prudencia debida.

c) Pueden clasificarse los efectos de los fallos en el tiempo, en términos de si se producen efectos hacia el pasado (*ex tunc*), o desde el momento del fallo (*ex nunc*).

Un efecto *ex tunc* se da en el supuesto de declaración de nulidad de la sentencia, la que tiene un carácter declarativo. Este es el efecto propio del sistema norteamericano de *judicial review*, aun cuando ya en 1965, la Suprema Corte de EE.UU. determinaría que los efectos retroactivos no eran necesarios. El efecto *ex tunc* está considerado también en los fallos de los jueces en materia de inconstitucionalidad de Venezuela y Argentina, entre otros países de América Latina.

El sistema austríaco mantuvo la tesis de que la sentencia producía la anulación de la norma *ex nunc* pro futuro, a partir de un año (art. 139 y 140 Constitución). La reforma a la Constitución introducida en 1975, permite al Tribunal Constitucional austríaco determinar que la sentencia tenga efecto retroactivo (art. 139.6 y 140.7 de la ley constitucional federal). Así leyes anteriormente derogadas por la ley invalidada por el tribunal vuelven a entrar en vigor, si éste lo determina expresamente (artículo 140.6 de la ley constitucional).

Efectos "*ex nunc*" se han previsto en los ordenamientos jurídicos de Alemania (artículo 79 ley del T.C.), España (art. 40 L.O.T.C.), Portugal (artículo 282.1 Constitución), entre otros países.

Asimismo hay casos en que el Tribunal Alemán lleva a cabo declaraciones de inconstitucionalidad que no están acompañadas de nulidad, con el objeto de producir una eficacia *ex nunc* con prohibición de aplicación.

Existe también efecto "*ex nunc*" o *constitutivo* en el control por vía de acción pública en Colombia y Brasil, entre otros casos.

6. LAS MATERIAS SOMETIDAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La justicia constitucional protege la hegemonía y supremacía de la Constitución y se constituye en un elemento necesario del Estado de Derecho y del Estado constitucional democrático.

La doctrina clásica sobre el Estado de Derecho concluye que tanto las leyes, como los actos administrativos y los actos judiciales pueden ser recurridos como contrarios a la Constitución. A ellos debemos agregar los actos de los órganos descentralizados y hasta los actos jurídicos privados, como veremos más adelante.

La Constitución es norma suprema del Orden Jurídico, es fuente de poderes y distribución de competencias. La Constitución debe velar para que no se produzca superposición o conflicto de competencias. La Constitución es el criterio superior para resolver los conflictos de poder que se den entre los órganos estatales. La Constitución tiene en su cuerpo un conjunto de valores y principios, la idea de derecho predominante en la sociedad política que regula.

A su vez, los actos administrativos, propios del poder ejecutivo y producto del ejercicio de su potestad reglamentaria ordinaria o especial, deben respetar, tanto el dominio de la Constitución como el de las leyes; su infracción pone en acción las instancias correspondientes encargadas de cautelar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, sean estos tribunales constitucionales, contralorías generales de las repúblicas existentes en diferentes estados latinoamericanos o tribunales administrativos.

Finalmente, los actos del Poder Judicial también deben ajustarse al derecho, estando sometidos a una reglamentación estricta, tanto en el procedimiento como en su organización disciplinaria.

A ello hay que agregar los múltiples recursos procesales y la publicidad de sus actos. Sin embargo, pese a estas garantías puede suceder que el Tribunal Supremo invada, al conocer de un asunto, la competencia señalada por la Constitución a otros poderes públicos. En tales casos, puede considerarse un requerimiento al Tribunal Constitucional si éste existe, o, en caso contrario, el afectado podría oponerse al cumplimiento del acto inconstitucional invocando su nulidad de pleno derecho como título justificativo de su oposición. A su vez, cabe la posibilidad de la acusación constitucional contra los Ministros del Tribunal Supremo, por intermedio de la Cámara de Diputados.

En el ámbito normativo, el control de la constitucionalidad puede ser más o menos extendido, pudiendo considerar las siguientes materias o actos:

a) Control de los preceptos legales, vale decir, de las normas de carácter general y permanente, normalmente emanadas del poder Legislativo, aunque excepcionalmente pueden provenir del poder Ejecutivo, como es el caso de los decretos-leyes y los decretos con fuerza de ley. Este control no siempre es admitido en los ordenamientos jurídicos, ya que algunos países consideran que el Parlamento es el depositario de la voluntad popular soberana y, por ello, no está sometido a control jurídico alguno.

b) Los reglamentos, decretos y actos emanados de la potestad reglamentaria de la administración. Esta potestad reglamentaria se refiere tanto a la ordinaria, que pone en ejecución las normas como la especial o autónoma; esta última tiene vigencia entre otros países en Francia y Chile. Este control es ampliamente aceptado ya que los entes administrativos, por regla general, no son elegidos y no pueden pretender encarnar la voluntad popular, a excepción de los Presidentes de la República o Primeros Ministros, según sea el régimen político vigente.

c) Las decisiones jurisdiccionales. Estas pueden ser contrarias a la Constitución, tanto en el fondo como en la forma. En el primer caso infringen las normas substantivas. El segundo se produce cuando el procedimiento seguido no respeta las reglas establecidas por la Constitución (entre otras, el derecho de defensa, la igualdad de las personas ante la ley, el derecho a un tribunal independiente e imparcial). Este último aspecto ha sido desarrollado especialmente en Estados Unidos de Norteamérica, donde la Corte Suprema ha elaborado un conjunto de reglas de procedimiento penal, a partir de la cláusula constitucional del «debido proceso de derecho», el cual se ha extendido a controles de sentencias judiciales por violación de derechos humanos a cargo de tribunales constitucionales como ocurre en Colombia, España, Italia, Alemania, entre otros.

d) Los actos jurídicos privados, tales como testamentos y contratos, entre otros, pueden dar lugar a control constitucional, en la medida que ellos *contienen* disposiciones contrarias a los principios establecidos por la Constitución, especialmente los derechos humanos. Así por ejemplo, en Francia, una cláusula que deshereda a un legatario en el caso de contraer matrimonio con una persona de origen judío fue declarada nula por tal motivo.

e) Los tratados internacionales. Estos pueden dar lugar a un control de constitucionalidad, ya sea por aspectos de forma como su adecuada integración al ordenamiento jurídico nacional, o por aspectos de fondo, como la contradicción de sus disposiciones con las de la Constitución, en cuyo caso si se desea incorporar el tratado al ordenamiento jurídico nacional

habría que modificar la Carta Fundamental o eventualmente aprobar el tratado con el quórum requerido de reforma constitucional, según la técnica determinada en la Constitución. Este control para que se respeten los principios generales del derecho internacional y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, debe ser de carácter preventivo, y en lo posible obligatorio. A manera de ejemplo, puede señalarse que dicho control se encuentra dentro de la competencia de los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Chile, Ecuador, entre otros.

f) Los entes descentralizados política y territorialmente. Sin perjuicio de los casos de los Estados Federales, en que el control de constitucionalidad regla el correcto ejercicio de las competencias del gobierno federal y de los órganos de los Estados miembros y entre ellos, hay diversos regímenes constitucionales que contemplan la descentralización política dentro del cuadro de estados regionales o autonómicos. Tal ocurre, en Italia, España, Portugal, entre otros países. En este caso, el control de constitucionalidad versará sobre los actos normativos de sus órganos ejecutivos y legislativos, como asimismo, los contactos que pueden producirse entre los órganos del gobierno central y los de las regiones o los de estas entre sí.

g) La competencia contenciosa sancionatoria. Además del control de constitucionalidad de preceptos legales y la resolución de conflictos de competencia, la jurisdicción constitucional puede tener, dentro de sus atribuciones lo contencioso sancionatorio en materia de atentados al ordenamiento democrático, como es el caso de los Tribunales Constitucionales de Alemania Federal y de Chile, artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn y 19 N.º 15 de la Constitución de Chile.

7. LAS FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las formas de inconstitucionalidad dicen relación con incompetencia de su autor, con vicios de procedimiento y con la no correspondencia del contenido del acto con las reglas sustantivas establecidas en la Constitución.

A) *La incompetencia de su autor.* La hay cuando se invade la competencia reservada por la Constitución a otra autoridad. Puede darse en los estados si un órgano del poder central realiza acciones que corresponda a la competencia de otro órgano del poder central, son ejemplos en la materia las actuales Constituciones de Francia y Chile, en ellas si el poder legislativo, si interviene en una materia reservada a la potestad reglamentaria

autónoma del gobierno, o cuando este último, a través de la potestad reglamentaria autónoma, invaden el dominio reservado a la ley por la Carta Fundamental.

B) *El vicio del procedimiento.* Este vicio consiste en que el acto, si bien emana de un órgano competente, no ha sido adoptado conforme a las Constituciones y formas establecidas. En la actual Constitución chilena, un ejemplo podría ser el caso de la declaración del Estado de Sitio por el Presidente de la República sin el acuerdo del Congreso. En la Constitución Francesa de 1958, las ordenanzas establecidas en el artículo 37, sólo pueden ser adoptadas por el Gobierno después que el Consejo de Estado haya emitido su opinión. Si estos acuerdos u opiniones fallan hay vicio de procedimiento.

C) *La no correspondencia del contenido del acto con el contenido sustantivo de las normas constitucionales.* Hay aquí una contradicción entre las normas sustantivas de la Constitución y el contenido del acto subordinado a ella. El caso más claro se produce cuando normas infraconstitucionales vulneran los derechos fundamentales o derechos humanos.

8. CLASIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Siguiendo a Gargía Pelayo es posible realizar una clasificación de los tipos de jurisdicción constitucional atendiendo simultáneamente a dos criterios: la existencia o no de una jurisdicción especializada en la materia, como asimismo, si dicha jurisdicción es centralizada o descentralizada¹². Así la clasificación permite distinguir los siguientes tipos de jurisdicción constitucional:

a) *Jurisdicción descentralizada y no especializada.* Esta estructura existe en el caso de los países donde la jurisdicción constitucional es desarrollada por todos los tribunales ordinarios de justicia.

Históricamente nace en Estados Unidos con el fallo Marbury vs. Madison en 1803, siendo seguido por diversos países de América Latina, entre ellos Argentina y Honduras.

b) *Jurisdicción descentralizada especializada.* En este caso nos encontramos con órganos creados con el único objeto de concretar la defensa de la Constitución y su supremacía formal y material, existiendo una serie de

¹² MANUEL GARCÍA PELAYO, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, tomo 3, p. 3225.

órganos distribuidos a través del territorio nacional. El caso típico está constituido por la Corte Constitucional Federal Alemana y las cortes constitucionales estatales alemanas.

c) *Jurisdicción centralizada y no especializada.* Este es el caso en que la jurisdicción constitucional se concentra en un solo órgano que constituye normalmente la cúspide de la pirámide de la judicatura ordinaria.

Tal es el caso de Chile, donde desde la vigencia de la Constitución de 1925 hasta 1970, se atribuyó únicamente a la Corte Suprema la competencia para conocer y resolver los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sin que otros tribunales ordinarios puedan conocer de la materia. En términos similares están las Cortes Supremas de Panamá, como asimismo, la Suprema Corte de Uruguay, conforme a la Constitución de 1967.

d) *Jurisdicción centralizada y relativamente especializada.* Este es el caso de países en que el control de la defensa y supremacía constitucional se ha entregado a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. En el ámbito latinoamericano pueden citarse los casos de Costa Rica con la Constitución de 1848, reformada en 1989, que generó la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Sala Cuarta); de Venezuela, con la reciente Constitución de diciembre de 1999, artículo 334 la cual establece una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema, otros casos son los de El Salvador, Paraguay y México.

e) *Jurisdicción centralizada y especializada en un tribunal único.* Corresponde a esta realidad el modelo germano austríaco, que crea un Tribunal Constitucional, el cual de acuerdo a la Constitución Austríaca de 1920 concentra la competencia de defensa del orden constitucional. En el mismo año 1920 se desarrolla el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en la Constitución de 1931. Al término de la Segunda Guerra Mundial se ha expandido dicho modelo por Europa: Italia, Alemania, España, Portugal, Francia, Polonia, Hungría, República Checa, Rusia, Croacia, Bulgaria, Andorra, Rumania, entre otros países.

9. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Podemos sostener que hay jurisdicción constitucional cuando un órgano competente legalmente investido con tal objeto decide materias constitucionales, con independencia de si es o no un órgano especializado en la

materia, posición que compartimos con Bidart Campos¹³, Nestor Pedro Sagüés¹⁴, García Belaunde¹⁵ y Fix Zamudio¹⁶, entre otros.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional se pueden diferenciar modelos originales, mixtos y dualistas, siendo estos dos últimos producto de la combinación y convergencia de los modelos originales a través de su evolución histórica, los cuales se han desarrollado con fuerza en América Latina.

A) El modelo americano.

El primer modelo que se desarrolla de jurisdicción constitucional es el denominado «modelo americano», cuya denominación responde al hecho de su generación en Estados Unidos.

Esta solución fue establecida por vía jurisprudencial en Estados Unidos en el famoso fallo «Marbury vs Madison», en 1803. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos por primera vez otorgó plena competencia a los jueces, para que en caso de un conflicto entre una ley y la Constitución, resolviera dando preferencia a la norma constitucional. El juez Marshall aplicó el principio según el cual, ante un conflicto entre dos normas de diferente jerarquía, debe prevalecer la de jerarquía superior. Este sistema ha sido utilizado también en Noruega, si bien en casos excepcionales.

