

Humberto Nogueira Alcalá¹

La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales consti- tucionales en América del Sur

La presente monografía realiza un análisis de los diferentes aspectos que comprende la justicia constitucional en el ámbito comparado, se consideran los presupuestos jurídicos, características y clasificaciones de los sistemas de control de constitucionalidad, los diferentes modelos de control desarrollados en Europa y América, con especial consideración de los modelos latinoamericanos y la creciente inserción en América del Sur de tribunales constitucionales que se relacionan con la judicatura ordinaria, lo que no ha estado exento de tensiones y roces mientras se realizan los ajustes técnico-jurídicos correspondientes y se genera una adecuación a las nuevas funciones de ambos tipos de órganos jurisdiccionales.



1. Introducción

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 de acuerdo con un orden considerado preferible, al cual intenta legitimar.

¹ El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, Profesor titular de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

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 la 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”.

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 incluye los principios de autodeterminación del pueblo y el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales. Este último es un rasgo fundamental de toda organización del poder y de toda legalidad que tenga pretensión de legitimidad en la sociedad contemporánea.

En el curso del siglo XX, especialmente en la segunda mitad del siglo pasado, se ha transitado de un concepto de Constitución y de constitucionalismo regulador de las relaciones básicas del poder constituido, que determina las reglas de acceso y ejercicio de competencias de los diferentes órganos estatales y una declaración de derechos que se hacen efectivos por el legislador, que podríamos denominar constitucionalismo básico o mínimo a un constitucionalismo desarrollado o fuerte.

Este constitucionalismo fuerte desarrollado en la segunda mitad del siglo XX se basa en una clara legitimidad democrática, una estructura del poder estatal basada en un equilibrio y contrapeso de órganos y funciones estatales, co-



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

mo asimismo procesos decisionales que respetan, promueven y garantizan los derechos fundamentales o derechos humanos.

La concepción de Constitución y de constitucionalismo determina la concepción de defensa de la Constitución y la mayor o menor amplitud de la jurisdicción constitucional, como asimismo, la fuerza normativa efectiva de la Constitución sobre gobernantes y gobernados.

2. La supremacía de la Constitución y la suprallegalidad constitucional

La Constitución se instituye como la norma o el 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 tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

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

La suprallegalidad 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 suprallegalidad, sino como su garantía”³.

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



³ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad 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.

3. La defensa jurídica de la Constitución

Con Héctor Fix Zamudio, podemos sostener que: “La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y reprimir su desconocimiento. Y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr la paulatina adaptación a los cambios de la 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 penetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewentein, es decir, que sólo resulta digno de titularse un ordenamiento con un grado de eficacia y proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias”⁴.

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

⁴ 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.

constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado”⁵, a través de los instrumentos protectores, destinados a corregir las patologías constitucionales, y que en su conjunto son objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

Este conjunto de instrumentos de garantías de las normas constitucionales ha sido destinado con el nombre de Justicia Constitucional, concepto que acentúa el carácter predominantemente valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico ⁶.

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”⁷, 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” ⁸ 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 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 fundamentales, de carácter procesal que se han establecido para prevenir y reprimir las amenazas y violaciones de tales derechos. Los instru-



⁵ 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), pp. 92-93.

⁶ Ver Fix Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de la evolución constitucional 1940-1965*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1968. pp. 9-18.

⁷ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N°17, 1986, pp. 12-13.

⁸ Cappelletti, Mauro, op.cit., p.13

mentos 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 ombudsmán o defensores del pueblo o de los derechos de las personas, existentes en el ámbito europeo y latinoamericano.

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



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, generándole nuevas posibilidades de conflictos en la aplicaciones 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 conflictos 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, en Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el derecho comunitario europeo, el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo; en el ámbito latinoamericano, un sector de normas comunitarias del Pacto Andino determina la creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, capital del Ecuador.

