

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO DEFENSA DE LA CONSTITUCION

Humberto Nogueira Alcalá

Profesor de Derecho Político y Constitucional de las Facultades de Derecho
de las Universidades Central, Diego Portales, Nacional Andrés Bello
y de la Universidad de Valparaíso

1. INTRODUCCION

El concepto de Constitución es una de las nociones más discutidas y con mayor variedad de enfoques como lo hemos analizado en un capítulo anterior, pero toda teoría de la Constitución tiene como trasfondo una concepción de la Constitución y trata de ser coherente con ella.

La existencia de una Constitución es una consecuencia de la forma concreta en que se entiende el orden político y supone, por tanto, un ensayo de racionalización, de organización del Estado del acuerdo con un orden considerado preferible, al cual intenta legitimarlo.

Por ello, el jurista no debe olvidar el sentido político y teleológico de la Constitución, sin que ello lo lleve a prescindir del método jurídico o mixtificarlo. Es en esta perspectiva que Goffrey Marshall, en su obra "Teoría Constitucional", sostiene que de la misma manera que el historiador y el politólogo, el jurista suele verse en la necesidad de cruzar, pero no de diluir, la frontera entre el derecho y la política¹.

La concepción de Constitución implica necesariamente la idea de limitación del poder. La sociedad política necesita para persistir y desarrollarse la organización de una forma política, la que debe constituir un límite insuperable para el poder.

La Constitución es lo que limita al poder y pone a éste al servicio de un fin, encauzado por el derecho.

La limitación del poder tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de las personas y sociedades intermedias y evitar la arbitrariedad, bajo la forma de abuso o desviación de poder.

La Constitución nace y se desarrolla como racionalización del poder y como defensa de

la libertad. Como decía Cassirer, "la libertad es la vida de la razón y el ser racional sólo en libertad puede convivir"².

Es por ello que ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala que "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución".

En tal perspectiva, podemos sostener que la Constitución es "un modo de ordenación de la vida social en la que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos (últimos) disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás, sostiene Rubio Llorente, es simple despotismo (autocracia) de apariencia constitucional"³.

La Constitución no constituye sólo una técnica jurídica de organización del Estado contemporáneo, sino que para ser legítima debe ser coherente con lo que G. Burdeau denomina la idea de derecho vigente en la sociedad, la cual no es más que los principios de autodeterminación del pueblo y el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales. Este último es un rasgo fundamental de

¹ MARSHALL, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Ediciones Espasa-Calpe, Madrid, España, 1982.

² CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p. 276.

³ RUBIO LLORENTE, F., *La Constitución como fuente de Derecho*. En obra colectiva. *La Constitución Española y las Fuentes de Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 1979, p. 61. Ver también ARAGÓN, Manuel, *Constitución democrática. La Democracia como principio legitimador de la Constitución*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1989, pp. 25 a 63.

toda organización del poder y de toda legalidad que tenga pretensión de legitimidad en la sociedad contemporánea.

2. LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION Y LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL

La Constitución se instituye como la norma o conjunto normativo de carácter supremo que se impone a gobernados y gobernantes.

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 tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

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

La supralegalidad se encuentra mejor protegida cuando la Constitución prevé un procedimiento especial de modificación o revisión (rigidez constitucional). Sin embargo, tal procedimiento especial "no puede ser considerado, de modo alguno, como requisito de la supralegalidad, sino como su garantía"⁴.

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

3. LA DEFENSA JURIDICA DE LA CONSTITUCION

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, 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 concuerda 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 Loewenstein, 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"⁵.

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 por los propios órganos de poder"⁶, a pesar de los instrumentos protectores destinados a corregir las patologías constitucionales, y que en su conjunto son objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor, *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.

⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año 1, N° 1 (enero-abril de 1968), México, pp. 92-93.

⁴ ARAGÓN, Manuel, *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, Revista de Estudios Políticos N° 50, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1986, p. 23. Ver también el mismo trabajo del autor en publicación en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1986.

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 jurídico⁷.

4. 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"⁸, 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"⁹, 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.

4.1. 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 ombudsmen o defensores del pueblo o de los de-

rechos de las personas, existentes en el ámbito europeo y latinoamericano.

4.2. La *jurisdicción constitucional orgánica* que 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.

4.3. 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, generándose 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 cortes tanto interamericana como europea de derechos humanos. En el ámbito del derecho comunitario europeo el Tribunal de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo; en el ámbito latinoamericano, un sector de normas comunitarias del Pacto Andino determinó la creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, capital del Ecuador.

A partir de la primera posguerra empezaron a incorporarse las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas a las constituciones.