Al igual que Estados Unidos aceptan el control de constitucionalidad por un sistema de jurisdicción difuso, vale decir, donde el control de constitucionalidad incidental puede ser efectuado por todos los magistrados de los tribunales ordinarios de Justicia, Bolivia, Colombia, Canadá, Argentina. En Argentina la interpretación de las normas constitucionales pronunciadas por la Corte Suprema, vincula a todos los otros órganos jurisdiccionales.

El tipo de control de constitucionalidad por los tribunales ordinarios, tiene el defecto de debilitar la exigencia de la «certeza del derecho», ya que la norma cuestionada se mantiene vigente en abstracto, por cuanto las sentencias dictadas poseen eficacia limitada al caso concreto, de acuerdo con

¹³ GERMÁN BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

¹⁴ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, cit.

¹⁵ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., especialmente el artículo «El Derecho Procesal Constitucional», pp. 5-35.

¹⁶ HÉCTOR FIX ZAMUDIO, «Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, núm. 1, año 1995.

los principios generales relativos a los efectos jurídicos de, las sentencias judiciales; ello impide a otros afectados por la norma saber si el juez, al conocer su caso, declarará la norma aplicable o inaplicable.

Este inconveniente se atenúa en los países de tradición anglosajona por la regla del *stare decisis*, esto es, la obligación de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión sobre un determinado punto de derecho adoptada por las jurisdicciones de rango superior, como ocurre en el caso de los Estados Unidos.

a) *El control de constitucionalidad en los Estados Unidos.*

Como ya hemos señalado, la Constitución de los Estados Unidos nada dice en relación al control de constitucionalidad.

En un primera etapa del desarrollo constitucional de los Estados Unidos, la Corte Suprema tuvo dudas para reconocer a los órganos jurisdiccionales ordinarios el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. La Corte Suprema resolvió sobre este control de constitucionalidad en la sentencia ya mencionada, del año 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, estando presidida la Corte por el Chief Justice *Marshall* que ocupó el cargo durante 34 años. La Corte se basó en la facultad conferida al tribunal supremo de resolver todos los casos suscitados bajo la Constitución (artículo III, sección 2, de la Carta Fundamental) y en la cláusula de supremacía que define la Constitución como un derecho supremo del país. Así, determinó que a los tribunales les corresponde la facultad de aplicar la constitución, declarando la inconstitucionalidad de las leyes que la puedan contradecir. De tal forma, la Corte Suprema se definió a sí misma, como el resto de los tribunales federales norteamericanos, como intérprete y defensora de la Carta Fundamental, con las consiguientes consecuencias políticas de sus fallos.

Esta facultad de interpretación constitucional que se otorgó la Corte Suprema, llevó a señalar al presidente de ella en 1908, el *Chief Justice Hughes*, que el derecho de los Estados Unidos es lo que los nueve jueces de la Corte Suprema dicen que *es*.

El ejercicio de esta atribución *por* la Corte Suprema ha llevado a ciertos analistas del régimen norteamericano a sostener en determinadas etapas del desarrollo político de los Estados Unidos la existencia de un «Gobierno de los jueces»¹⁷. En efecto, la Corte Suprema ha jugado un rol en materias de relevante trascendencia política como han sido el «New Deal», la discriminación racial, la relación Iglesia-Estado y la representación proporcional de los distritos, entre otros.

¹⁷ E. LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*, París, 1921.

Luego del fallo *Marbury vs. Madison*, el control de constitucionalidad forma parte de la función de toda jurisdicción, cualquiera sea su lugar en la jerarquía judicial. Ella corresponde, por tanto, también a las Cortes inferiores (artículo III, sección 1 de la Constitución), las cuales son, en primera instancia las Cortes de Distrito, y en segunda instancia, las Cortes de Apelación.

En los Estados miembros de la Unión existe también un control de constitucionalidad de la legislación interna en relación a su respectiva Constitución, ejercido por los tribunales de los Estados, que *tienen* como instancia superior sus respectivas Cortes Supremas. El control en relación a las leyes y a la Constitución federal es ejercido por los tribunales bajo reserva del derecho de apelación ante jurisdicciones federales, cuyo último resorte es la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En Estados Unidos existe un control difuso de constitucionalidad que puede ser ejercido por cualquier tribunal federal e incluso por tribunales estatales. Este control difuso de constitucionalidad afecta al principio de seguridad jurídica. Sin embargo, esta consecuencia negativa ha sido atenuada por la acción de la Corte Suprema Federal mediante sus propias sentencias, las que, en virtud del principio del «*stare decisis*» vinculan a todo el sistema jurisdiccional, en una constante adecuación de la Constitución a las exigencias variables de una sociedad sujeta a continuas transformaciones¹⁸.

Esta situación ha permitido sostener a diversos autores que la Corte Suprema, sin someter sus proposiciones a ninguna ratificación, puede modificar —por vía interpretativa— la ley fundamental¹⁹ por lo cual llegan a concluir que ella detenta «el inmenso poder de decidir soberanamente lo que es la Constitución»²⁰.

Sin embargo cabe matizar las afirmaciones hechas, señalando que la Corte Suprema sólo está llamada a pronunciarse sobre un asunto a petición de otros, jamás por iniciativa propia. A ello, cabe agregar que, para contener sus propias extralimitaciones ha desarrollado el principio de autolimitación (Self-restraint), en virtud del cual evita entrometerse en las facultades de otros órganos; además, usa la excepción de no entrar a conocer materias que considera cuestiones políticas.

A través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal por la Corte Suprema, no se produce la anulación formal de la ley, simplemente no se aplica²¹. No obstante, al ser «sus decisiones vinculantes para

¹⁸ GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 450.

¹⁹ R. H. JACKSON, *The Struggle Judicial Supremacy*, New York, A. A. Knopf, 1941, p. XI.

²⁰ A. MATHIOT, «La Cour Suprême», en *Revue de Science Politique*, París, abril de 1969, p. 261.

²¹ Ver CLAUDE FRANK, «Droit Constitutionnel et Institutions Politiques Comparées», *Les Cours de Droit, 1979-1980*, París. FRANCIS HAMON y CÉLINE WEINER, «Le Contrôle de cons-

los órganos inferiores, en virtud de la doctrina del precedente, el resultado es el mismo que se produciría si se declarase nula con carácter general la ley contraria a la Constitución»²².

b) *Los procedimientos de control de constitucionalidad en los Estados Unidos.*

Todos los procedimientos de control de constitucionalidad aplicados en Estados Unidos se pueden iniciar sólo una vez que la ley ha entrado en vigencia, vale decir, son controles *a posteriori* o *repressivos* y de *carácter incidental*. Hay tres procedimientos de control de constitucionalidad en Estados Unidos.

a) La excepción de inconstitucionalidad. Ella se utiliza en el curso de un proceso en que por vía de excepción, se puede alegar la inconstitucionalidad de una ley, correspondiendo entonces al juez pronunciarse sobre el punto, y en caso necesario, declarar la ley no aplicable en la especie.

b) Procedimiento de «requerimiento». Se utiliza cuando una persona estima que hay una ley que perjudica sus intereses por ser contraria a la Constitución. Sin esperar que la disposición sea aplicada, puede recurrir al juez solicitándole que dirija al funcionario encargado de ejecutarla, un requerimiento tendente a prohibirle que la aplique.

c) El procedimiento del juicio declaratorio. Mediante este procedimiento el juez tiende aclarar a las partes en conflicto sobre sus situaciones jurídicas respectivas, con el fin de evitar todo juicio posterior. Este procedimiento implica sólo una declaración de los derechos de cada parte, de allí su nombre, sin pronunciar condenas ni «requerimientos».

El procedimiento de «requerimiento» y el procedimiento del juicio declaratorio permiten iniciar el control sin esperar que la acción haya sido intentado contra ellos; tales procedimientos tienen un carácter preventivo.

El modelo americano se caracteriza por atribuirse el conocimiento de las cuestiones relativas a constitucionalidad de las normas legales a todos los tribunales que ejercen la potestad jurisdiccional, inaplicando los preceptos inconstitucionales al caso concreto, en procedimiento incidental (surgido con ocasión de una gestión judicial concreta), a instancia de parte en el proceso, y cuyo fallo produce efecto inter partes, con efectos *ex tunc*.

titutionnalité aux États unis», en *Documents d'Étude*, núms. 1, 15, 16 de la Documentation Française, septiembre 1978, p. 18.

²² PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Estados Unidos de América», en *Sistemas Políticos Contemporáneos*, Ed. Teide, Barcelona, 1984, p. 53.

Tal perspectiva ha sido atemperada en relación a los efectos del fallo que emite la Corte Suprema norteamericana, ya que ésta, desde hace tres décadas, acepta la eficacia sólo hacia el futuro (*ex nunc*) de sus sentencias, en ciertas condiciones especiales.

B) El modelo germano-austríaco o europeo de jurisdicción constitucional.

a) *El fundamento de los tribunales constitucionales y su concreción histórica.*

Kelsen es el creador intelectual e inspirador de la racionalización del sistema norteamericano de control de constitucionalidad, a través de la creación de un tribunal constitucional con una jurisdicción constitucional especializada, cuya característica específica esta constituida por asumir la competencia de resolver las acciones o «recursos» de inconstitucionalidad sobre preceptos legales (control normativo abstracto de constitucionalidad de preceptos legales), lo que se concreta en la Constitución de Austria de fecha 20 de octubre de 1920, precedida de la ley austríaca de 25 de enero de 1919, que genera un órgano denominado Tribunal Constitucional (*Verfassungsgesichtshof*), al cual la Ley del 14 de marzo de 1919 le entrega un control preventivo de constitucionalidad de las leyes de los Länder, lo que dará paso en 1920 al Tribunal Constitucional austríaco de la Carta Fundamental de dicho año, en su artículo 140.

La justificación de los tribunales constitucionales está dada en la defensa jurídica de la Constitución democrática frente a las posibles vulneraciones de ella por los órganos y agentes del Estado que no respeten el ámbito de sus competencias, abusando del poder o utilizando sus competencias para fines distintos de aquellos para los cuales fueron desarrollados. Un segundo elemento que justifica su existencia es la protección de los derechos humanos o derechos esenciales de la persona humana, que constituye uno de los fundamentos básicos del Estado Constitucional. El tercer fundamento es la protección de las minorías y sus derechos frente a los eventuales desbordes de las mayorías que controlan el Parlamento y el Gobierno.

Estos tribunales realizan una tarea especializada de carácter jurídico político, para la cual se requiere concretar una hermenéutica finalista y sistemática que considera los valores y principios que orientan el conjunto del texto constitucional, enjuiciando las normas jurídicas a partir de la Constitución.

Esta labor jurídica con connotaciones políticas requiere de los magistrados que integran estos tribunales una especial legitimidad doble: su pre-

paración jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad. Es por ello que los magistrados que integran los tribunales o cortes constitucionales son juristas destacados que por regla general cuentan con cierta experiencia mínima exigida, siendo ellos escogidos y nombrados por las asambleas parlamentarias, el Presidente de la República y los gobiernos, participando en el proceso, en algunos casos, las más altas magistraturas, todo ello de acuerdo con el tipo de gobierno constitucional democrático existente en cada país.

A su vez, la defensa de la Constitución es considerado más adecuado encargársela a un órgano extra poder como es, por regla general, el Tribunal o Corte Constitucional, dotado de autonomía e independencia frente a los poderes clásicos del Estado, que a un órgano instituido de naturaleza política como una Asamblea Legislativa compuesta de legos, o a la judicatura ordinaria, cuyas propias actuaciones pudieren ser objeto de cuestionamiento por inconstitucionalidad, o ser susceptibles de entrar en un conflicto de competencias con otro de los órganos estatales.

Para Kelsen, el Tribunal Constitucional se limita a controlar la compatibilidad de dos normas abstractas de jerarquía diferente: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional es un legislador negativo, ya que la anulación de la ley tiene el mismo carácter general de la formación de la ley, en palabras del mismo Hans Kelsen, constituye una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa²³.

Esta concepción de Kelsen tiene como consecuencia que las decisiones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional tienen un valor constitutivo y no declarativo por lo que producen solo efectos para el futuro (*ex nunc*), ya que el precepto legal es válido mientras no sea declarado su inconstitucionalidad, vicio de anulación y no de nulidad, ya que la ley es válida y eficaz mientras el Tribunal Constitucional no la anula, lo que, una vez concretado, produce el efecto de que la ley pierda validez, teniendo así el fallo efectos generales o «fuerza de ley».

Este modelo germano austríaco junto con concretarse en Austria, se desarrolla prácticamente en forma simultánea en Checoslovaquia (1920) y es asumido por la Constitución española de 1931, más tarde se generalizará después de la Segunda Guerra Mundial: Austria, Italia, Alemania, España, Portugal, Rusia, Egipto, Polonia, Hungría, Turquía, Colombia, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia, Sudáfrica, Rumania, Estonia, Lituania, Bulgaria, Croacia, Hungría, República Checa, Macedonia, entre otros.

²³ HANS KELSEN, «La garanzia giurisdizionale delle costituzione», en *La Giustizia Costituzionale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1981, p. 174.

En todo caso es conveniente mencionar que junto al desarrollo del Tribunal Constitucional Austríaco, simultáneamente se estructura el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, aun cuando dicho tribunal no ejerce control de constitucionalidad ni genera jurisprudencia durante su existencia formal de casi dos décadas.

En América Latina, hay antecedentes del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, con anterioridad al modelo germano austríaco de 1919-1920, en la Constitución de Venezuela de 1811 reasumido luego por la Constitución de 1858²⁴, como asimismo, en Colombia. En este último país, la Ley Orgánica de la Administración y Regimen Municipal de 1850, posibilita la acción popular de inconstitucionalidad contra ordenanzas, acuerdos de Cámaras provinciales y cabildos parroquiales, aun cuando es necesario reconocer que no hay un órgano especial o ad hoc de control de constitucionalidad²⁵, como asimismo, desde el punto de vista competencial, no es practicable la acción respecto de leyes federales, lo que es inherente a la jurisdicción constitucional.