5. La jurisdicción 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 institucionalizado y jurídico, que constituye 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 suprallegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

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

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

Los órganos que ejercen el control jurídico son órganos verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos que, como señala Manuel Aragón, “no mandan, sino que solo frenan”⁹; ello debe ser atemperado en el caso de declaración de inconstitucionalidad por omisión donde el Tribunal ordena dar cumplimiento a la norma constitucional (Portugal, Venezuela y Brasil), como asimismo, por las diversas variedades de sentencias manipuladoras utilizadas por diversos tribunales constitucionales de Europa y América Latina.

Con claridad Hans Kelsen se había referido al tema en su trabajo “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”¹⁰ (publicado en *Die Justiz*, 1930-1, Heft 11-12, db. VI, pp. 576-628) respondiendo a Carl Schmitt y su trabajo “Der Hüter Verfassung” (*Archivos de Derecho Público*, Nueva Serie, XVI, pp. 161-237), traducido como *Defensa de la Constitución*¹¹. En su trabajo, Kelsen sostenía que la idea del defensor de la Constitución hace referencia a las garantías que deben establecerse sobre los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, como asimismo, que el órgano que defiende la Consti-



⁹ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 17, Mayo-Agosto 1986, pp. 89 y ss.

¹⁰ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

¹¹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*. Madrid, Ed. Tecnos, 1998.

tución no debe ser el mismo que el que puede violarla ¹². En tal caso, el garante de la Constitución no debería 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, estos pueden clasificarse en sistemas plenos de control de constitucionalidad y en sistemas limitados o incompletos de control de constitucionalidad¹³.

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 completo procedimiento para su establecimiento, reforma o derogación.
- b) La existencia de un órgano de control que sea independiente y autónomo de los órganos sometidos al control. No hay posibilidad de un control efectivo de constitucionalidad si el órgano encargado de realizar el control se encuentra subordinado a uno de los órganos que debe ser controlado o el órgano que realiza el control es, al mismo tiempo, el que debe ser objeto de control.
- c) El órgano encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades decisorias. Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano contralor producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados, los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control.
- d) Facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.

¹² 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.

¹³ Sagiús, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires, Ediciones Astrea, 1989, p.30.

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 desarrollar su función.
- b) La decisión del órgano de control debe producir efectos erga omnes que impiden que la norma considerada inconstitucional se integre o se mantenga dentro del ordenamiento jurídico.

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

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 rígida.
- b) La existencia de un órgano estatal que desarrolle el control de constitucionalidad, no importando si éste es un órgano independiente separado de la jurisdicción ordinaria o si es un órgano dentro de la misma.
- c) El órgano de control de constitucionalidad debe tener competencias decisorias y vinculantes.

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



6. La clasificación del control de constitucionalidad según la naturaleza del órgano que realiza el control, el procedimiento de control y los efectos de sus decisiones

6.1. La clasificación atendiendo a la naturaleza del órgano que realiza el control

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

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

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

El control a través de los denominados tribunales constitucionales, que están integrados por miembros letrados, pero una parte importante de ellos no proviene del poder judicial y se nombra a través de órganos políticos representativos, como son el parlamento o el gobierno o por ambos. Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Austria, Alemania, Andorra, Bélgica,



Italia, España, Eslovaquia, Francia, Hungría, República Checa, Rusia, Rumania, Portugal, Polonia, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, entre otros. Es necesario precisar que, por regla general, los Tribunales Constitucionales no forman parte del Poder Judicial. Esta regla tiene excepciones, como son los casos de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Colombia y de Bolivia, entre otros casos, los cuales forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial.

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

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, y no dejan 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.



6.2. La clasificación del control de constitucionalidad atendiendo al procedimiento de control

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

Momento en que se realiza el control. De acuerdo con este criterio puede clasificarse en preventivo o represivo o reparador.

El control preventivo a priori es el que se realiza antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter vinculante. A modo de ejemplo puede señalarse el control que realiza el Tribunal Constitucional chileno y el Consejo Constitucional francés sobre los proyectos de ley antes de que estos sean promulgados y publicados.