En efecto, la Constitución alemana de agosto de 1919, en su artículo 4º dispuso: "las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte del derecho alemán del Reich". Luego de la Segunda Guerra Mundial esta tendencia se generaliza. Así la Constitución italiana de 1948, en su artículo 10 dispone: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional". La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 señala en su artículo 25, "las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal.

⁷ Ver FIX ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de la evolución constitucional 1940-1965*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1968, pp. 9-18.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro, *¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?*, Revista Española de Derecho Constitucional Nº 17, 1986, pp. 12-13.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro, *ob. cit.*, p. 13.

Tienen preferencia sobre las leyes y hacen nacer directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación".

La Constitución de Holanda de 1953, reformada en 1966, establece en su artículo 63 que "cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución".

La Constitución de Portugal de 1976, artículo 80 determina "1. Las normas y principios del derecho general o común forman parte integrante del derecho portugués". A su vez, a todos los países mencionados por ser parte de la Comunidad Económica Europea, le son aplicables los principios generales que se han establecido por la jurisprudencia de la corte comunitaria con sede en Luxemburgo.

El derecho internacional de los derechos humanos refuerza también la jurisdicción constitucional de la libertad, como puede comprobarse en las siguientes normas constitucionales: la Constitución de Portugal de 1976, reformada en 1982, determina en su artículo 16: "2. Los aspectos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre". La Constitución española de 1978, artículo 10, inciso 2º, dispone: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En el mismo sentido han ido evolucionando las constituciones latinoamericanas. Así la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46 dispone: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". La Constitución peruana de 1979, artículo 105 señala: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución". La Constitución de Colombia de 1991 prescribe que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno, los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

En este mismo contexto, la Constitución chilena de 1980 en su artículo 5º establece que: "la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana", agregando la reforma de 1989, que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

5. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y SUS EXPRESIONES CONCRETAS EN EL DERECHO COMPARADO

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 interórgano que hace efectiva la supralegalidad 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 antes preestablecidas, órganos que, como señala Manuel Aragón, "no manden, sino que sólo frenan"¹⁰; ello debe ser atemperado en el caso de declaración de inconstitucionalidad por omisión donde el Tribunal ordena dar cumplimiento a la norma constitucional (Portugal y Brasil).

Con mucha claridad Hans Kelsen se había referido al tema en su recensión "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (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" (Archi-

¹⁰ ARAGÓN, Manuel, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, Revista Española de Derecho Constitucional Nº 17, mayo-agosto 1986, pp. 89 y sgtes.

vos de Derecho Público, Nueva Serie, XVI, pp. 161-237), traducido como *Defensa de la Constitución*. 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, y en este sentido, el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que puede violarla¹¹. En tal caso, el garante de la Constitución no debiere ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria.

5.1. *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 constitucionalidad y en sistemas limitados o incompletos de control de constitucionalidad¹².

5.1.1. *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 complejo 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 legalizar 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 órganos 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:

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

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

5.1.2. *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.

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 y 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.

6. LA CLASIFICACION DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se puede realizar una clasificación de los diferentes sistemas 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

¹¹ Citado por GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *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.

¹² SAGÜES, Néstor Pedro, *Derechos Procesal Constitucional*, Ediciones Astrea, Argentina, 1989, p. 30.

control y en función del efecto producido por el control.

6.1. *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, los Estados de Inglaterra, Luxemburgo y Ciudad del Vaticano, y en positivos, que son los que admiten controles de constitucionalidad.

6.1.1. A su vez, los sistemas positivos pueden subclasificarse de acuerdo a si ellos 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.

6.1.2. 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 tal 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.

6.2. *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.

6.2.1. De acuerdo al criterio de la naturaleza del órgano que realiza el control tenemos la clasificación en órganos políticos de control que, en general, se radica en el propio parlamento, como ocurre, entre otros países, en China y en Bulgaria; o en órganos de naturaleza sui géneris, 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 en parte de sus miembros por representantes de organismos

sociales y económicos y cuyos dictámenes no tienen carácter vinculante.

Los órganos judiciales de control. 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. También tiene este carácter el control realizado por tribunales especiales 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 ambos. Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Austria, Italia, España, Portugal, Guatemala, Chile y Colombia bajo su nueva Constitución de 1991.

6.2.2. *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 Comunidad Económica Europea.

6.2.3. *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 de letrados, es el caso de Chile, Colombia, Guatemala, España, Portugal, Italia, Austria, Hungría, Alemania, entre otros; en órganos legos como sería el Consejo de los Custodios en Irán o el Consejo de la Revolución en Portugal; o en órganos mixtos compuesto tanto de letrados como de legos, tal es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador y el Consejo Constitucional Francés.

6.2.4. 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 dejando 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.

6.3. *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 el 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.