Una modalidad similar a la Colombiana, ya se encuentra vigente en la misma época en la Confederación Suiza, a través del recurso de derecho público suizo (*staatsrechtliche Verfassungsbeschwerde* contenido en la Constitución de suiza de 1848)²⁶.

Las Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales, se desarrollan a partir del término de la primera guerra mundial como ya hemos comentado. Tales Cortes o Tribunales Constitucionales renacieron con mayor fuerza al término de la Segunda Guerra Mundial en Europa: en Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1958), Turquía (1961), Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1982), España (1978), Bélgica (1980), Polonia (1982-1986-1997), Hungría (1989); Checoslovaquia (1991-1992) y, sus sucesoras en la República Checa y Eslovaca (1993); y en la República Federativa Rusa (1991), para señalar las más importantes.

A su vez, en *América Latina*, vemos su aparición en Guatemala (1965-1985), en Chile (reforma constitucional de 1970 y Constitución de 1980), Perú (1979-1993), en Colombia (1991), en Ecuador (1994-1998), en Bolivia (1998).

²⁴ CARLOS AYALA CORAO, «La jurisdicción constitucional en Venezuela», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEC, Madrid, p. 381.

²⁵ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de la Constitucionalidad (1918-1939)*.

²⁶ JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, Ed. UNAM, México, 2000, p. 61.

b) *Rasgos fundamentales.*

Las Cortes Constitucionales, en palabras de García de Enterría, en lugar de competidores del parlamento, terminan siendo su complemento lógico. Ellas no pueden indagar «la relación de adecuación o no a la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, por medio de simple lógica racional, desvincula de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales»²⁷.

El mismo autor señalará que una Constitución «sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos *casos*, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene, la Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros»²⁸.

En el modelo germano austríaco se concentra así la competencia de conocer de la constitucionalidad de los preceptos legales en un órgano especializado o *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, el cual actúa de manera directa, a instancia de determinados órganos políticos y cuyas sentencias producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*.

Este modelo puro desarrollado en Austria en 1920 ha generado algunas líneas de convergencia con el modelo americano, mediante la inserción de la cuestión de constitucionalidad incorporada al Tribunal Constitucional austríaco en 1929, la que se encuentra también asumida por los tribunales o Cortes Constitucionales de Italia, Alemania, España y Bélgica.

La cuestión de constitucionalidad implica que el magistrado o juez que debe aplicar a un caso específico una norma o precepto legal que estime inconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya sea a petición de parte o de oficio, debe suspender el procedimiento y remitir el asunto al Tribunal Constitucional para que resuelva la constitucionalidad de la norma cuestionada.

A su vez, diversos tribunales constitucionales emiten fallos que determinan la inconstitucionalidad con efectos retroactivos (*ex tunc*), aun cuando ello se encuentra limitado por disposiciones constitucionales y legales.

²⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 58.

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 186.

Los tribunales constitucionales se desarrollan, asimismo, por la falta de adecuada competencia para conocer de esta materia de los jueces ordinarios.

El profesor Cappelletti, agrega otros elementos para el caso europeo que son susceptibles de ser aplicados también a muchos países latinoamericanos: los jueces «son magistrados de carrera poco aptos para asegurar la tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos que sus funciones tradicionales de simples intérpretes y de fieles servidores de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del nudo central de éstas que es la declaración de los derechos fundamentales o «Bill of Right» es normalmente muy diferente de la interpretación de las leyes ordinarias, ello exige una aproximación que se conjuga con la tradicional «debilidad o timidez» del juez del modelo continental».

Para el profesor italiano G. Zagrebelsky, la Corte Constitucional tiene la capacidad de «detener el exceso de «contractualización» de las decisiones políticas, la que puede ella misma ser muy peligrosa para los derechos fundamentales, sobre todo para los de aquellos que no participan en la contractualización», es decir de aquellos que no participan de la negociación política parlamentaria o gubernamental. En esta pueden conculcarse valores protegidos por el ordenamiento constitucional, y, por tanto, no sujeto a la negociación de los poderes constituidos.

De esta forma, las Cortes Constitucionales constituyen un contrapeso a una mayoría parlamentaria o gubernamental poderosa brindando protección a los derechos de la minoría y de la oposición.

Esta realidad que debe tenerse en consideración a la hora de analizar las Cortes Constitucionales, justifica que para dotarlas de mayor legitimidad, una parte de sus miembros sean designados por órganos políticos.

Las características fundamentales de estas Cortes Constitucionales que siguen el modelo germano-austriaco son así de control concentrado, los tribunales ordinarios no tienen competencia en la materia de control de constitucionalidad, su composición está determinada por la participación de políticos que eligen a juristas para integrar la Corte o Tribunal»²⁹; sus sentencias producen efectos *erga omnes* y constitutivos.

²⁹ Constituyen una excepción a este principio la Corte Constitucional de Grecia, compuesta sólo de Magistrados de Corte y el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador, artículo 140, y que está integrado por parte de miembros no letrados, designados por cuerpos intermedios.

C) Los tribunales constitucionales europeos: rasgos comunes y diferencias.

a) *Los Tribunales Constitucionales de Austria y Alemania.*

En el caso de Austria, al término de la Segunda Guerra Mundial en 1945, el país recuperó su independencia y su régimen constitucional que rigió entre 1920 y 1934, restableciéndose el Tribunal Constitucional y su función de control de constitucionalidad, el cual fue perfeccionado en sus competencias en 1975.

El Tribunal Constitucional austríaco está integrado por catorce magistrados y seis suplentes. Los vocales y suplentes son propuestos respectivamente, por la Cámara Baja y por el Senado, los cuales, son nombrados por el Presidente de la República. Los magistrados permanecen hasta el cumplimiento de los setenta años.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de las leyes federales, las leyes estatales y los decretos leyes, también se pronuncia sobre las violaciones del Derecho Internacional, controla la legalidad de elecciones y referéndum, decide controversias por violaciones del derecho internacional, resuelve conflictos de competencia entre órganos estatales y de estos con los órganos federados, resuelve recursos de queja por inconstitucionalidad de los actos del poder ejecutivo.

El Tribunal conoce de las materias de su competencia, ya sea a instancias del gobierno federal o de los gobiernos estatales o regionales, según determina el artículo 140 de la Constitución.

El Tribunal conoce de oficio en el caso de leyes que deben servir de base para un fallo del Tribunal Constitucional, cuando considera éste que dicha ley es inconstitucional, pronunciándose sobre la materia sin necesidad de requerimiento de parte. La determinación de inconstitucionalidad de una ley se realiza fundamentalmente en control represivo, con efecto *erga omnes* y *ex nunc*.

La actual Constitución Alemana mantiene las características originales antes señaladas del modelo kelseniano. La Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) se sitúa en el mismo plano del Parlamento alemán (*Bundestag* y *Bundesrat*) como del gobierno federal (*Bundesregierung*).

El Tribunal consta de dos salas con ocho magistrados cada una, constituyéndose en el supremo guardián de la Constitución. La mitad de sus componentes es designada por el Bundestag y la otra mitad por el Bundesrat o Consejo Federal. Tres de los ocho jueces de cada sala deben ser miembros nombrados de entre los que componen los Altos Tribunales Federales, los

demás miembros pueden ser nombrados de fuera de la judicatura y son juristas relevantes o profesores de derecho.

La Corte Constitucional tiene como competencia resolver conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales, entre la Federación (Bund) y los estados miembros (Länder), el control de constitucionalidad de normas jurídicas, el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad (amparo). Tiene además competencia para conocer y fallar acusaciones contra el Presidente de la República, jueces y magistrados, y contra partidos que atenten contra el orden democrático constitucional. A su vez, tiene competencia de revisión en materia electoral.

La duración en funciones de los magistrados de carrera en el Tribunal Constitucional es indefinido hasta los 68 años de edad, luego deben acogerse a jubilación. La duración en funciones de los magistrados ajenos al poder judicial es de ocho años, los cuales deben reunir los requisitos de 40 años de edad y poseer la capacidad e idoneidad necesaria para ejercer funciones judiciales.

b) *La variante italiana en relación al modelo austríaco.*

El modelo italiano, regulado en la Constitución de 1947³⁰, establece un Tribunal Constitucional que, además de la acción directa de inconstitucionalidad que pueden poner en movimiento el Gobierno Central y los de las regiones autónomas respecto de las leyes nacionales consideradas como contrarias a la Constitución, ha considerado una vía pre-judicial o incidental; resuelve conflictos entre órganos del Estado y aquellos entre el Estado y las regiones; y resuelve las acusaciones entabladas contra el Presidente de la República y los Ministros.

La Corte resuelve también las reclamaciones de cualquier ciudadano, por la violación de sus derechos constitucionales por parte de autoridades públicas.

A su vez, la Corte Constitucional realiza el control preventivo de constitucionalidad sólo en materia de normas regionales a instancia del gobierno central.

El tribunal esta compuesto de 15 jueces elegidos entre los magistrados de las jurisdicciones superiores, ordinarias o administrativas, académicos y abogados con veinte años de ejercicio profesional a lo menos. Cinco de ellos elegidos por el Presidente de la República, cinco por ambas ramas del parlamento y cinco por las magistraturas supremas. Son nombrados por

³⁰ Ver PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 557 y ss. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 8 y ss.

nueve años y pueden ser reelegidos. A ellos se suman dieciseis miembros extraordinarios en caso de acusación constitucional contra el Presidente de la República o los ministros.

El modelo italiano tiene sus propias peculiaridades que los separan del modelo inspirador austríaco, ya que en un proceso determinado, tanto las partes como el Ministerio Público, y también el *juez de oficio*, pueden plantar la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, el juez que está conociendo de la causa, tiene la facultad de elevar la cuestión a la Corte Constitucional, la cual si determina que los preceptos legales impugnados son contrarios a la Constitución, el fallo produce efectos generales, perdiendo tales disposiciones su eficacia desde la fecha de la sentencia respectiva de la Corte Constitucional.

c) *La variante española del Tribunal Constitucional*³¹.

Ya hemos señalado que el origen del Tribunal Constitucional español se encuentra en el desarrollo, durante la vigencia de la II República, del Tribunal de Garantías Constitucionales creado en 1931, el cual concluyó su existencia al establecerse el régimen autoritario de Francisco Franco.

Al restablecer la democracia, después de cuarenta años de experiencia autoritaria, la Constitución de 1978, crea el Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, siguiendo el modelo germano austríaco con algunas variantes como reconoce la doctrina española³².

Su posición constitucional, establecida en los artículos 159 a 165 de la Carta Fundamental, las cuales son desarrolladas por la Ley Orgánica del 3 de octubre de 1979 (LOTIC), legislación que lo ubica como el «interprete supremo de la Constitución» (art. 1.1. LOTIC).

Su integración es de doce miembros, cuatro de los cuales son propuestos por el congreso, el que decide por mayoría calificada de 3/5; cuatro por el Senado, con igual procedimiento y quórum, dos propuestos por el gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial, todos los cuales son nombrados por el Rey. Todos ellos deben ser juristas de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional.

³¹ Ver FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1054 y ss. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, cit.

³² FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (estudio sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 409 y ss. ANTONIO TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 3.ª edición renovada, tomo 2, Madrid, 1992, pp. 388 y ss.

El Tribunal Constitucional opera en dos salas que ejercen la función jurisdicción en materia de amparo y como pleno para los otros asuntos de su competencia (recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad, conflictos de competencia).

Las competencias están asignadas por el artículo 161.1 de la Constitución, ellas son: conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; conocer del amparo por violación de derechos señalados en el artículo 53.2 de la Constitución; resolver los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí; resolver sobre la inconstitucionalidad de los tratados internacionales; conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el órgano judicial pertinente, en relación a normas consideradas contrarias a la Constitución y de cuya validez depende el fallo; conocer sobre las impugnaciones que haga el Gobierno a las disposiciones o resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas.

Los fallos del Tribunal Constitucional español producen efectos *erga omnes*, al igual que los demás tribunales constitucionales pertenecientes al mismo modelo germano austríaco.

d) *La variante francesa del control concentrado de carácter preventivo del Consejo Constitucional*³³.

El modelo austríaco seguido por Alemania, Italia y España, entre otros países, se diferencia de la variante francesa, por el establecimiento en Francia de un control preventivo o a priori de la constitucionalidad de las leyes, establecido por la Constitución de octubre de 1946, entregándose a un Comité Constitucional de naturaleza fundamentalmente política (art .91), el cual si estimaba que la ley era inconstitucional, establecía la necesidad de reformar la Constitución, para evitar el desacuerdo entre el texto constitucional y la ley.

La Constitución de 1958 reemplazó el Comité Constitucional por el Consejo Constitucional, manteniendo el control preventivo de constitucionalidad de las leyes. Pero se modificó profundamente el sentido del control ya que si la ley se consideraba inconstitucional, la Constitución es la que

³³ CHARLES DEBBASCH y J. M. PONTIER, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Ed. Económica, París, 1990. LOUIS FAVOREAU, *Les Cours Constitutionnelles*, Ed. PUF, París, 1986. Edición castellana, *Los Tribunales Constitucionales*, en Ed. Ariel, Barcelona, 1994. VARIOS AUTORES, «Le Conseil Constitutionnel», *Revue Pouvoirs*, núm. 13, París, 1980. LOUIS ET PHILLIPS FAVOREAU, Loic., *Le Conseil Constitutionnel*, Ed. PUF, París, 1985.

prevalece y es la ley la que es sacrificada. Asimismo, las sentencias del control preventivo tienen valor de cosa juzgada con efectos inter partes y además plenos efectos frente a todos los poderes y tribunales (artículo 62 Constitución). Este efecto inter partes de la sentencia del Consejo Constitucional constituye otra diferencia importante con el modelo germano austríaco, ya que las sentencias en este último producen efectos *erga omnes*.