El control represivo o reparador se concreta cuando las normas jurídicas ya forman parte del ordenamiento jurídico y tienen carácter vinculante como ocurre, por regla general, en México, Argentina, España, Alemania, Perú, Guatemala, Polonia, Hungría, Austria, Colombia, entre otros casos.

Pueden, también, encontrarse controles de carácter mixto que se concretan 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, y respecto de algunas leyes en el Tribunal Constitucional de Colombia. 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.

De acuerdo con el 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 da 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 otras Cortes Supremas pueden mencionarse las de Costa Rica, Venezuela, México o el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

El control por vía de excepción se desarrolla cuando hay una gestión judicial o un juicio, como defensa procesal, donde una de las partes cuestiona la constitucionalidad de una disposición normativa que considera inconstitucio-



nal, como ocurre en el caso de los tribunales de Brasil, Argentina o la Corte Suprema chilena, entre otros casos.

De acuerdo con 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, Colombia, Venezuela, entre otros. La modalidad de acción directa restringida a ciertos órganos, existe por regla general en el caso de los Tribunales Constitucionales, como los de Alemania, España, Portugal, Francia, Guatemala, Ecuador, Perú, Chile, Hungría, Bélgica, 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 a través de acciones ante los tribunales ordinarios o ante el Tribunal Constitucional, como asimismo, a través de la cuestión de inconstitucionalidad o de juicios incidentales como ocurre en Alemania, España, Italia, Bolivia, entre otros países.

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. Éste tiene por objeto filtrar las acciones o recursos improcedentes. Un caso de control condicionado se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica mediante el mecanismo de “writ of certiorari” ante la Corte Suprema Federal, que posibilita el rechazo discrecional de los recursos carentes de relevancia.

Otro ejemplo es el caso de Italia, donde el juez ordinario ante el cual se formula la cuestión de constitucionalidad evalúa si la petición carece o no de fundamento, decidiendo dicho magistrado sobre la relevancia o la improcedencia de ella, pudiendo plantearla si no es manifiestamente infundada; se puede volver a plantear el asunto en la Corte Constitucional donde nueva-



mente 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. Éste es el caso de Chile, Brasil, Perú, Ecuador, Portugal, Francia, Bélgica, entre otros Estados.

En relación con los sujetos que impulsan el control, éste 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 de Chile y de Polonia, entre otros.

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

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



6.3. La clasificación en función del radio de acción del control de constitucionalidad

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

El control total se da cuando cualquier norma, acto u omisión estatal puede verse sometido al control de constitucionalidad. Este sistema parece de difícil aplicación, ya sea por eliminarse del control “cuestiones políticas” o por no poderse analizar materias después de ciertos períodos de tiempo desde que han entrado en vigencia o sólo puede realizarse control sobre cierto tipo de normas o de actos y no de otros.

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

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

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

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

6.4. La clasificación del control en función del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad

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



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

En los casos en que el fallo del tribunal produce efectos decisorios y vinculantes, es necesario distinguir si dichos efectos son generales (*erga omnes*) o inter partes.

Si el fallo produce efectos generales o *erga omnes*, la norma cuestionada se excluye del sistema jurídico. Es lo que ocurre con las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Perú, Polonia, Hungría, Bolivia, Guatemala, Italia, Austria, Bélgica, España, Portugal, Alemania, Yugoslavia, Colombia, entre otros. Asimismo, tiene el mismo efecto el control por vía de acción pública ante la Corte Suprema en Costa Rica, México y los fallos del Supremo Tribunal Federal en Brasil, entre otros.



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

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

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

7. Las materias que son objeto de control de constitucionalidad

Las materias que son objeto de control de constitucionalidad son las normas jurídicas subconstitucionales y las normas del derecho internacional que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional; la resolución de conflictos de jurisdicción o competencias y la protección de los derechos fundamentales a través del amparo extraordinario.