6.3.1. *Momento en que se realiza el control.* De acuerdo a este criterio puede clasificarse en preventivo o represivo o reparador. El control preventivo o 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 éstos 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, entre otros casos.

Pueden, también, encontrarse controles de carácter mixto que deben 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 de la 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 y los gobiernos estatales.

6.3.2. 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 se concreta cuando se demanda la declaración de inconstitucionalidad sin que 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 las Cortes Supremas de Costa Rica y Venezuela o ante 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 por la Corte Suprema chilena, entre otros casos.

6.3.3. 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 por ciertos órganos existe en muchos casos de tribunales constitucionales como los de Chile, Francia, Guatemala, Colombia, entre otros.

El control concreto de constitucionalidad por vía de acción directa se desarrolla cuando quien 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, Chile, Austria, España, entre otros países.

6.3.4. 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.

En Italia, 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 segunda instancia, 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 infundados, 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.

6.3.5. *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, yugoslavo 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 difuso.

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 vigente.

6.4. *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 constitu-

cionalidad, como asimismo en control por acción y control por omisión.

6.4.1. *El control total* se da cuando cualquier norma o 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.

6.4.2. *El control parcial* puede subclasificarse en aquel que se realiza respecto de las normas o actos estatales o 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 sólo por actos o acciones, sino también por omisiones.

La Constitución yugoslava de 1974, en su artículo 377, establece un control por omisión cuando verifica que un órgano competente no ha 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, faculta al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad por omisión, comunicándola al órgano legislativo pertinente.

La Constitución de Brasil de 1988 establece que el Supremo Tribunal Federal al constatar la inconstitucionalidad por omisión debe instruir al órgano competente a efecto de que adopte las providencias necesarias.

6.5. *Clasificación del control en función del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad.*

6.5.1. 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 de la Corte Suprema 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 el Tribunal Constitucional de Polonia en materia de control de constitucionalidad de las leyes.

6.5.2. En los casos que el fallo del tribunal produce efectos decisivos 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 Chile, 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 Perú 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 jueces ordinarios que declaran la inaplicabilidad de las leyes; en Chile, con los fallos de la Corte Suprema en recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

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.

6.5.3. 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* o incluso pro futuro, a partir de un año (arts. 139 y 140, Constitución). La reforma a la Constitución introducida en 1975 permite al Tribunal Constitucional austríaco determinar que la sentencia tenga efecto retroactivo (arts. 139.6 y 140.7 de la Ley Constitucional Federal). Así las 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 Federal).

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), Italia y Chile, 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.

7. 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 contemporáneo.

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 tratados internacionales, 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 preverse 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:

7.1. *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.

7.2. *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 legales, como la especial o autónoma, esta última tiene vigencia entre otros países en Francia y Chile. Este control es ampliamente aceptado, ya que los agentes 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.

7.3. *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 tribunal independiente). 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".

7.4. *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 desheredaba a un legatario en el caso de contraer matrimonio con una persona de origen judío fue declarada nula por tal motivo.

7.5. *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.

7.6. *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 unitarios regionalizados. Tal ocurre en Italia, Bélgica, Francia, Portugal y Perú. En este caso el control de constitucionalidad versará sobre los actos normativos de sus órganos ejecutivos y legislativos, como asimismo los conflictos que pueden producirse entre los órganos del gobierno central y los de las regiones o los de éstas entre sí.

7.7. *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 Chile, artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn y 19 N° 15 de la Constitución de Chile.

8. 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 establecidas en la Constitución.

8.1. *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 correspondan a las competencias de otro órgano del poder central, son ejemplos las actuales constituciones de Francia y Chile: el Poder Legislativo si interviene en una materia reservada al poder reglamentario autónomo del Poder Ejecutivo, o cuando este último, a través de la potestad reglamentaria autónoma, invade el dominio reservado a la ley por la Carta Fundamental.

8.2. *El vicio del procedimiento.* Consiste en que el acto, si bien emana de un órgano competente, no ha sido adoptado conforme a las condiciones y formas establecidas. En la actual Constitución chilena, es el caso de la declaración de los estados 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 fallan, hay vicio de procedimiento.

8.3. *La no correspondencia del contenido del acto con las normas constitucionales.* Hay aquí una contradicción entre las normas sustantivas de la Constitución y el contenido del acto subordinado a ella. Se refiere, particularmente, a los derechos humanos.

9. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA JUDICATURA ORDINARIA (EL MODELO AMERICANO)

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. En los últimos años ha tenido poca aplicación, se ha extendido la práctica del Parlamento (Storting), de solicitar la opinión de la Corte Suprema cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley.