Diversas críticas se realizan al *control preventivo* o a priori, las que abordaremos aquí enunciando las más importantes, entre ellas cabe destacar las siguientes:

a) Dicho control no es satisfactorio desde el punto de vista técnico, ya que el juez no dispone de un tiempo de examen suficiente.

b) Un precepto legal aún no aplicado no ha demostrado todavía sus imperfecciones o irregularidades constitucionales.

c) El control es ilegítimo, porque pone en causa o molesta el ejercicio de la soberanía parlamentaria, interponiéndose entre el voto y la promulgación de la ley.

d) Este control tiene por objeto preceptos aún no perfectos, todavía no integrados al ordenamiento jurídico, por tanto, no existe aun una infracción a éste, que es lo único que hace válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional, por lo que en este caso estaríamos frente a un control jurídico pero no un control jurisdiccional.

e) Dicho control convierte a la Corte Constitucional en tercera Cámara Legislativa.

Sin embargo, *el control preventivo presenta también ventajas y aspectos positivos:*

a) El control evita las sentencias manipuladoras sustitutivas o aditivas por medio de la interpretación del juez a cargo del control represivo de constitucionalidad, quedando, en el caso del control preventivo, el legislador, como dueño de las correcciones que desee efectuar al texto impugnado.

b) El control preventivo otorga seguridad jurídica, valor que se relativiza por las declaraciones de inconstitucionalidad a posteriori, evitando así muchas controversias y dudas de parte de quienes son los destinatarios de la norma jurídica respectiva.

c) Parece ser menos atentatorio contra las prerrogativas políticas y legislativas del parlamento el impedir que una norma inconstitucional entre en vigencia, pudiendo el legislador corregirla, que el impugnar una norma vigente haciendo caer todo el edificio construido sobre ella.

Por otra parte, no puede equipararse la Corte Constitucional a una Cámara Legislativa, ya que la interpretación que ella hace es jurídica y no política de oportunidad o conveniencia. Por otra parte, para darle mayor legitimidad y prestancia a la Corte, participan en su generación los poderes políticos, el parlamento o sus cámaras con mayorías calificadas, como el gobierno o el jefe de Estado, en diversas ocasiones.

Sin embargo, cabe reconocer que mientras más generales sean las normas hay menos grado de precisión, habiendo un mayor grado de discrecionalidad dado a los magistrados para interpretar las normas al aplicarlas, constituyendo una actividad jurisdiccional de creación normativa. Si la Constitución se concreta a través de su interpretación, el parámetro constitucional será objetivado en la medida que pueda sostenerse que existen criterios objetivos de interpretación.

En toda jurisdicción constitucional hay una tendencia «axiologizante» como «consecuencia necesaria de la estructura y textura propia de los preceptos materiales de la Constitución, cuya construcción requiere la apelación frecuente a conceptos de valor, de allí la posible discrecionalidad. Las diferencias de la interpretación valorativa debe ser superada por una teoría de la Constitución que sirva como criterio interpretativo, proporcionando estructuras dogmáticas y normas ordenatorias. Por ello, el intérprete constitucional no debe olvidar que la norma debe insertarse no sólo en un sistema normativo, sino también en categorías teóricas que le den coherencia y significado (Hesse, Dworkin).

e) *La variante portuguesa de control tanto por acciones como por omisiones*³⁴.

Portugal creó en 1982 el Tribunal Constitucional mediante una reforma a la Constitución de 1976, regulándolo a través de la ley N.º 28 del 15 de noviembre de 1982. Dentro de sus competencias se encuentran las siguientes:

a) El control preventivo de constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales (artículo 278 de la Constitución).

Pueden requerir al Tribunal, el Presidente de la República respecto de los proyectos de ley aprobados, antes de su promulgación; los Ministros de Estado pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal respecto de Decretos que vayan a promulgarse.

³⁴ Ver J. J. GÓMEZ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Ed. Librería Almedina, Coimbra, 1993.

b) El control abstracto de la constitucionalidad de cualquier norma legal a requerimiento del Presidente de la República, del Presidente del Parlamento, del Primer Ministro del Fiscal de la República, o de una décima parte de los miembros del Parlamento. Si en tres resoluciones concretas ha determinado una norma inconstitucional, tiene la facultad para determinar de manera abstracta y con efectos generales su salida del ordenamiento jurídico (artículo 281 inciso 4). En esta perspectiva, no todas sus sentencias producen efectos *erga omnes*.

c) El control de constitucionalidad y legalidad de los preceptos normativos. Hay la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional por una parte en un litigio, cuando una resolución del tribunal se niega a aplicar una ley considerando que ella es inconstitucional o contra aquellas resoluciones en las cuales se aplica la ley, pese a la objeción de inconstitucionalidad formulada por una de las partes, pudiendo sólo ella entablar el recurso (artículo 280).

d) La inconstitucionalidad por omisión de las normas legislativas que no han implementado ni aplicado las normas constitucionales (artículo 283).

e) La declaración como inconstitucionales de las organizaciones fascistas, además de otras competencias en materia electoral y plebiscitaria.

El Tribunal Constitucional de Portugal está integrado por trece jueces, diez de ellos designados por la Asamblea de la República y los otros tres son cooptados por los diez primeros.

El mandato tiene una duración de seis años y puede renovarse. El Presidente es elegido por los miembros del Tribunal por un periodo de dos años.

Todos los integrantes del Tribunal Constitucional deben ser juristas, donde parte de ellos deben elegirse obligatoriamente entre magistrados de los tribunales de justicia.

D) Los modelos latinoamericanos de control de constitucionalidad.

Los sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad adquieren en el curso del siglo XX, modalidades que combinan los modelos de control por tribunales ordinarios con control difuso, bajo la inspiración del modelo norteamericano, sistemas de control por tribunales constitucionales siguiendo el modelo europeo, o finalmente, combinando los sistemas de control por tribunales ordinarios y tribunales constitucionales, generando así modalidades propias distintas del modelo puro norteamericano o europeo, como es la combinación de controles «difuso-concen-

trado»³⁵, de doble carácter concentrado o la existencia de variantes dualistas³⁶.

Podemos señalar que, en América Latina, el control concentrado de constitucionalidad nace en el siglo XIX, antes de que éste se desarrollara en Europa, a través de la creación de los tribunales constitucionales, en el caso de la Constitución venezolana de 1811 y de 1858, aun cuando no es ejercido por un órgano especializado *ad hoc*, sino por tribunales ordinarios como son las Cortes Supremas de Justicia, cuyas sentencias tenían efecto *erga omnes*.

a) *El modelo de control integral y paralelo colombo-venezolano y su evolución.*

Sólo ocho años después de establecerse el control de constitucionalidad de las leyes por vía incidental en Estados Unidos, surge en Colombia, en 1811, en la Constitución para la provincia de Cundinamarca, el control de constitucionalidad por vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos, contra todo acto jurídico que atenta contra la Constitución, la que debía ser presentada ante el Senado de Censura, cuerpo de carácter político y no judicial.

En 1858, las constituciones colombiana y venezolana de dicho año, instituyeron, en Venezuela, la acción pública de inconstitucionalidad creada en 1811 en Colombia; y a su vez, en este último país, se organizó dentro de un control mixto suspensivo de inexequibilidad para la Corte y definitivo de inexequibilidad para el Congreso, a su vez, se dio el carácter de efectos generales o *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad, desarrollado ya en Venezuela desde 1811. Apareciendo así el control concentrado de constitucionalidad de las leyes en territorio americano, antes de su implementación en Austria (1919-1920).

La Constitución de Venezuela de 1858, en su artículo 113, se faculta a la Corte Suprema para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por la legislatura provinciales por ser contrarias a la Constitución nacional. Dicho control fue ampliado desde 1893 a todas la legislación nacional³⁷.

³⁵ RODOLFO PIZA ESCALANTE, «Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional de Costa Rica», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1995, p. 155.

³⁶ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado», *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, pp. 183 y ss.

³⁷ ORLANDO TOVAR TAMAYO, *La jurisdicción constitucional*, Ed. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 87.

La Constitución Colombiana de 1886, en su artículo 90, facultó al Presidente de la República para objetar por inconstitucionalidad los proyectos de ley aprobados por el Congreso, estructurándose un control de constitucionalidad preventivo de las leyes de carácter restringido³⁸.

Dicha Constitución reformada por el Acto Legislativo N.º 3 de 1910, amplió la competencia de control concentrado de constitucionalidad a las leyes y decretos con fuerza de ley, mediante la acción de inexecutable. A su vez, la reforma de 1986, estableció un control «automático u oficioso» respecto de ciertos decretos del Gobierno. La reforma de 1968 estableció en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público; la reforma de 1979 de fugaz vigencia, otorgó a la Sala Constitucional capacidad decisoria, ya que hasta dicha fecha la Sala Constitucional solo informaba al pleno de la Corte Suprema y era éste el que tomaba las decisiones.

La reforma constitucional de 1910 también había establecido el control de constitucionalidad por vía de excepción, origen del control de constitucionalidad difuso en el sistema colombiano.

El sistema colombiano combina así el control por vía de acción y de excepción, el control concentrado y el difuso, el represivo o a posteriori, como asimismo, el control automático u oficioso³⁹. Este sistema de control integral, estaba conformado por los siguientes elementos:

1) Control por vía de acción pública (artículo 214 de la Constitución). Mediante éste todo ciudadano podía requerir, sin necesidad de demostrar interés particular o concreto y sin estar vinculado a ningún proceso, cualquier precepto con rango de ley que se considerara inconstitucional, que fuese examinado por la Corte Suprema en la Sala Plenaria, previo examen por la Sala Constitucional y luego de oír al Ministerio Público por intermedio del Procurador, la Corte dictaba una sentencia de constitucionalidad o de inconstitucionalidad (inexecutable) con efectos generales o *erga omnes* y constitutivos o *ex nunc*.

2) Control automático o forzoso, mediante en cual la Corte Suprema debía dictar fallo de inexecutable de oficio, respecto de los decretos legislativos de estado de sitio (artículo 121 de la Carta Fundamental), o de emergencia económica y social (artículo 122), pudiendo cualquier ciudadano impugnar su constitucionalidad.

³⁸ JAVIER HENAS HIDRÓN, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, 11.ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1998, pp. 74 y ss.

LUIS CARLOS SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 1992, pp. 114 y ss.

³⁹ JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5.ª edición, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 1997, p. 48.

3) Control por vía principal, mediante requerimiento del Presidente de la República la Corte conocía y emita sentencia con efecto *erga omnes* sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso y antes de ser sancionados, cuando dicha objeción hubiere sido rechazada por el Congreso (artículo 214 de la Constitución).

4) Control por vía de intermediación jerárquica y de tutela administrativa. Según éste, los gobernadores de los Departamentos tenían la facultad de objetar, por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad los proyectos de ordenanzas aprobados por las Asambleas departamentales, los cuales eran sometidos al tribunal contencioso administrativo respectivo, para que éste decidiera, en fallo con efectos generales su convalidación o anulación, según se ajustara o no a la Constitución y a la ley. Los gobernadores departamentales podían revocar los actos de los alcaldes municipales por las mismas razones y revisar los acuerdos de los Consejos Municipales (artículo 194 de la Constitución).

5) Control simultáneo de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos por vía de acción pública de nulidad. Mediante el cual toda persona podía acusar un acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante una acción de nulidad de carácter pública, directa, abierta y sin condicionamiento procesal prejudicial, para que suspendiera provisionalmente el acto impugnado. Y luego, si encontraba mérito suficiente, lo declarare nulo por ser contrario a la ley o a la Constitución. Esta la «suspensión provisoria» es similar al «fuero de amparo» de la justicia mexicana.

6) Control incidental o por vía de excepción, ya sea de inconstitucionalidad o ilegalidad. De acuerdo con el cual se debe aplicar preferentemente la Constitución si entra en un conflicto con la ley o una norma administrativa, según sea un proceso judicial o gubernativo, ya sea a petición de parte o de oficio.

7) Control por vía de acción de amparo, que correspondía al fuero de amparo integral mexicano, para acudir por medio de apoderado en acción contenciosa-administrativa de anulación o de restablecimiento del derecho y plena jurisdicción contra actos, hechos u operaciones de la administración que fueren lesivas de derechos particulares y hayan infringido una norma constitucional, legal o administrativa superior.

8) El recurso de habeas corpus que protege la libertad personal.

9) El recurso de queja en interés general, particular o de la administración.

10) Las acciones públicas precautelativas en resguardo de la tranquilidad, seguridad y solidaridad pública e individual⁴⁰.

— La evolución del sistema colombiano.

Desde 1910 la característica esencial del sistema colombiano fue la acción popular de inconstitucionalidad, reconociendo a todo ciudadano la posibilidad de interponerla en cualquier tiempo contra normas inconstitucionales en vigencia, a fin de obtener su retiro del orden jurídico, ya que las sentencias de inconstitucionalidad tenían el efecto de hacerlas inaplicables *erga omnes*, pro futuro y definitivamente.

La nueva Constitución colombiana de 1991 organizó la Corte Constitucional que reemplaza a la Sala Constitucional de la Corte Suprema⁴¹.

La designación de los magistrados de la Corte Constitucional es de carácter mixto, se realiza por el Senado sobre ternas que le presenta el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con el objeto de asegurar la imparcialidad política y la neutralidad de los fallos.

El período de nombramiento de los magistrados del Tribunal es de ocho años, no siendo reelegibles.