7.1. Las normas jurídicas y resoluciones sometidas al control de constitucionalidad

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

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

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 esta-

tales. 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 tribunales constitucionales, contralorías generales de las repúblicas existentes en diferentes Estados latinoamericanos o tribunales administrativos.

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

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

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

7.1.1 Los tratados internacionales. Estos pueden dar lugar a un control de constitucionalidad, ya sea por aspectos de forma como su adecuada integración al ordenamiento jurídico nacional, o por aspectos de fondo como la contradicción de sus disposiciones con las de la Constitución, en cuyo caso si se desea incorporar el tratado al ordenamiento jurídico nacional habría que modificar la Carta Fundamental o eventualmente aprobar el tratado con el quórum requerido de reforma constitucional, según la técnica determinada en la Constitución. Este control para que se respeten los principios generales del derecho internacional y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados debe ser de carácter preventivo, y en lo posible obligato-



rio. A manera de ejemplo, puede señalarse que dicho control se encuentra dentro de la competencia de los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Chile, Ecuador, Alemania, España, Austria, Polonia, Rusia, Ucrania, Hungría, Moldavia, entre otros países.

7.1.2 Los preceptos legales, vale decir, 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. La regla general en Europa Occidental, Central y Oriental como en América es el control de constitucionalidad de los preceptos legales, ya sea por Cortes Constitucionales o Tribunales Ordinarios.

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

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



nia, Bolivia, Perú, Guatemala, Polonia, Rusia, Croacia, Hungría, Macedonia, Eslovaquia, Eslovenia, entre otros.

7.1.5 Los actos de 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 miembro y entre ellos, hay diversos regímenes constitucionales que contemplan la descentralización política dentro del cuadro de Estados regionales o autonómicos. Esto ocurre en Italia, España, Portugal, entre otros países.

7.1.6 Los reglamentos parlamentarios. Tales reglamentos pueden, eventualmente afectar derechos fundamentales de las personas, especialmente, cuando tales regulaciones se refieren a atribuciones referentes a acusaciones constitucionales de determinadas autoridades, cuyos procedimientos pueden afectar al derecho al debido proceso, al derecho a la defensa, etcétera. Diversos tribunales constitucionales de Europa y América Latina tienen esta competencia.



7.1.7 Los Autos Acordados o Acordadas de los Tribunales Superiores de Justicia o de otros órganos jurisdiccionales. Estas normas adjetivas deben ser objeto de control de constitucionalidad ya que pueden infringir el principio de reserva legal para la regulación de derechos fundamentales.

7.2. La resolución de conflictos de jurisdicción o competencia

Una Constitución normativa tiene plena fuerza de aplicación, debiendo cada órgano constitucional actuar dentro de la órbita de sus funciones y atribuciones. Por tanto, si existe un sistema de defensa de la Constitución es natural que dicho órgano jurisdiccional especializado conozca y resuelva tales conflictos de competencia o de jurisdicción en su caso. Así ocurre con diversos Tribunales Constitucionales de Europa y América Latina.

7.3. El amparo de derechos fundamentales

Es una constatación objetiva que las constituciones contemporáneas no se contentan con regular los procedimientos de acceso al poder y de toma de deci-

siones por los órganos estatales, además de establecer una declaración programática de derechos. Las constituciones modernas aseguran y garantizan los derechos fundamentales frente a los actos de trasgresión de ellos por parte de los órganos constituidos, sean éstos el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Así lo establecen muchos Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos, con diversas modalidades. Ejemplo de ello son los tribunales constitucionales de Alemania, España, Italia, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú.

7.4. Otras competencias de los órganos de jurisdicción constitucional

Además de las competencias clásicas, diversos Tribunales Constitucionales tienen competencias contencioso-sancionatorias en materia de atentados al ordenamiento democrático, como es el caso de los Tribunales Constitucionales de Alemania Federal y de Chile, artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn y 19 N°15 y 82 N°7 de la Constitución de Chile, lo que ha sido asumido por diversas Cortes Constitucionales de Europa Central y Oriental en las últimas dos décadas del siglo XX (Albania, Bulgaria, Croacia, Macedonia, Polonia, República Checa, Rumania, Yugoslavia).