Otras constituciones, a diferencia de la Norteamericana y Noruega, que nada dicen al respecto, establecen específicamente la intervención de un órgano jurisdiccional ordinario, como es la Corte Suprema de Justicia. Es el caso de Chile bajo la Constitución de 1925, artículo 86, y la Constitución de 1980, artículo 80; de Irlanda, Constitución de 1937, artículo 26; de Japón, Constitución de 1946. Finalmente, hay países que, al igual que Estados Unidos aceptan el control de constitucionalidad por un sistema de jurisdicción difuso, vale decir, donde el control de constitucionalidad puede ser efectuado por todos los magistrados de los tribunales ordinarios de justicia. Tal es el caso de Canadá, Constitución de 1867; de Austria, Constitución de 1900; de México, Constitución de 1917; de Brasil, Constitución de 1946. En Argentina se acepta también la jurisdicción difusa, disponiéndose, sin embargo, que 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 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.

9.1. *El control de constitucionalidad en los Estados Unidos.* Como ya hemos señalado, la Constitución de los Estados Unidos nada dicen relación al control de constitucionalidad.

En una 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 a la Corte Suprema le 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 intérprete y defensora de la Carta Fundamental, con las consiguientes consecuencias políticas de sus fallos.

Esta facultad de interpretación constitucional que le 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"¹³. 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.

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 I 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 transformaciones¹⁴.

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 fundamental¹⁵, por lo cual llegan a concluir que ella "determina el inmenso poder de decidir soberanamente lo que es la Constitución"¹⁶.

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, la Corte Suprema utiliza el principio de la autolimitación (*self-restraint*) en virtud del cual evita entrometerse en las facultades ajenas; 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 aplica¹⁷. No obstante, al ser "sus decisiones vinculantes para 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"¹⁸.

1. 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

¹⁴ DE VERGOTTINI, Giuseppe, "Derecho Constitucional Comparado", p. 450.

¹⁵ JACKSON, R.H., "The Struggle Judicial Supremacy", New York, A.A., Knoff, 1941, p. XI.

¹⁶ MATHIOT, A., "La Cour Supreme", en *Revue de Science Politique*, Francia, abril de 1969, p. 261.

¹⁷ Ver FRANK, Claude, "Droit Constitutions Politiques Comparés", *Les Cours de Droit*, 1979-1980, París, Francia. HAMON, Francis y WEINER, Céline, "Le Controle constitutionnalité aux États Unis", en *Documents d'Étude* N° 1-15 y 1-16 de la *Documentation Française*, septiembre 1978, p. 18.

¹⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUBVA, Pablo, "Estados Unidos de América en Sistemas Políticos Contemporáneos", Ed. TEIDE, Barcelona, España, 1984, p. 53.

¹³ LAMBERT, E., "Le Gouvernement des Juges", París, Francia, 1921.

ha entrado en vigencia, vale decir, son controles a posteriori o represivos 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 tendiente 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 pronunciarse condenas ni "requerimientos".

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

Así el modelo norteamericano se caracteriza por ser difuso, incidental, especial y declarativo.

10. EL MODELO EUROPEO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Las Cortes o Tribunales Constitucionales

Las Cortes Constitucionales, nombre más adecuado que el de Tribunales Constitucionales, ya que se trata de órganos colegiados y no unipersonales, se desarrollan a partir del término de la Primera Guerra Mundial. Fueron impulsados por el desarrollo teórico de Hans Kelsen, quien fue inspirador directo de la Corte Constitucional de Alemania (1919) y de Austria (1920), desarrollándose tales órganos también en Checoslovaquia (1920) y España (1931-1936). Renacieron con mayor fuerza al término de la Segunda Guerra Mundial en Alemania Federal (1949), Italia (1948), Fran-

cia (1958), Turquía (1961), Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1982), España (1978), Bélgica (1980), Polonia (1982-1986), Hungría (1989); Checoslovaquia (1991-1992) y sus sucesoras en la República Checa y Eslovaca (1993), y en la República Federativa Rusa (1991), dentro de la realidad europea.

A su vez, en América Latina Latina, vemos su aparición en Perú (1933-1979), en Chile (reforma constitucional de 1970 y Constitución de 1980), en Ecuador (1978), en Guatemala (1965), en Brasil (1988), en Colombia (1991). Asimismo, por la reforma constitucional que entró en vigencia en enero de 1988, la Corte Suprema de México se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional.

10.1 *Rasgos fundamentales.* Las Cortes Constitucionales, en palabras de García Enterría, en lugar de competidoras 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, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales"¹⁹.

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"²⁰.

El control concentrado practicado por las Cortes Constitucionales ayudan a superar tales problemas.

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

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, España, 1981, p. 58.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 186.

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 ésta 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.