La Constitución colombiana de 1991, artículo 241, otorga amplias competencias a la Corte Constitucional, las cuales contemplan el control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución en cuanto a vicios de procedimiento; el control sobre la convocatoria de asambleas constituyentes o referendos para reformar la Constitución; el control sobre los preceptos normativos de naturaleza legal, el control de constitucionalidad de forma y fondo de las leyes por vía de acción popular; el control sobre las cuestiones de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley; el control sobre los tratados internacionales y las leyes que le dan su aprobación; y el control de revisión de las sentencias en materia de tutela por violación de derechos constitucionales.

El artículo 241 de la Constitución establece que si los vicios de procedimiento del acto demandado son subsanables, la Corte ordenará devolverlo a la autoridad que lo realizó para que lo modifique y continúe el examen de fondo. Se generaliza así el control preventivo de validez formal de manera que el control se ejerza en dos momentos.

⁴⁰ VARIOS AUTORES, *Aspectos del Control Constitucional en Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984.

⁴¹ LUIS CARLOS SÁCHICA, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Ed. Temis, Bogotá, 1993.

También se dispone que los vicios de forma quedan subsanados en el plazo de un año desde la dictación o expedición del acto, caducando en tal plazo la respectiva acción.

Las leyes denominadas estatutarias o los proyectos de leyes estatutarias, tienen un procedimiento especial, que contempla el control preventivo de constitucionalidad, lo que no descarta la posterior demanda de inconstitucionalidad sobre aspectos no comprendidos o decididos en la revisión preventiva, como lo establece la normativa chilena en la Carta de 1980.

Se mantiene como competencia de la Corte Constitucional el control de oficio de las medidas adoptadas en los regímenes de excepción. Se mantiene, a su vez, el control sobre los proyectos de ley en caso de objeciones presidenciales rechazadas por el Congreso, fundadas en motivos de inconstitucionalidad.

A su vez, se mantiene en el Consejo de Estado (art. 234) y en los tribunales departamentales contencioso administrativos, el control judicial de constitucionalidad bajo la forma de acción de nulidad.

El plazo para fallar que tiene la Corte Constitucional es de 60 días.

La sentencia de la Corte produce cosa juzgada constitucional, no existiendo contra ella recurso alguno, decide el problema con efectos generales (*erga omnes*) y pro futuro. La sentencia no anula la ley sino que sólo la declara inexigible. El único órgano que puede anularla o derogarla es el Parlamento, todo ello con el objeto de evitar que la Corte Constitucional, al anular la norma, la declare inexigible desde su expedición, y evitar que se quiebre el principio de separación de poderes y la autonomía de ellos ⁴².

— La evolución del sistema venezolano.

En Venezuela se desarrolla un sistema mixto, un *control difuso* que corresponde en general a todos los órganos judiciales, con la facultad de desaplicar leyes en casos concretos y un *control concentrado* en la Corte Suprema, que puede *declarar* la nulidad de los actos violatorios de la Constitución de 1961, de acuerdo al artículo 215 de dicha Constitución, con efectos *erga omnes*⁴³. La Constitución de diciembre de 1999, avanza en la materia creando una Sala Constitucional especializada en la Corte Suprema.

⁴² LUIS CARLOS SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, cit., pp. 115-135.

⁴³ CARLOS AYALA CORAO, «Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela», en AA.VV., *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 241 y ss.

La Constitución de 1999, en sus artículos 19 y 20 en armonía con el artículo 334 atribuye a todos los jueces que integran el poder judicial, en el ámbito de sus competencias y conforme al estado de derecho, «asegurar la integridad de la Constitución». Así se asegura un control de constitucionalidad difuso a través de cualquier proceso o gestión judicial de la que se conozca en un caso concreto, como asimismo, a través de las acciones o amparo o contencioso administrativas. Los magistrados están autorizados a declarar inapelables los preceptos inconstitucionales a petición de parte o de oficio.

A su vez, el Tribunal Supremo de Justicia tiene la función de garantizar «la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales», constituyéndose en el máximo y último interprete de la Constitución, como asimismo, velar «por su uniforme interpretación y aplicación» conforme al artículo 335 de la nueva Carta Fundamental. Además, el Tribunal Supremo de Justicia recibe el encargo de ejercer la jurisdicción constitucional (artículo 266, ord. 1.º y 336).

El artículo 334 de la Constitución crea un control concentrado de constitucionalidad radicado en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

«Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley».

Así, como señala Allan Brewer-Carías, quedó claramente establecida la diferencia entre jurisdicción contenciosa administrativa y jurisdicción constitucional por el objeto del control y no por los motivos del mismo. Desde tal perspectiva, «sólo compete a la jurisdicción constitucional, conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno o los interna corpori de la Asamblea) o que tengan rango de ley (Decretos Leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los Reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad al derecho)»⁴⁴.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, instituida por el artículo 262 de la Constitución, ejerce el control concentrado de cons-

⁴⁴ ALLAN BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 230.

titucionalidad con poderes anulatorios, en los términos del artículo 336, el cual establece las siguientes atribuciones:

- «1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que coliden con ésta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público».

A su vez, en materia de tratados internacionales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, de acuerdo al ordinal 5.º del artículo 336, tiene la siguiente competencia:

- «5. Verificar, a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación».

b) *El modelo mixto de control concentrado y difuso por tribunales ordinarios en Brasil y El Salvador.*

— La variante brasileña de la Carta de 1988

La Constitución de 1988 introduce como novedad en América Latina la inconstitucionalidad por omisión, derivada del modelo portugués. Asimismo, amplía en relación a las constituciones anteriores la legitimación para operar la acción directa de inconstitucionalidad por acciones u omisiones (artículo 103), ante el Supremo Tribunal Federal.

Así la facultad para requerir pertenece al Procurador General de la República, como en la Constitución anterior, y se agregan a éste, según la Carta de 1988, el Presidente de la República, las mesas del Senado Federal y la Cámara de Diputados, las asambleas legislativas estatales, los Gobernadores estatales, el Consejo Federal de la orden de los abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y la Confederación Sindical o entidades de clase de ámbito nacional.

Hay así un control de constitucionalidad por acción directa, en manos del Supremo Tribunal Federal con efectos de cosa juzgada material, que vincula a las autoridades aplicadoras de la ley y tiene el efecto inmediato de hacer inaplicable la ley, en los casos de acción directa de inconstitucionalidad de tipo genérico. El fallo produce sólo efectos inter partes, no es anulatorio de la ley.

En la declaración de inconstitucionalidad por omisión, para hacer efectiva la norma constitucional, se instruye al poder competente para la adopción de las providencias necesarias; tratándose de un órgano administrativo, debe adoptar las medidas para hacer efectiva la norma constitucional en un plazo de treinta días. Tal sentencia o fallo es de carácter declaratorio en cuanto a ese reconocimiento, existiendo en ella también un efecto de mandamiento en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las medidas necesarias para suprimir la omisión.

Además del control concentrado por el Supremo Tribunal Federal, existe un control difuso por vía de excepción ante los tribunales. Cualquier interesado puede suscitar la cuestión de inconstitucionalidad en todo proceso, cualquiera sea la naturaleza de este juicio. La eficacia de la sentencia que decide la inconstitucionalidad por vía de excepción varía, si se trata de una cuestión prejudicial por vía incidental que busca expresar la existencia, o no, de un vicio. La sentencia es declaratoria y produce cosa juzgada para las partes haciendo la norma inaplicable a ese caso, con efectos *ex tunc*; la ley continúa siendo aplicable a otros casos por cualquier tribunal, salvo que el Senado suspenda su aplicación y retire su eficacia con efectos *ex nunc*.

Finalmente, es necesario considerar que los dos tipos de controles, concentrado y difuso son efectuados por órganos del Poder Judicial.

— La variante salvadoreña.

La Constitución de 1983 considera un control de *constitucionalidad de tipo difuso* realizado por los tribunales con efectos inter partes, siguiendo el modelo americano; pero establece también, la atribución de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, tanto *en* la forma *como* en el fondo, de un modo general y obligatorio, pudiendo hacerlo a petición de cualquier ciudadano, tal como lo dispone el artículo 183 de la Constitución.

c) *La variante de control concentrado en la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Panamá y Uruguay.*

— La variante de Costa Rica.

El control de constitucionalidad de las leyes existente en el Código de Procedimiento Civil desde 1936, se constitucionaliza con la Carta Fundamental de 1949, artículo 10. En 1989 se reforman los artículos 10 y 48 de la Constitución, entregando el control concentrado de constitucionalidad en una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, dictándose en el mismo año la ley 7135 de la jurisdicción constitucional que rige la materia.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica está integrada de siete miembros, los cuales son elegidos por la Asamblea Legislativa con una mayoría de al menos dos tercios del total de sus miembros. Los magistrados de la Sala Constitucional desempeñan el cargo por un lapso de ocho años, pudiendo ser reelectos.

Dicha Sala Constitucional tiene un régimen de autonomía y de resolución en única instancia, lo que lo convierte en un órgano similar a un Tribunal Constitucional.

La Sala Constitucional concreta sus competencias de control de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad; el veto por razones de constitucionalidad; la consulta judicial sobre el control de constitucionalidad; y la consulta legislativa de constitucionalidad.

El control represivo de constitucionalidad, o control *a posteriori*, se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad, el cual requiere de una cuestión judicial o un procedimiento administrativo en curso, pudiendo ser planteado por una parte interesada (vía incidental), cuando la norma cuestionada en su constitucionalidad sea relevante para resolver el caso concreto. La misma acción de inconstitucionalidad puede ser planteada por vía de acción directa por el Contralor General de la República, el Defensor de los Habitantes o el Procurador General de la República.

El veto por razones de inconstitucionalidad es interpuesto por el Gobierno respecto de un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, sobre lo cual debe pronunciarse la Sala Constitucional: si ella no encuentra vicios de constitucionalidad al proyecto de ley sigue su curso; si se encuentran disposiciones inconstitucionales, dichas normas son eliminadas del proyecto, el cual sigue el trámite legislativo correspondiente.

La consulta legislativa de constitucionalidad se estructura como un control de constitucionalidad de carácter preventivo, al igual que el veto gubernamental de inconstitucionalidad. Existen dos tipos de consulta legislativa, una de carácter obligatoria en materia de reformas constitucionales,

reformas a la ley de jurisdicción constitucional y los preceptos de aprobación de convenios o tratados internacionales. La consulta legislativa facultativa la ejerce la Corte Suprema, la Contraloría General de la República o el Tribunal Supremo de Elecciones si se trata de proyectos de ley en cuyo concernido, tramitación o efecto no se aplicaren o interpretaren debidamente las normas relativas a su competencia constitucional. Dicha consulta puede concretarla también el Defensor de los Habitantes al considerar infringidos los derechos constitucionales o los tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

La consulta respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley puede también ser hecha por el Directorio de la Asamblea Legislativa o por al menos diez diputados de ella.

La consulta judicial de constitucionalidad se desarrolla cuando un juez en el curso de un proceso tiene dudas sobre la constitucionalidad de una norma a ser aplicada, en cuyo caso, eleva la consulta ante la Sala Constitucional, la que resuelve sobre la materia.

En el sistema costarricense son objeto de control de constitucionalidad las leyes de reforma constitucional, el Reglamento de la Asamblea Legislativa, los tratados internacionales, las leyes, los actos legislativos, los actos con valor de ley y las normas o disposiciones generales emanadas de sujetos privados.

Finalmente, el artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional autoriza la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas.

Por regla general la legitimación procesal es la vía incidental requiriendo de un caso judicial previo para que las personas concreten la acción de inconstitucionalidad, constituyéndose en un medio para proteger un derecho o interés jurídico relevante dentro del procedimiento judicial o administrativo.

La acción directa se habilita para los particulares cuando se trata de intereses difusos, cuando se trata de intereses que conciernan a la colectividad en su conjunto o cuando, por la naturaleza del asunto no existe lesión individual directa.

Las sentencias estimativas de inconstitucionalidad anulan la norma o el acto impugnado con efectos *erga omnes* y valor de cosa juzgada.

A su vez, las sentencias declarativas de inconstitucionalidad tienen efecto declarativos y *ex tunc* (efecto retroactivo), lo que puede ser graduado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

— La variante panameña ⁴⁵.

La segunda Constitución panameña correspondiente al año 1941, entregó la competencia a la Corte Suprema de defensa de la supremacía constitucional en materia de control de leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones denunciadas como inconstitucionales por cualquier ciudadano con audiencia del Procurador General de la Nación. Dichas sentencias de la Corte Suprema tenían efectos *erga omnes* o efectos generales.

La actual Constitución vigente desde 1983, mantiene un sistema amplio y concentrado de control de constitucionalidad radicado en la Corte Suprema de Justicia, con competencia para conocer de la inconstitucionalidad de todos los actos estatales, cuya sentencia produce efectos *erga omnes*.

— La variante uruguaya.

Una perspectiva similar pero más restrictiva a la panameña se desarrolla en Uruguay, donde la Constitución de 1934, ya asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia de conocer y resolver en forma exclusiva sobre inconstitucionalidad de las leyes. La Constitución de 1942 mantuvo dicha orientación.

La Constitución de 1952 estructuró el sistema de control de constitucionalidad hasta hoy vigente en la República Oriental de Uruguay, posibilitando que el conocimiento por parte de la Corte Suprema se pudiera concretar tanto por vía de excepción, que era hasta entonces lo permitido, como también por vía de acción, pasando a ser una facultad que puede ser ejercida ya no solo como parte en una gestión judicial, sino como un derecho que toda persona puede concretar cuando se siente afectado por una norma inconstitucional.