A su vez, algunos Tribunales Constitucionales de Latinoamérica, entre los que sobresale Chile, y varios Tribunales Constitucionales de Europa Central y Oriental, tienen diversas competencias complementarias:

Los tratados son parte del parámetro de adecuación de las normas al ordenamiento jurídico en los casos de los Tribunales Constitucionales de Bielorrusia, Eslovenia, Eslovaquia, Letonia, Polonia, República Checa.

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

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

En pocos casos, los tribunales constitucionales intervienen en el proceso de reforma constitucional, desarrollando opiniones consultivas, las que no tienen un carácter vinculante (Moldavia, Rumania y Ucrania), a diferencia de algunos Tribunales Constitucionales latinoamericanos (chileno, colombiano,



peruano) que desarrollan control de constitucionalidad de los proyectos de reforma de la Constitución con carácter vinculante.

8. Las formas de inconstitucionalidad

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

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 la competencia de otro órgano del poder central; son ejemplos en la materia las actuales Constituciones de Francia y Chile. En ellas se da si el poder legislativo interviene en una materia reservada a la potestad reglamentaria autónoma del gobierno, o cuando este último, a través de la potestad reglamentaria autónoma, invaden un dominio reservado a la ley por la Carta Fundamental.



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

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

9. Clasificación de la jurisdicción constitucional

Siguiendo a García Pelayo, es posible realizar una clasificación de los tipos de jurisdicción constitucional atendiendo simultáneamente a dos criterios: la existencia o no de una jurisdicción especializada en la materia, como asimismo, si dicha jurisdicción es centralizada o descentralizada ¹⁴. Así la clasificación permite distinguir los siguientes tipos de jurisdicción constitucional:

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

Históricamente nace en Estados Unidos con el fallo *Marbury v. Madison* en 1803, y es seguida por diversos países de América Latina, entre ellos Argentina y Honduras.

- b. Jurisdicción descentralizada especializada. En esta caso nos encontramos con órganos creados con el único objeto de concretar la defensa de la Constitución y su supremacía formal y material, existiendo una serie de órganos distribuidos a través del territorio nacional. El caso típico está constituido por la Corte Constitucional Federal alemana y las Cortes Constitucionales estadales alemanas.



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

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

¹⁴ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Tomo 3, p. 3225.

- d. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada. Éste es el caso de países en los que el control de la defensa y supremacía constitucional se ha entregado a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. En el ámbito latinoamericano pueden citarse los casos de Costa Rica con la Constitución de 1848, reformada en 1989, que generó la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Sala Cuarta); de Venezuela, con la reciente Constitución de diciembre de 1999, artículo 334, la cual establece una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema; otros casos son los de El Salvador, Paraguay y México.
- e. Jurisdicción centralizada y especializada en un tribunal único. Corresponde a esta realidad el modelo germano-austríaco, que crea un Tribunal Constitucional, que de acuerdo a la Constitución Austríaca de 1920, concentra la competencia de defensa del orden constitucional. En el mismo año 1920 se desarrolla el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en la Constitución de 1931. Al término de la Segunda Guerra Mundial se ha expandido dicho modelo por Europa: Alemania, España, Francia, Portugal, Polonia, Hungría, República Checa, Rusia, Croacia, Bulgaria, Andorra, Rumania, entre otros países.



10. La jurisdicción constitucional y los modelos de control de constitucionalidad

Podemos sostener que hay jurisdicción constitucional cuando un órgano competente legalmente investido con tal objeto decide materias constitucionales, con independencia de si es o no un órgano especializado en la materia, posición que compartimos con Bidart Campos¹⁵, Nestor Pedro Sagüés¹⁶, García Belaunde¹⁷, Fix Zamudio¹⁸, entre otros.

¹⁵ Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1987.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989.