Características fundamentales

Las características fundamentales de estas Cortes Constitucionales que siguen el modelo germano-austríaco son así de control concentrado, los tribunales ordinarios no tienen competencia en la materia de control de constitucionalidad, su composición está determinada con la participación de órganos jurisdiccionales y políticos²¹, sus sentencias producen efectos *erga omnes* y constitutivos.

10.2. *Las variantes de control de Constitucionalidad por Tribunal Constitucional en Europa.* El modelo original de Control de Constitucionalidad en Europa se origina a inicios del siglo XX en Alemania y Austria en 1919 y 1920, respectivamente. Se debe a la

influencia de Hans Kelsen, quien es el inspirador de los Tribunales Constitucionales europeos bajo la modalidad de Control Concentrado con efectos *erga omnes* por órganos ajenos al Poder Judicial.

10.2.1. *El modelo alemán y austríaco de control de constitucionalidad.* El sistema germano-austríaco desarrollado originalmente en la Constitución de Weimar (1919) y en la Constitución austríaca de 1920 se caracteriza por ser un control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional, tribunal especial integrado por juristas, cuyos fallos producen efectos *erga omnes*. La integración de estos tribunales es mixta donde hay jueces y juristas que no son magistrados de carrera, todos los cuales son legitimados para integrar la Corte o Tribunal Constitucional por órganos políticos, fundamentalmente, las ramas del Parlamento.

La actual Constitución alemana mantiene las características originales antes señaladas siguiendo el modelo kelseniano. El tribunal constitucional federal ("Bundes-Verfassungs-Gericht-Gesetz") se sitúa en el mismo plano del Parlamento alemán (Bundestag y Bundesrat) como el 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.

El tribunal tiene como competencia resolver conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales, o entre la Federación (Bund) y los estados miembros (Länder), control de constitucionalidad de normas jurídicas, 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, edad en que 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

²¹ Constituye 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.

capacidad e idoneidad necesaria para ejercer funciones judiciales.

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.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre inconstitucionalidad de las leyes federales y leyes estatales, también se pronuncia sobre las violaciones del Derecho Internacional.

El Tribunal conoce 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 efectos *erga omnes* y *ex tunc*.

10.2.2. *La variante italiana en relación al modelo austríaco.* El modelo italiano, regulado en la Constitución de 1948, 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 o regionales consideradas como contrarias a la Constitución, ha considerado una vía prejudicial o incidental.

El modelo italiano tiene sus propias peculiaridades que lo 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 plantear 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. A su vez, el control preventivo del Tribunal sólo se realiza en materia de normas regionales a instancia del gobierno central.

10.2.3. *La variante francesa del control concentrado de carácter preventivo.* El modelo austríaco seguido por Alemania e Italia, entre otros países, se diferencia de la variante francesa, por el establecimiento en Francia de un control preventivo a priori de la constitucionalidad de las leyes, considerado por la Constitución de octubre de 1946, entregándolo a un Comité Constitucional de naturaleza funda-

mentalmente 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 prevalece y es la ley 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 poderes y tribunales (artículo 62 Constitución).

Diversas críticas se realizan al control preventivo o a priori, 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 hay infracción a éste, que es lo único que hace válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional, siendo 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.

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 de impugnar una norma vigente haciendo caer todo el edificio jurídico que ella sostiene.

Por otra parte, no puede equipararse la Corte Constitucional a una Cámara Legislati-

va, ya que la interpretación que ella hace es jurídica y no política. Por otra parte, para darle mayor legitimidad y prestancia a la Corte, participan en su generación los poderes políticos (Parlamento) con mayorías calificadas, como ya hemos visto.

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

En toda jurisdicción constitucional hay una tendencia "axiológizante" como "consecuencia necesaria de la estructura 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).

10.2.4. *El modelo de control de constitucionalidad de Portugal con control tanto por acciones como por omisiones.* Portugal creó en 1982 el Tribunal Constitucional mediante una reforma a la Constitución de 1976, regulándolo a través de la Ley Nº 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 forma y promulgación. Los Ministros de Estado pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal respecto de decretos que vayan a promulgarse.

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).

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.

11. 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 o concentrado, bajo la inspiración del modelo norteamericano o 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.

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.

11.1. *El modelo de control integral y paralelo colombo-venezolano.* 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 Cundimarca, 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 1811 aparece simultáneamente en Venezuela, en el aparte 28 del capítulo 9º de la Constitución de ese año, la consagración del

sistema judicial de control de constitucionalidad distinto del incidental norteamericano, con facultad jurisdiccional para declarar con efectos generales o *erga omnes* la inconstitucionalidad de las disposiciones contrarias a la Constitución.

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 inexecutable para la Corte y definitivo de inexecutable 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 Alemania y Austria (1919-1920).