La Constitución actualmente vigente de 1967, con las reformas de 1989, 1994, 1996 y 1997, mantiene en la Corte Suprema en forma concentrada la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales, pudiendo accionar toda persona que se considere afectada en su interés directo, personal y legítimo directamente, como asimismo, por vía de excepción, en cualquier gestión judicial. Se posibilita asimismo, que los tribunales de oficio puedan solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el caso concreto ⁴⁶.

⁴⁵ ALLAN BREWER-CARÍAS, «El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado», AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, vol. II, Ed. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 1996, pp. 889 y ss.

⁴⁶ HORACIO CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho Público*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 315-324.

La sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto legal produce solo efectos concretos para el caso en que se pronuncia⁴⁷.

d) *El modelo dual peruano, ecuatoriano y boliviano.*

— La variante peruana.

Esta variante se caracteriza por la coexistencia de dos situaciones básicas en el mismo ordenamiento jurídico, dos modelos sin mezclarse ni desaparecer, el modelo americano de control difuso a través de órganos judiciales ordinarios y el modelo germano austríaco de control concentrado especializado en un tribunal constitucional.

En Perú, bajo la Carta de 1979, encontramos un control difuso practicado por los jueces ordinarios, los cuales deben declarar inaplicable una ley al caso concreto (efectos inter partes). Ello se deducía del artículo 236 de la Constitución que determina que todo juez debía preferir la Constitución a la ley ordinaria.

Paralelamente, la Constitución consideraba el Tribunal de Garantías Constitucionales, como un órgano competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales contrarias a la Constitución, sea en aspectos de fondo o de forma, según disponían los artículos 296 y 298 de dicha Constitución. El fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales produce efectos *erga omnes*, según lo disponían los artículos 297 y 298 de la Constitución. Tenían acción directa el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Fiscal de la Nación, sesenta diputados y veinte senadores⁴⁸.

⁴⁷ Sobre la materia ver: EDUARDO ESTEVA GALLICCHIO, «La jurisdicción constitucional en Uruguay», en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Ed. Jurídica Venezolana, Ed. Jurídica Esteva, Madrid, 1997, pp. 897 y ss.

HÉCTOR GROS ESPIEL, «La jurisdicción constitucional en el Uruguay», AA.VV., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

JOSÉ KORSENIK, «La justicia constitucional en Uruguay», en la *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año II, enero-junio de 1989, Santiago, pp. 105 y ss.

⁴⁸ ANIBAL QUIROGA LEÓN, «El sistema de justicia constitucional en el Perú», en *Lecturas sobre temas constitucionales Andinas*, núm. 2, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado», cit.

Todo el sistema entró en revisión con la crisis constitucional provocada por el Golpe de Estado del Presidente Fujimori. La nueva perspectiva institucionalizada en la Constitución de 1993, establece el Tribunal Constitucional, aumentando sus atribuciones.

La Constitución de 1993, mantuvo el control difuso en manos de los tribunales ordinarios de acuerdo al artículo 138 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional fue regulado por la ley orgánica del Tribunal Constitucional del 5 de febrero de 1995, siendo instalado el 24 de junio de 1996.

La Constitución consagra al Tribunal Constitucional como órgano autónomo e independiente, compuesto de siete miembros letrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, de acuerdo con el art. 201 de la Constitución⁴⁹.

Las competencias están fijadas en el artículo 202 de la Carta Fundamental, correspondiéndole: conocer, en única instancia de la acción de inconstitucionalidad; conocer en última instancia, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus; Amparo, Hábeas Data y Acción de cumplimiento; conocer de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

La Ley n.º 26.435, orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 4, estableció un elemento distorsionador de la función del Tribunal. En efecto, dicha norma señala que el Tribunal Constitucional «adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos salvo para resolver la inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en que se exigen seis votos conforme». Tal norma posibilita que en el caso concreto de una acción de inconstitucionalidad cinco magistrados formaran mayoría para declarar la inconstitucionalidad de una ley, con el desacuerdo de los dos miembros restantes del Tribunal, en cuyo caso por no haberse reunido una decisión mayoritaria de seis miembros, predomina la voluntad de la minoría, quedando rechazada la demanda de inconstitucionalidad con

AA.VV., *Sobre la jurisdicción constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

⁴⁹ ERNESTO BLUME FORTINI, *El control de constitucionalidad*, Ed. Ersa, 1996.

CÉSAR LANDA ARROYO, «Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, Ed. Maestría en Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

SAMUEL ABAD YUPANQUI, «La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas», en *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 4, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 191 y ss.

«efectos de cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país», como establece Ortecho Villena ⁵⁰.

— La variante ecuatoriana:

Durante el siglo XIX, como señala Salgado Pesantes, solo tres constituciones de las que tuvo el país se refirieron limitadamente al tema del control de constitucionalidad, ellas fueron las de 1851, de 1869 y de 1878 ⁵¹.

En la primera se concreta en su artículo 82, un control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Ejecutivo, de los que podría reclamar el Consejo de Estado en dos oportunidades, después de lo cual si no era escuchado debía dar cuenta al órgano legislativo. En la Constitución de 1869 se otorga a la Corte Suprema la posibilidad de disidir sobre la Constitucionalidad de un proyecto de ley, en caso de insistencia de las Cámaras sobre el proyecto que el Ejecutivo considera inconstitucional, se estructura así, de acuerdo al artículo 43 de dicha Constitución un control preventivo facultativo de iniciativa exclusiva del Presidente ante la Corte Suprema cuyo fallo es vinculante. Tal perspectiva, se mantiene en el artículo 60 de la Constitución de 1878. Dicho control desaparece con la Constitución de 1906, reaparece en la Carta de 1929 y de 1945.

La Constitución de 1945 crea, en reemplazo del Consejo de Estado, un Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo la inspiración del mismo tribunal instituido por la Constitución republicana española de 1931, aun cuando hay diferentes atribuciones y una concepción más limitada que la de su modelo inspirador, sus limitadas facultades de control de constitucionalidad consistían en realizar «observaciones» sobre normas jurídicas que no fueron leyes que considerare inconstitucionales o ilegales. En el caso de que fuese un precepto legal el que vulnerare la Constitución, su potestad se reducía a suspender su aplicación hasta que el Congreso dictaminare sobre el particular, de acuerdo con el artículo 160 de la Constitución. Así sólo al Congreso correspondía determinar si las leyes, dictadas, decretos o reglamentos eran constitucionales o no (artículo 165).

En la Constitución de 1946 se suprime el Tribunal de Garantías Constitucionales y se recrea el Consejo de Estado al que se otorga el control de constitucionalidad.

⁵⁰ VÍCTOR ORTECHO VILLENA, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Ed. Rodhas, 4.^a edición, Lima, 2000, p. 23.

⁵¹ HERNÁN SALGADO PESANTES, «El control de constitucionalidad en la Carta Política de Ecuador», en *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 4, Ed. Comisión Andina de Jurista, Lima, 1995, p. 167.

La Constitución de 1967 reincorpora al Tribunal de Garantías Constitucionales con atribuciones más disminuidas que en la Carta Fundamental de 1945, restándole la facultad de suspender las leyes inconstitucionales, atribuciones que se entregan a la Corte Suprema de Justicia; asimismo, se elimina la posibilidad del control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley.

En la Constitución de 1978 se establece el principio de supremacía constitucional en el artículo 140, instituyéndose un control concreto de constitucionalidad en procesos en que se pretenda la aplicación de un precepto legal considerado inconstitucional, en cuyo caso los tribunales de última instancia o las Salas de la Corte Suprema pueden declarar inaplicables el precepto legal cuestionado, debiendo resolver de modo definitivo la cuestión de inconstitucionalidad la Sala Constitucional de la Corte Suprema (artículo 141). La decisión de la Sala señalada tiene efectos definitivos y generales.

Dicho control se complementa por el realizado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, el que sufrirá reformas en 1983 y 1992, referentes a su composición y atribuciones. En la composición es bastante «sui generis» ver un representante de los trabajadores y otro de las Cámaras de Producción, además de representantes de los Alcaldes y Prefectos provinciales, además de no exigirse formación ni experiencia jurídica. Integraban también el Tribunal tres representantes del órgano legislativo, dos del ejecutivo y dos del Poder Judicial, las que debían reunir los requisitos exigidos para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La debilidad del Tribunal de Garantías Constitucionales, además de su integración, estaba en sus competencias, ya que solo podía suspender total o parcialmente la aplicación de las leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, consideradas inconstitucionales en el fondo o la forma, pero el Tribunal debía someter su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Sigue siendo así el Congreso Nacional el que resuelve todas las posibles controversias en materia de constitucionalidad de preceptos legales y de las demás normas jurídicas.

Una segunda atribución otorgada al Tribunal de Garantías Constitucionales es la de conocer acerca de las quejas contra los actos de las autoridades públicas que violaren sus derechos y libertades garantizados por la Constitución (art. 146, numeral 2.º), ante lo cual el Tribunal puede «observar», vale decir, concretar un mandamiento de rectificación con carácter de obligatorio para la autoridad pública a la que va dirigido. En caso de incumplimiento el Tribunal puede «solicitar al órgano competente la renovación del funcionario y la aplicación de las demás sanciones contempladas en la ley, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar» (art. 79, literal m).

La reforma de 1998 reestructura el control de constitucionalidad y crea un Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional esta integrado de nueve vocales quienes tienen sus respectivos suplentes, los cuales deben reunir los requisitos exigidos para ser magistrados la Corte Suprema de Justicia. Desempeñan el cargo por cuatro años y son reelegibles.

Los vocales son designados por la mayoría de integrantes del Congreso: dos de ellos de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos de ternas enviadas por la Corte Suprema, de personas ajenas a ella; uno, de terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente constituidas; uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas. Otros dos son elegidos directamente por el Congreso por la mayoría de sus integrantes. Todo ello de acuerdo con el artículo 275 de la Constitución.

Las competencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en control de constitucionalidad de normas jurídicas que incluyen todos los preceptos legales, decretos, leyes, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emanadas de órganos de las instituciones del Estado y los actos administrativos de toda autoridad pública, a través de las demandas de inconstitucionalidad (art. 276 de la Constitución, N.º 1 y 2), cuyas sentencias tienen un carácter declarativo, deja sin efecto la disposición o acto considerado inconstitucional con efectos *ex nunc* o pro futuro.

El Tribunal Constitucional junto con ejercer el control represivo o a posteriori de constitucionalidad, ejerce también un control preventivo de constitucionalidad en materia de proyectos de ley hechos por el Presidente de la República (art. 276, N.º 4), como asimismo, dictamina respecto de los tratados y convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional (art. 276 N.º 5)

Es competencia del Tribunal Constitucional también dirimir los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución (art. 276 N.º 6) y conoce finalmente de las resoluciones que deniegan el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y los casos de apelación de la acción de amparo (art. 276 N.º 3).

Las demandas de inconstitucionalidad pueden ser presentadas por el Presidente de la República; el Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus ministros; la Corte Suprema de Justicia, previa resolución de su pleno; los Consejos Provinciales o los Consejos Municipales; mil ciudadanos en el goce de los derechos políticos; y cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo.

Así se concreta en Ecuador un control concentrado en órgano especializado, que realiza tanto control preventivo como represivo de constitucionalidad de preceptos legales con efecto *erga omnes* y *ex nunc*, el que actúa en forma paralela a un control judicial difuso de carácter represivo

con efectos *inter partes*. En efecto, el artículo 274 de la Constitución del Ecuador determina que «Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados o convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido»:

«Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunales o sala, presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio».

— La variante boliviana.

En el constitucionalismo bolivariano, se instituye un control judicial de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso en la Constitución de 1861. El artículo 86 de dicha Carta Fundamental establecía que «las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualquiera otra resolución»⁵². A su vez, se entregó a la Corte de Casación el control abstracto de constitucionalidad, lo que se mantuvo en las siguientes Cartas Fundamentales de 1868, 1871, hasta la de 1967. Se estructura así un control difuso incidental con efectos *inter partes* y un control concentrado abstracto⁵³.

En efecto, sin perjuicio de mantenerse el control concreto difuso de constitucionalidad con efectos *inter partes*, la Constitución de 1967, en su artículo 127, párrafo 5.º, atribuye a la Corte Suprema el conocimiento en única instancia de los asuntos de puro derecho de cuya decisión depende la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y de cualquier género de resolución, cuyo fallo, como explica Miguel Arb, produce efectos vinculantes solo *inter partes*.

La reforma constitucional de 1994 creó el Tribunal Constitucional como organismo especializado en materia de control de constitucionalidad⁵⁴, ubi-

⁵² JAIME URCUYO REYES, «El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994», en *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 4, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 39 y ss.

⁵³ BENJAMÍN MIGUEL HARB, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson y otras, Madrid, 1997, p. 345.

⁵⁴ Ver FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998*, Ed. Ciedla, Buenos Aires, 1998.

JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIBÁÑEZ, «El control de constitucionalidad en Bolivia», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, Madrid, 1999.

ca al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del Poder Judicial, lo que lo constituye en una analogía del modelo orgánico de la Corte Constitucional Alemana. En todo caso, el artículo 119-I de la Carta Fundamental ecuatoriana asegura que «El Tribunal Constitucional es independiente y esta sometido sólo a la Constitución»

Las competencias del Tribunal Constitucional de acuerdo con el texto constitucional y la ley N.º 1836 del 1.º de abril de 1998 que lo regula, pueden clasificarse sus competencias en control normativo de constitucionalidad, control sobre conflictos de competencias y control de revisión en materia de derechos humanos.

El control de normas jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional puede ser preventivo o represivo.

El control de constitucionalidad preventivo se realiza a través de consultas sobre la constitucionalidad de tratados que formule el Presidente del Congreso Nacional; las consultas sobre constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones (excluidas las resoluciones judiciales).