¹⁷ García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Marsol Perú Editores S.A., 1998. Especialmente el artículo "El Derecho Procesal Constitucional", pp. 5-35.

¹⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, N°1, año 1995.

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

10.1 El modelo original americano

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

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

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

El tipo de control de constitucionalidad por los tribunales ordinarios, tiene el defecto de debilitar la exigencia de la “certeza de 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 adop-



tada por las jurisdicciones de rango superior, como ocurre en el caso de los Estados Unidos.

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 aplica¹⁹. 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”²⁰.

10.2 El modelo original germano austríaco o europeo de jurisdicción constitucional

10.2.1 El fundamento de los tribunales constitucionales y su concreción histórica

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

La justificación de los tribunales constitucionales está dada en la defensa jurídica de la Constitución democrática frente a las posibles vulneraciones de ella por los órganos y agentes del Estado que no respeten el ámbito de sus competencias, abusando del poder o utilizando sus competencias para fines distintos de aquellos para los cuales fueron desarrollados. Un segundo elemento que justifica su existencia es la protección de los derechos humanos o derechos

¹⁹ Ver Frank, Claude, “Droit Constitutionnel et Institutions Politiques Comparées”, *Les Cours de Droit*, 1979-1980, París. Hamon, Francis y Weiner, Céline, “Le Controle de constitutionnalité aux Etats unis”, *Documents d'Etude* N°1, 15, 16 de la Documentation Française, Francia, septiembre 1978, p.18.

²⁰ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *Estados Unidos de América en Sistemas Políticos Contemporáneos*, Barcelona, Ed. TEA-DE, 1984, p. 53.

esenciales de la persona humana, que constituye uno de los fundamentos básicos del Estado Constitucional. El tercer fundamento es la protección de las minorías y sus derechos frente a los eventuales desbordes de las mayorías que controlan el Parlamento y el Gobierno.

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

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

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

Para Kelsen, el Tribunal Constitucional se limita a controlar la compatibilidad de dos normas abstractas de jerarquía diferente: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional es un legislador negativo, ya que la anulación de la ley tiene el mismo carácter general de la formación de la ley, en palabras del mismo Hans Kelsen, constituye una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa”²¹.



²¹ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale delle costituzione”, *La Giustizia Costituzionale*, Milán, Ed. Giuffrè, 1981, p. 174.

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

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

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

En América Latina, hay antecedentes del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, con anterioridad al modelo germano-austríaco de 1919-1920, en la Constitución de Venezuela de 1811 reasumido luego por la Constitución de 1858²², como asimismo, en Colombia. En este último país, la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal de 1850 posibilita la acción popular de inconstitucionalidad contra ordenanzas, acuerdos de cámaras provinciales y cabildos parroquiales, aun cuando es necesario reconocer que no hay un órgano especial o ad hoc de control de constitucionalidad²³, como asimismo, desde el punto de vista competencial, no es practicable la acción respecto de leyes federales, lo que es inherente a la jurisdicción constitucional.

²² Ayala Corao, Carlos, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. CEC, p. 381.

²³ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la Constitucionalidad (1918-1939)*.

Una modalidad similar a la Colombiana ya se encuentra vigente en la misma época en la Confederación Suiza, a través del recurso de derecho público suizo (Staatrechtliche Verfassungsbeschwerde contenido en la Constitución de Suiza de 1848²⁴.

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

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

10.2.2 Rasgos fundamentales

Las Cortes Constitucionales, en palabras de García Enterría, en lugar de competidores del parlamento, terminan siendo su complemento lógico. Ellas no pueden indagar “la relación de adecuación o no a la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositarias de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciarán sólo la validez de la ley, por medio de simple lógica racional, desvinculadas de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales”²⁵.

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”²⁶.

²⁴ Brage Camezano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Ed. UNAM, 2000, p.61.

²⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Ed. Civitas, 1981, p.58.

²⁶ García de Enterría, E., op.cit., p.186.