El sistema de control integral colombiano se compuso, según Manuel Gaona Cruz, de los siguientes instrumentos:

1) *Control por vía de acción pública (artículo 214 de la Constitución)*. Mediante éste todo ciudadano puede requerir, sin necesidad de demostrar interés particular o concreto y sin estar vinculado a ningún proceso, el que cualquier precepto con rango de ley que se considere inconstitucional sea 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, pudiendo dictar 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 el cual la Corte Suprema debe 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 coadyuvar su constitucionalidad.

3) *Control por vía principal o requerimiento del Presidente de la República*. La Corte conoce y emite sentencia con efecto *erga omnes* sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso y antes de ser sancionados, a requerimiento del Presidente de la República, 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 tienen la facultad de objetar por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad los proyectos de ordenanzas aprobados por las Asambleas de-

partamentales, los cuales son sometidos al tribunal contencioso-administrativo respectivo, para que éste decida en fallo con efectos generales su convalidación o anulación, según se ajusten o no a la Constitución y a la ley. Los gobernadores departamentales pueden 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 puede 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 suspenda provisionalmente el acto impugnado. Y luego, si encuentra mérito suficiente, lo declare nulo por ser contrario a la ley o a la Constitución. Reseñando la "suspensión provisoria" es similar al "fuero de amparo" de la justicia mexicana. El fundamento constitucional se encuentra en el artículo 216 de la Ley Fundamental y el artículo 83 del Código Contencioso-Administrativo.

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 del funcionario administrativo, según sea un proceso judicial o gubernativo, ya sea a petición de parte o de oficio (artículo 215 de la Constitución).

7) *Control por vía de acción de amparo*, que corresponde al fuero de amparo integral mexicano, para acudir por medio de apoderado en acción contencioso-administrativa de anulación o de restablecimiento del derecho y plena jurisdicción contra actos, hechos u operaciones de la administración que sean lesivos de derechos particulares y hayan infringido una norma constitucional, legal o administrativo superior (art. 216 de la Constitución).

8) *El recurso de habeas corpus*, reglado por los artículos 23, 26 y 28 de la Carta Fundamental y el Código de Procedimiento Penal, además de la Ley Nº 74 de 1968.

9) *El recurso de queja en interés general, particular o de la administración*, establecido en el artículo 45 de la Constitución y los artículos 9 y 48 del Código Contencioso-Administrativo.

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

Desde 1910 la característica esencial del sistema colombiano es la acción popular de inconstitucionalidad, reconociendo a todo ciudadano la posibilidad de interponerla en cual-

quier tiempo contra normas inconstitucionales en vigencia, a fin de obtener su retiro del orden jurídico, ya que las sentencias de inconstitucionalidad tienen el efecto de hacerlas inaplicables *erga omnes*, pro futuro y definitivamente.

En 1968 y 1979 se plantea la conveniencia de concentrar el control de constitucionalidad en Colombia, organizando la Sala constitucional de la Corte Suprema.

La nueva Constitución colombiana de 1991 organiza la Corte Constitucional que reemplaza la Sala constitucional de la Corte Suprema.

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.

Las competencias de la Corte Constitucional colombiana contemplan el control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución en cuanto a vicios de procedimiento; sobre la convocatoria de asambleas constituyentes o referendos para reformar la Constitución; sobre los preceptos normativos de naturaleza legal; el control de constitucionalidad de forma y fondo de las leyes por vía de acción popular; sobre las cuestiones de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley; sobre los tratados internacionales y las leyes que le dan su aprobación; sobre impugnación de la acción 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 profirió para que lo modifique y continuar el examen de fondo. Se generaliza así el control preventivo de validez formal de manera que el control se ejerza en dos momentos.

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 decidido en la revisión preventiva.

Se mantiene como competencia de la Corte Constitucional el control de oficio de las medidas adoptadas en los regímenes de excep-

ción. 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 Constitucional 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 exigible o inimpugnabile. El único órgano que puede anularla o derogarla es el Parlamento, todo ello con el objeto de evitar que al anular la norma Corte Constitucional, ello signifique declararla inválida desde su expedición, y para evitar que quiebre el principio de separación de poderes y la autonomía de ellos²².

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 acuerdo al artículo 215 de ella, con efecto *erga omnes*.

11.2. *El control derivado de fuero de amparo mexicano.* Esta modalidad surge en México. Es más amplia que el modelo incidental americano en cuanto a sus modalidades, pero más restringido en sus efectos. Consiste esencialmente en que toda persona tienen derecho a requerir protección ante un juez respecto de derechos y garantías consagradas en la Constitución o amparadas por ella y obtener una pronta resolución y restablecimiento de la vigencia de sus derechos. Este modelo ha logrado una gran difusión, extendiéndose como complementario de otros en Argentina, Honduras, Brasil, Venezuela y Perú, entre otros países latinoamericanos.