El control de constitucionalidad represivo o correctivo se concreta a través del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad; el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad; las acciones de impugnación a las resoluciones congresales o camerales, municipales o prefectoriales; las demandas de infracción de procedimientos de reforma constitucional; y los recursos contra tributos.

El control en materia de derechos humanos se concreta en la revisión que realiza el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales dictadas en materia de Hábeas Corpus y Amparo, de manera similar a como ella se concreta por la Corte Constitucional de Colombia.

Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen carácter vinculante y producen efectos *erga omnes*, derogando las disposiciones consideradas contrarias a la Constitución dentro del respectivo cuerpo normativo, o abrogando tal cuerpo normativo si éste es considerado completamente inconstitucional.

El Tribunal Constitucional Boliviano está integrado por cinco miembros letrados, escogidos entre jueces, académicos y profesionales con título de Abogado, los cuales son determinados por el Congreso Nacional por dos tercios de los votos de los parlamentarios presentes.

Su función es incompatible con toda otra función pública o actividad privada, con excepción de la cátedra universitaria.

Los magistrados del Tribunal Constitucional como los magistrados de la Corte Suprema pueden ser juzgados por delitos de prevaricato por el Congreso Nacional.

Luego de la reforma de 1994, se mantiene el artículo 228 de la Constitución que otorga la competencia a todos los magistrados de los tribunales

de justicia de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, pudiendo desaplicarlas o inaplicarlas en el caso concreto con efecto *inter partes*.

Se concreta así, en la variante boliviana, la superposición de los dos modelos de control de constitucionalidad, el americano de control difuso incidental, concreto y con efectos *inter partes*, y el modelo germano austríaco de control concentrado, por vía de acción, abstracto y con efectos *erga omnes*.

e) *La variante chilena de las Constituciones de 1925 y 1980: el doble control concentrado por órgano especializado y no especializado.*

El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento, no ausente de obstáculos y con poco apoyo de los tribunales ordinarios de justicia.

En efecto, bajo el imperio de la Carta de 1833 hasta 1924, se desarrolla un control político de constitucionalidad de las leyes por el Congreso Nacional de acuerdo al artículo 164 que prescribía: «Sólo el Congreso, conforme a los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos».

La Constitución de 1925 estableció un control de constitucionalidad de las leyes, por vía recurso de inaplicabilidad, concentrándolo en la Corte Suprema de Justicia y con efectos *inter partes* (artículo 86 inciso 2.º).

Tal precepto, no produjo una jurisprudencia de parte de la Corte Suprema de ejercicio efectivo de la facultad que le otorgó el constituyente, rehusando realizar el control de constitucional de forma y limitándose al ejercicio del control de constitucionalidad de fondo de los preceptos legales.

Ante tal hecho y luego de un largo proceso surge, con la reforma constitucional de 1970, un Tribunal Constitucional siguiendo el modelo europeo, con un control de constitucionalidad preventivo en materia de ley con efectos *erga omnes*, incorporándose a la Carta Fundamental en los artículos 78a), b) y c) del capítulo VI.

Durante su corta vida hasta 1973, fecha del golpe de Estado militar, desarrolló una importante actividad centrada esencialmente en materia de control de constitucionalidad de proyectos de ley y de tratados internacionales. Aun cuando dos materias resueltas por el Tribunal causaron fuerte polémica, la labor del Tribunal se desarrolló adecuadamente.

La Constitución de 1980 recrea el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, dejando al Tribunal Constitucional la función del control preventivo obligatorio para ciertos tipos de leyes (las orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución), y un control a requerimiento de órganos especificados, siguiendo el modelo francés, en el

resto de los proyectos de ley. Las autoridades que pueden requerir al Tribunal son el Presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o un número no inferior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado o de la Cámara de Diputados. A su vez, el Tribunal Constitucional ejerce un control represivo de constitucionalidad de los Decretos con fuerza de ley que la Contraloría General de la República haya tomado razón y se hubieren publicado en el Diario Oficial, que debe concretarse por requerimiento de cualquiera de ambas ramas del Congreso o una cuarta parte de sus miembros, dentro de los treinta días siguientes a su publicación, por la publicación incorrecta de una ley, al no corresponder ésta al texto aprobado por el parlamento. La Constitución faculta también al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto que se suscite por la dictación de un decreto inconstitucional.

A su vez, la Carta de 1980, mantiene el control de constitucionalidad de tipo represivo y concentrado en manos de la Corte Suprema con efectos inter partes.

La Constitución de 1980 toma la precaución de establecer en su artículo 83 inciso 3.º, que «resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue objetora sentencia». No hay instancia jurídica que pueda solucionar los conflictos que emanen de la disparidad de criterios entre ambos Tribunales sobre si lo que está conociendo la Corte Suprema fue o no lo resuelto ya por el Tribunal Constitucional.

f) *Consideraciones finales sobre el control de constitucionalidad en América.*

América presenta el panorama más variado y completo de sistemas y variantes de control de constitucionalidad de la realidad contemporánea. En Estados Unidos nace el control difuso de constitucionalidad de las leyes a través de los tribunales ordinarios de justicia que tiene gran difusión en América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Honduras, Guatemala, México, Perú, Venezuela).

Ante la inseguridad jurídica que presenta el control difuso con efectos inter partes, en Estados Unidos se desarrolla el *writ of certiorari*; la acción extraordinaria de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema en los casos de Argentina y Brasil; en otros casos se desarrolla por vía paralela un control concentrado que permite determinar la inconstitucionalidad de los preceptos legales por la Corte Suprema, por ejemplo en México o Venezuela. En otros países junto con el control difuso desarrollado por los tribunales con efectos inter partes siguiendo el modelo norteamericano, se concreta el modelo germano austriaco de control concentrado en manos de

un Tribunal Constitucional, generándose un sistema dualista, como son los casos de Perú, Bolivia y Ecuador.

En otros casos, como hemos visto, se ha desarrollado un modelo de control concentrado de constitucionalidad de las leyes radicadas en la Corte Suprema de Justicia con efectos *erga omnes*, como es el caso de Costa Rica, Panamá, Honduras; en otros casos, el control de constitucionalidad solo tiene efectos inter partes como ocurre en Uruguay.

Por último, tenemos el caso del doble control concentrado en la Corte Suprema de Justicia a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos inter partes y el control concentrado en el Tribunal Constitucional con carácter preventivo por vía de acción con efectos anulatorios respecto de los proyectos de ley antes de su promulgación.

Por regla general, cuando se combinan sistemas de control difuso y concentrado de constitucionalidad, el control concentrado practicado por la Corte Suprema produce efectos *erga omnes*, de carácter constitutivo y *ex nunc* (pro futuro), permitiéndose en algunos casos, en decisiones anulatorias en materia penal, fiscal o laboral, efectos *ex tunc* (Colombia, Venezuela). Solo en el caso de Costa Rica, el control de constitucionalidad concentrado practicado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Sala Cuarta), en sus sentencias anulatorias establece efectos generales *ex tunc*.

Cabe por último destacar que el control concentrado de constitucionalidad se desarrolla en América Latina, antes que en Europa, a través del control de constitucionalidad de los preceptos legales provinciales en la Constitución Venezolana de 1858, el que se extiende a todos los preceptos legales nacionales en 1893, practicado por la Corte Suprema de Justicia, el que luego se extiende a Colombia en 1910, lo que es seguido por otros países en el transcurso del siglo XX.

10. ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES CONSIDERANDO LOS MODELOS DESARROLLADOS EN EUROPA Y EN AMÉRICA LATINA

A) Atribuciones de las Cortes Constitucionales. Las atribuciones características de estas Cortes es actuar como:

a) Órganos de control de constitucionalidad, derogando los preceptos normativos de carácter inconstitucional (Austria, Alemania, Italia, Portugal, España, Bélgica, Bolivia, Colombia, Guatemala, Perú, Ecuador).

b) Órganos de resolución, de conflictos de derechos y competencias en los estados federales o en los estados unitarios descentralizados políti-

camente (Italia, Portugal, España, Bélgica), garantizando el equilibrio constitucional entre el Estado y las colectividades territoriales regionales o estatales.

c) Órganos arbitrales políticos entre poderes del gobierno central del Estado.

d) Órganos con imperio para restablecer el goce de los derechos constitucionales reconocidos por el ordenamiento constitucional, a quienes han sido perturbados en el ejercicio de ellos (acciones de amparo, de derechos o revisión de sentencias de amparo o hábeas corpus: Alemania, Italia, España, Guatemala, Perú, Colombia, Bolivia).

e) Órganos con imperio para resolver sobre constitucionalidad de tratados internacionales (España, Portugal, Austria, Colombia, Bolivia, Chile).

f) Órganos sancionatorios de objetivos, actos o conductas antidemocráticas de los partidos o movimientos políticos (Alemania, Chile y Portugal).

B) Composición y condiciones para ser magistrado de las Cortes Constitucionales. El mayor o menor carácter político de estos órganos de justicia constitucional está dado por el modo de designación de sus miembros y las condiciones requeridas para poder ser miembro del tribunal.

El equilibrio se encuentra en aquellas Cortes en las cuales los magistrados son nombrados por los órganos políticos (Ejecutivo y Legislativo) con suficiente calificación jurídica. Tales requisitos se cumplen claramente entre otros casos, en Austria, Alemania Federal, Italia, España, Chile, Colombia, Bolivia y Guatemala, para sólo señalar cuatro casos europeos y tres latinoamericanos.

La exigencia de mayorías calificadas para efectuar los nombramientos por parte de los órganos respectivos refuerza la ecuanimidad y la legitimidad de los magistrados, obligando a consensos amplios, como ocurre por ejemplo, en los casos de Alemania Federal, Italia, Portugal y Bélgica, donde se exige los dos tercios o en España, los tres quintos de los órganos colegiados respectivos. Dichos controles no existen en Chile donde se requiere el acuerdo mayoritario solamente del Senado, de la Corte Suprema o la voluntad presidencial; normas similares existen en el caso de Guatemala y de Colombia, en este último caso el Senado nombra a los magistrados de entre ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En cambio sí se dan en el caso peruano donde se requiere los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; en Bolivia, donde se requiere el acuerdo de los dos tercios de los parlamentarios presentes.

C) Número de integrantes de las Cortes Constitucionales. El número de sus integrantes es variable, tendiendo a ser relativamente numerosos en Europa y de composición numérica menor en América Latina.

En Francia se compone de nueve miembros, en Grecia de once; en Bélgica y España de doce integrantes; en Portugal de trece; en Italia de quince magistrados y en Alemania de dieciséis miembros.

En Latinoamérica el Tribunal Constitucional de Perú de acuerdo con la Constitución de 1993 se compone de siete miembros. En Ecuador, de acuerdo con la Constitución reformada en 1998, se compone de nueve miembros; la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y Bolivia de cinco miembros, lo mismo que el Tribunal Constitucional chileno de 1970, elevándose en Chile a siete miembros en la Carta de 1980, y en Colombia, el Tribunal Constitucional se compone de nueve miembros.

D) Duración en funciones de los magistrados. La permanencia en el cargo de los integrantes de las Cortes Constitucionales es variable; son vitalicios en Austria y permanentes en Bélgica, con límite de setenta años de edad; en Alemania permanecen 12 años en sus cargos sin poder ser reelegidos; en Italia, Francia y España, permanecen nueve años en funciones, en Portugal, seis años; y en Grecia, dos años.

En América Latina, en Perú y en Guatemala permanecen por 5 años en el cargo; en Chile los miembros del Tribunal permanecían en funciones cuatro años (según la carta de 1925, reformada en 1970) y actualmente permanecen ocho años en el cargo de acuerdo con la Constitución de 1980; en Colombia, de acuerdo con la Constitución de 1991 permanecen ocho años en funciones. En Ecuador, los miembros del Tribunal Constitucional duran cuatro años en funciones.

E) Momento en que la Corte Constitucional realiza el control (control preventivo y control represivo). Varios tribunales o Cortes Constitucionales realizan un control preventivo de la constitucionalidad antes de que la norma jurídica se encuentre perfeccionada. En Europa, tal control *a priori* está contemplado en algunas materias en Alemania, Italia y Austria; es la regla general en el caso de Francia (sólo realiza control preventivo). En Portugal se combina el control preventivo y represivo.

En América Latina, este control preventivo se realiza por el Tribunal Constitucional de Chile como regla general; respecto de ciertas normas realiza control represivo (D.F.L. y decretos supremos); los Tribunales Constitucionales Colombia, Bolivia, Ecuador, Guatemala, combinan el control preventivo y represivo de constitucionalidad de normas con rango de ley.

F) Efectos de las sentencias de las Cortes en caso de control represivo o preventivo. Como principio general, los fallos de los Tribunales o Cortes Constitucionales con procedimientos preventivos tienen efectos

anulatorios y constituyen cosa juzgada. En algunos casos, como en Portugal, tienen sólo efecto de veto de la norma impugnada, el que puede ser superado por una nueva deliberación parlamentaria pronunciada por la mayoría de los diputados (art. 279.2 de la Constitución de Portugal).

En los casos de procedimientos de control represivo, la sentencia puede surtir eficacia *ex tunc*, vale decir, desde la fecha de la emisión de la norma, o puede surtir efecto *ex nunc*, vale decir, desde la fecha de la sentencia, según el modelo de Kelsen. La regla general son los efectos pro futuro o *ex nunc*, aunque como hemos visto se admite en casos específicos los efectos *ex tunc*. En el caso de Colombia, el Tribunal Constitucional sólo declara la inaplicabilidad del precepto inconstitucional.