11.3. *El modelo mixto salvadoreño de la Constitución de 1983 de control concentrado y difuso por tribunales ordinarios.* La Constitución de 1983 considera un control de

²² SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1992, pp. 115-135.

constitucionalidad de tipo difuso realizado por los tribunales ordinarios 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.

11.4. *El modelo de control concentrado sin efectos obligatorios del tribunal de garantías constitucionales de Ecuador.* Este modelo tiende a semejarse a los Tribunales Constitucionales socialistas, especialmente al de Polonia, ya que sus resoluciones o fallos deben ser remitidos para su consideración al Parlamento, dando éste el juicio definitivo (artículo 141 de la Constitución).

El Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador tiene atribuciones para pronunciarse sobre decretos, resoluciones, acuerdos o reglamentos dictados en violación de la Constitución y de las leyes, pudiendo actuar a requerimiento de cualquier persona natural o jurídica que considere el quebrantamiento de la Constitución.

La Constitución de 1978 autoriza a la Corte Suprema para suspender de oficio o a petición de parte, total o parcialmente, los efectos de las normas inconstitucionales en la forma o en el fondo, aun cuando el juicio definitivo de inconstitucionalidad lo debe determinar el Parlamento (artículo 138 de la Constitución).

11.5. *El modelo dual peruano de la Constitución de 1979.* En Perú encontramos un control difuso practicado por los jueces ordinarios, los cuales deben declarar inaplicable una ley al caso concreto (efectos inter partes). Ello se deduce del artículo 236 de la Constitución que determina que todo juez debe preferir la Constitución a la ley ordinaria.

Paralelamente, la Constitución considera 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 que contravienen la Constitución, sea en aspectos de fondo o de forma, según disponen los artículos 296 y 298 de la Constitución. El fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales produce efectos *erga omnes*, según lo disponen los artículos 297 y 298 de la Constitución. Tienen acción directa el Presidente, la Corte Suprema y el Fiscal

de la Nación, sesenta diputados y veinte senadores.

Todo el sistema entró en revisión con la crisis constitucional provocada por el golpe de Estado del Presidente Fujimori. La nueva perspectiva busca reemplazar al Tribunal Constitucional por la Sala constitucional de la Corte Suprema.

El modelo brasileño 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).

Así la facultad para requerir pertenece al Procurador General de la República, como la Carta anterior, y se agregan en la nueva, el Presidente de la República, las mesas del Senado Federal y la Cámara de Diputados, las asambleas legislativas estaduais, los Gobernadores estaduais, 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 concretado, por acción directa, de constitucionalidad 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.

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 efecto *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 efecto *ex nunc*.

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

11.7. *El modelo chileno de las Constituciones de 1925 y 1980.* El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento, no exento 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 2º).

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 constitucionalidad 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 78 a), 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, si el Tribunal Constitucional rechaza un requerimiento de las cámaras o de los parlamentarios ejerce un control represivo de constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley, que hubieren sido tomados razón por la Contraloría General de la República y se hubieren publicado en el Diario Oficial, cuando supuestamente se consideran inconstitucionales, lo que debe concretarse el requerimiento dentro de los treinta días siguientes a su publicación; el mismo procedimiento y plazo se determina por la publicación incorrecta de una ley, al no corresponder 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 3º, 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 objeto la 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.

12. ANALISIS DE LAS CARACTERISTICAS PROPIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES CONSIDERANDO LOS MODELOS DESARROLLADOS EN EUROPA Y EN AMERICA LATINA

12.1. *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;

b) órganos de resolución de conflictos de derechos y competencias en los Estados federales o en los Estados unitarios descentralizados políticamente (Italia, Portugal, España, Bélgica, Brasil), garantizando el equilibrio constitucional entre el Estado y las colectividades territoriales regionales o estadales;

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);

e) órganos con imperio para resolver sobre constitucionalidad de Tratados Internacionales;

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

12.2. *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 adecuado equilibrio se encuentra en aquellas cortes en las cuales una parte de sus miembros está integrada por magistrados de las instancias más altas de la jurisdicción ordinaria y administrativa en su caso, y, otra parte, está integrada por magistrados designados por los órganos políticos (Ejecutivo y Legislativo) con suficiente calificación jurídica. Tales requisitos se cumplen claramente, entre otros casos, en Alemania Federal, Italia, España, Chile, Colombia y Guatemala, para sólo señalar tres casos europeos y tres latinoamericanos. Dentro de los casos latinoamericanos, la Constitución peruana de 1979 exigía también a los magistrados integrantes de la Corte "probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos" (art. 297 de la Constitución de 1979). La nueva Constitución peruana establece un control de constitucionalidad por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1993).