Un caso aparte lo constituyeron los Tribunales Constitucionales de Yugoslavia y Polonia, antes de la crisis de los socialismos reales. En Yugoslavia la eficacia de sus fallos se posterga para seis meses después de su dictación, si la norma no era modificada por el parlamento, plazo que podía ser prorrogado por otros seis meses⁵⁵ de acuerdo a la Constitución de 1974. En el caso de Polonia, los fallos del Tribunal Constitucional, creado el 19 de abril de 1985 y que entró en funciones en enero de 1986, tenía efectos limitados, ya que la Dieta (parlamento) podía rechazar el fallo y su fundamento por los dos tercios de los votos de los diputados estando en la sala al menos la mitad de sus miembros, tal veredicto de la dieta era definitivo, no pudiendo el tribunal conocer de nuevo el mismo precepto legal.

Dentro de América Latina, el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador hasta la reforma de 1998, no tenía en sus fallos pleno imperio, sino sólo puede estimular a las autoridades y demás funcionarios de la administración pública; formular observaciones a decretos violatorios de la Constitución, los cuales si no fueren aceptados podía publicarlos en la prensa y ponerlos a consideración de la Asamblea Parlamentaria (artículo 141 de la Constitución de 1978).

G) Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional de Europa Occidental y América Latina. Al llegar al final de estas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en el derecho comparado europeo occidental y americano, cabe precisar que, en nuestra opinión, la jurisdicción constitucional sólo se justifica dentro de Estados democráticos constitucionales que gozan de un auténtico estado constitucional, o en expresiones de Giuseppe De Vergottini, un «Estado Garantista» con efectiva protección de los derechos de los gobernados, no teniendo sentido en regímenes autocráticos en sus variantes autoritarias o totalitarias, cuyas constituciones están despoja-

⁵⁵ MARC GJIDARA, «El control de constitucionalidad en los países socialistas europeos», en *El control de constitucionalidad de las leyes en Francia y el extranjero*, Document d'étude núms. 1-15 y 1-16 de la Documentación Française, septiembre de 1978.

das de substancia, siendo, en expresión de Loewenstein, sólo Cartas semánticas.

Compartimos, pues las expresiones del profesor, Pedro de Vega García, quien señala:

«Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo entonces, a nivel político, la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar. Por ello, si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema. Por ética y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional en cuanto la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica. Proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres»⁵⁶.

Es por ello, que el análisis de la jurisdicción constitucional en Europa Central y Oriental, pasa a tener sentido, cuando dichos países transitan hacia regímenes constitucionales democráticos.

11. EL DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EUROPA CENTRAL Y ORIENTAL

Después de la crisis y desaparición de los regímenes socialistas de Europa Central y Oriental, tales países se conforman como Estados Constitucionales democráticos, asumiendo el principio de supremacía constitucional y la defensa jurídica de la Constitución, a través de tribunales constitucionales.

Algunos de estos países, durante los regímenes socialistas, caracterizados por una ideología omnicomprensiva y totalizante, unida a la subordinación de la sociedad civil al partido oficial y al Estado, a fines de los años sesenta o durante la década de los años setenta del siglo XX, generaron sistemas de control político de constitucionalidad de las leyes, el que concretaban los parlamentos (República Democrática Alemana de 1968; Bulgaria, 1917; Hungría, 1972; Albania, 1976) o de órganos colegiados cuyas decisiones de inconstitucionalidad debían ser ratificadas por el órgano o asamblea parlamentaria (Polonia, 1972; URSS, 1947)⁵⁷. Tal perspectiva se en-

⁵⁶ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, nueva época, 1979, p. 95.

⁵⁷ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La expresión de la Justicia Constitucional en Europa Central y Oriental», *Revista Ius et Praxis*, año 5, núm. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 1999, p. 323.

contraba en la lógica de que la asamblea parlamentaria era la expresión más directa de la soberanía popular, por lo que no podía ser objeto de control por ningún otro poder u órgano instituido estatal.

La única excepción en la materia la constituyó la ex Yugoslavia, cuya Constitución de 1963 preveía un Tribunal Constitucional, lo mismo que el caso de Polonia.

A) La emergencia de los Tribunales de Europa Central y Oriental.

Las nuevas constituciones democráticas de dichos países establecen las bases de las judicaturas constitucionales. Así ocurre con las constituciones de Croacia de 1990, artículos 122 a 127; de Eslovenia de 1991, artículos 160 a 167; de Rumania de 1991, arts. 140 a 145; de la República Checa de 1992, arts. 83-89; Estonia de 1992, arts. 108 a 113; de Yugoslavia de 1992, arts. 124 a 132; de Letonia de 1992, reformada en 1996, arts. 85; de Lituania de 1992, arts. 102 a 108; de Rusia de 1993, art. 125; de Moldavia de 1994, arts. 134 a 140; de Bosnia-Herzegovina de 1995, art. VI; de Bielorrusia de 1996, art. 116; de Ucrania de 1996, arts. 147 a 153; de Polonia de 1997, arts. 188 a 197.

Dichos ordenamientos constitucionales en proceso de consolidación, no han adquirido aún la suficiente estabilidad, producto de su reciente data y del cambio de sistema político desarrollado, cuyo novel constitucionalismo democrático ha establecido los correspondientes sistemas de jurisdicción constitucional concentrados en Tribunales Constitucionales⁵⁸.

B) Las competencias.

Los tribunales constitucionales considerados contemplan las competencias clásicas del modelo germano austríaco, aumentando con algunas de carácter periférico similares a las consideradas en América Latina.

En todos los tribunales constitucionales se encuentra el control de constitucionalidad de los preceptos legales a posteriori y con efectos anu-

⁵⁸ LOUIS FAVOREAU, «Los tribunales constitucionales», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson y otras, Madrid, 1997, pp. 100 y ss. SERGIO BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1993. SLOBODAN MILACIC, *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998. MARC VERDUSEEN (coord.), *La justice constitutionnelle en Europe Centrale*, Ed. Bruylant, LGDJ, Bruselas, 1997. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La expresión de la Justicia Constitucional en Europa Central y Oriental», cit., pp. 323 y ss.

latorios. En todos ellos existe el control abstracto de constitucionalidad de la ley.

A su vez, en los casos de Estonia, Hungría y Rumania el control repressivo coexiste con el control preventivo, como ocurre en América Latina en muchos casos.

En materia de control concreto de constitucionalidad de los preceptos legales, los magistrados de los tribunales ordinarios pueden interponer una excepción de inconstitucionalidad respecto de los preceptos legales que se consideren inconstitucionales y que deban aplicarse a un caso concreto, lo que debe ser resuelto por el Tribunal Constitucional. Esta atribución se encuentra en la mayoría de los países señalados (Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Polonia, Rumania y Rusia).

En un grupo de estos países, también existe un control de adecuación de las leyes a los tratados internacionales (Albania, Bielorusia, Bulgaria, Eslovenia, Polonia, República Checa). En Bosnia-Herzegovina hay control de adecuación de las leyes con la Convención Europea de Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional generalmente reconocidas. Ello también es asumido por los tribunales constitucionales de Albania, Bulgaria y Eslovenia.

Al igual que en muchos tribunales constitucionales de Europa Occidental (Alemania, España) y de América Latina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú) como ya hemos visto, una parte importante de los tribunales en análisis tienen entre sus competencias la defensa de los derechos humanos en un contencioso de carácter concreto, análogo al amparo constitucional de derechos (Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Macedonia, Polonia, República Checa, Rusia, Yugoslavia).

El tercer ámbito tradicional o clásico de competencia de los tribunales constitucionales es la adecuada garantía de la distribución de competencias fijadas por la Carta Fundamental. Es parte de las atribuciones de estos tribunales constitucionales el conflicto de competencias entre órganos estatales (Ejecutivo, parlamento, judicatura), en los casos de Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Macedonia, Polonia, República Checa, Rusia y Yugoslavia. La resolución de los conflictos de carácter vertical entre colectividades territoriales y de estas con el Estado, se encuentra en estados federales o que reconocen autonomía a entes locales. Tal es el caso de Albania, Bulgaria, Eslovenia, Hungría, Macedonia, República Checa, Rusia, Yugoslavia.

Otro ámbito de competencia que se ha ido desarrollando en algunos tribunales constitucionales europeos y de América Latina que es el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, también se encuentra entre las competencias de los tribunales constitucionales de Europa Central

y Oriental (Bielorrusia, Estonia, Hungría, Letonia, Moldavia, Polonia, Rusia, Ucrania).

Por regla general, en armonía con la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y en respeto de su artículo 27, el control de constitucionalidad de los tratados tiene un carácter preventivo, vale decir, antes de que el tratado sea ratificado por el Estado parte, generalmente, durante su tramitación legislativa.

Al igual que en el caso de Tribunales Constitucionales latinoamericanos, los tribunales constitucionales en análisis, están dotados de competencia para conocer de la constitucionalidad de los actos administrativos del Gobierno, tales como reglamentos y decretos que fueran inconstitucionales (Bielorrusia, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Letonia, Lituania, Moldavia, Polonia, Rusia y Yugoslavia).

Algunos de los tribunales constitucionales reseñados tienen competencias para controlar la constitucionalidad de las normas no jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia (Autos Acordados en lenguaje latinoamericano) o los reglamentos parlamentarios, y otras disposiciones de los poderes públicos (Bielorrusia, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Moldavia, Polonia, Lituania, Yugoslavia).

Los tratados son parte del parámetro de adecuación de las normas al ordenamiento jurídico en los casos de Bielorrusia, Eslovenia, Eslovaquia, Letonia, Polonia, República Checa, al igual que en Ecuador, Costa Rica, Colombia, entre otros casos latinoamericanos.

Diversos tribunales constitucionales, siguiendo el ejemplo de Alemania⁵⁹ en Europa y de Chile⁶⁰ en América Latina, estructuran un control de constitucionalidad de los partidos políticos (Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Moldavia, Polonia, República Checa, Rumania, Yugoslavia).

Tienen competencia en materia contenciosa electoral con diversos matices los tribunales constitucionales de Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Eslovaquia, Lituania, Moldavia, Rumania, Yugoslavia.

Aparece interesante consignar que diversos tribunales constitucionales tienen como competencia asignada la interpretación obligatoria de la Constitución, con efectos vinculantes y de carácter *erga omnes* (Albania, Bulgaria, Hungría, Eslovaquia, Rusia, Ucrania).

En pocos casos, los tribunales constitucionales intervienen en el proceso de reforma constitucional, desarrollando opiniones consultivas, las que no tienen un carácter vinculante (Moldavia, Rumania y Ucrania), a diferencia de algunos tribunales constitucionales latinoamericanos (chileno, colombiano, peruano) que desarrollan control de constitucionalidad de los proyectos de reforma de la Constitución con carácter vinculante.

⁵⁹ Artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn.

⁶⁰ Artículo 19, núm. 15 de la Constitución Chilena.

C) La integración de estos Tribunales Constitucionales y el estatuto de sus magistrados.

Los tribunales constitucionales, respecto de sus miembros, deben asegurar una doble legitimidad democrática, atendiendo a los diferentes tipos de gobierno existentes en cada país (parlamentario, presidencial, semi presidencial), la que justifica la participación de los parlamentos y del gobierno o Presidente de la República en los nombramientos de dichos magistrados. El segundo elemento esta dado por su competencia jurídica en cuanto juristas destacados en el ámbito profesional, académico o en la magistratura, con cierta experiencia mínima. En todos los casos se cumple el requisito de ser jurista, a lo cual se incorpora por regla general una edad mínima que varía de país en país, a lo cual se agrega en algunos casos determinados años de experiencia.

El número de magistrados es de seis en Moldavia; siete en Letonia y Yugoslavia; nueve en Albania, Bosnia-Herzegovina, Eslovenia, Lituania, Macedonia y Rumania; diez en Eslovaquia, once en Croacia y Hungría, doce en Bielorrusia y Bulgaria; quince en Polonia y la República Checa; dieciocho en Ucrania y diecinueve en Rusia.

La duración del mandato. La prolongación más allá de la duración en el cargo de quienes participan en el nombramiento de los magistrados y no renovación o reelección inmediata en el cargo, son aspectos centrales en la otorgación de la independencia necesaria para el desempeño del cargo adecuadamente.

En materia de incompatibilidades, se sigue la regla general de que el cargo de magistrado es incompatible con cualquier otro tipo de funciones privadas o públicas, con la única excepción de la actividad académica universitaria.

Como ocurre en la experiencia de Europa Occidental los tribunales constitucionales en análisis en muchos casos operan a través de salas, además del pleno, para el conocimiento de ciertas materias contenciosas. Así ocurre en Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Polonia, Rumania, República Checa, Rusia y Ucrania.

Por último, los magistrados están dotados de las prerrogativas e inmunidades comunes a sus colegas europeos o latinoamericanos.

D) Efectos de sus Sentencias. Consideración final

Las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Europa central y oriental son de carácter vinculante *erga omnes* y con efectos *ex nunc* por

regla general siguiendo los parámetros del modelo kelseniano o germano austríaco.

Así los Tribunales Constitucionales de Europa central y oriental se integran como parte de los modelos occidentales, que por sus variadas y más amplias competencias se asemejan más a los tribunales constitucionales latinoamericanos que a los de Europa Occidental por regla general, sin embargo, en cuanto a su integración y número de magistrados, habiendo unos que tienen menos de una decena de vocales o magistrados se acercan más a la regla general latinoamericana, y otros, con más de una decena, se acercan a la regla general de Europa Occidental.

A su vez, el estatuto jurídico de tales magistrados es relativamente similar al existente en los países de Europa Occidental y de América Latina.

Esta nueva ola de Tribunales Constitucionales refuerza la tendencia creciente a su consolidación en todo el territorio Europeo y en América Latina, donde, sin ser estrictamente tribunales constitucionales, se acercan fuertemente a dicha realidad la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de México, y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Venezuela, considerando el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de ser órganos que operan dentro de la estructura de la judicatura.