La exigencia de mayorías calificadas para efectuar los nombramientos por parte de los órganos calificados 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.

12.3. *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, España y Polonia de doce integrantes; en Portugal de

trece; en Italia de quince magistrados y en Alemania de dieciséis miembros.

En Latinoamérica los tribunales de garantías constitucionales de Perú (Constitución de 1979) y de Ecuador (Constitución de 1978) se componen de nueve miembros; la Corte Constitucional de Guatemala, de cinco miembros, lo mismo que el Tribunal Constitucional chileno de 1970, elevándose en Chile a siete miembros en la Carta de 1980²³. En el caso de Brasil, el Tribunal Federal se compone de once miembros, y en Colombia el Tribunal Constitucional se compone de nueve miembros.

En Europa, la presencia de profesores universitarios de derecho es importante. El profesor Michel Fromont en la Revista de Derecho Público francesa señalaba en 1984 que de los 16 magistrados que componen el Tribunal en Alemania Federal, cinco eran profesores de derecho; cinco profesores sobre un total de trece miembros en Portugal; nueve lo son del total de doce jueces en España, y seis sobre el total de quince en Italia. A ello cabe agregar que cuatro tribunales eran presididos en ese año por profesores de derechos constitucional. En España, el catedrático García Pelayo; en Italia, el profesor L. Elia; en Portugal, el profesor Marques Guedes; y también lo era quien presidía la Corte Constitucional en Austria. Todo ello implica, de hecho, una valorización positiva de los académicos de derecho político en el contexto europeo.

En el caso chileno, el primer Tribunal Constitucional disuelto luego del golpe de Estado militar de 1973, estuvo integrado por dos profesores de derecho público entre cinco magistrados. En el caso del Tribunal Constitucional de la Carta de 1980, sólo hay un profesor de derecho público de los siete integrantes en 1993.

12.4. *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 Federal 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 duran 6 años en funciones, en Guatemala permanecen por 5

²³ Ver CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Chile, 1985, pp. 131-135, Segunda edición de Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1990.

años en el cargo, en Chile los miembros del Tribunal permanecían en funciones cuatro años (según la Carta de 1925, reformada en 1970) y ocho años en el caso del Tribunal (Constitución de 1980). En Ecuador, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales duran dos años en funciones. En Colombia los miembros de la Corte Constitucional permanecen cinco años en sus funciones.

12.5. *El 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 Alemania Federal, Italia y Austria, para ciertas materias; en forma general en los casos de Francia (sólo realiza control preventivo) y Portugal (realiza control preventivo y represivo).

En América Latina este control preventivo se realiza por los Tribunales Constitucionales de Chile (regla general, respecto de ciertas normas realiza control represivo; D.F.L. y decretos supremos) y Colombia (respecto de Tratados Internacionales).

12.6. *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 *erga omnes*. 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.

Un caso aparte lo constituyen los Tribunales Constitucionales de Yugoslavia y Polonia. En Yugoslavia la eficacia de sus fallos se posterga para seis meses después de su dictación, si la norma no es modificada por el Parlamento, plazo que puede ser prorrogado por otros seis meses²⁴, ²⁵ 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, tienen efectos limitados, ya que la Dieta (Parlamento) puede 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 es definitivo, no pudiendo el Tribunal conocer de nuevo el mismo precepto legal.

Dentro de América Latina, el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador no tiene 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 puede publicarlos en la prensa y ponerlos a consideración de la Asamblea Parlamentaria (artículo 141 de la Constitución de 1978).

13. CONSIDERACIONES FINALES

Al llegar al final de estas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en el derecho comparado, cabe precisar que, en nuestra opinión, la jurisdicción constitucional sólo se justifica dentro de Estados democráticos constitucionales que gozan de un auténtico estado de derecho, o en expresiones de Giusseppe Vergotini, 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 despojadas de substancia, siendo, en expresión de Loewenstein, sólo Cartas semánticas. Compartimos, pues, las expresiones del profesor español 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 Constitu-

²⁴ CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Humberto, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 99.

²⁵ GJIDARA, Marc, *El control de constitucionalidad en los países socialistas europeos*.

En el control de constitucionalidad de las leyes en Francia y el extranjero, Documents d'Étude N^{os}. 1-15 y 1-16 de la Documentation Française, septiembre de 1978.

ción como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configura-

ción 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 quehaceres²⁶.

²⁶ VEGA GARCÍA, Pedro DE, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, Revista de Estudios Políticos Nº 7, Nueva España, España, 1979, p. 95.