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

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

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

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

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

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

Para el profesor italiano G. Zagrebelsky, la Corte Constitucional tiene la capacidad de “detener el exceso de ‘contractualización’ de las decisiones políticas, que puede ella misma ser muy peligrosa para los derechos fundamentales, sobre todo para los de aquellos que no participan en la contractualiza-



ción”, es decir de aquellos que no participan de la negociación política parlamentaria o gubernamental. En esta pueden conculcarse valores protegidos por el ordenamiento constitucional y, por tanto, no sujeto a la negociación de los poderes constituidos.

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

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

Las características fundamentales de estas Cortes Constitucionales que siguen el modelo germano-austriaco son así de control concentrado, los tribunales ordinarios no tienen competencia en la materia de control de constitucionalidad, su composición está determinada por la participación de políticos que eligen a juristas para integrar la Corte o Tribunal²⁷; sus sentencias producen efectos erga omnes y constitutivos.



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, bajo la inspiración del modelo norteamericano, sistemas de control por Tribunales Constitucionales siguiendo el modelo europeo, o finalmente, combinando los sistemas de control por Tribunales Ordinarios y Tribunales Constitucionales, generando así modalidades propias distintas del modelo puro norteamericano o europeo, como es la combinación de controles “difuso-concentrado”²⁸, de doble carácter concentrado o la existencia de variantes dualistas²⁹.

²⁷ Constituyen una excepción a este principio la Corte Constitucional de Grecia compuesta sólo de Magistrados de Corte y el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador, artículo 140 y que está integrado por parte de miembros no letrados, designados por cuerpos intermedios.

²⁸ Piza Escalante, Rodolfo, “Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional de Costa Rica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1995, p.155.

²⁹ García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Lecturas Constitucionales Andinas* N°1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, pp. 183 y ss.

11.1 El modelo de control integral y paralelo colombo-venezolano y su evolución

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

En 1858, las constituciones colombiana y venezolana de dicho año, instituyeron, en Venezuela, la acción pública de inconstitucionalidad creada en 1811 en Colombia; y a su vez, en este último país, se organizó dentro de un control mixto suspensivo de inexecutableidad para la Corte y definitivo de inexecutableidad 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. Apareció así el control concentrado de constitucionalidad de las leyes en territorio americano, antes de su implementación en Austria (1919-1920).

La Constitución de Venezuela de 1858, en su artículo 113, faculta a la Corte Suprema para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales por ser contrarios a la Constitución nacional. Dicho control fue ampliado desde 1893 a toda la legislación nacional³⁰.

La Constitución colombiana de 1886, en su artículo 90, facultó al Presidente de la República para objetar por inconstitucionalidad los proyectos de ley aprobados por el Congreso, estructurándose un control de constitucionalidad preventivo de las leyes de carácter restringido³¹.

Dicha Constitución reformada por el Acto Legislativo N°3 de 1910 amplió la competencia de control concentrado de constitucionalidad a las leyes y decretos con fuerza de ley, mediante la acción de inexecutableidad. A su vez, la reforma de 1986 estableció un control “automático u oficioso” respecto de ciertos decretos del Gobierno. La reforma de 1968 estableció en la Corte Su-

³⁰ Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Ed. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983. p. 87.

³¹ Henas Hidrón, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, undécima edición, Bogotá, Ed. Temis, 1998, pp. 74 y ss.

Sánchez, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1992. pp. 114 y ss.

prema de Justicia una Sala Constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público; la reforma de 1979, de fugaz vigencia, otorgó a la Sala Constitucional capacidad decisoria, ya que hasta dicha fecha la Sala Constitucional sólo informaba al pleno de la Corte Suprema y era éste el que tomaba las decisiones.

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

El sistema colombiano combina así el control por vía de acción y de excepción, el control concentrado y el difuso, el represivo o a posteriori, como asimismo, el control automático u oficioso³². Este sistema de control integral, estaba conformado por los siguientes elementos:

1. Control por vía de acción pública (artículo 214 de la Constitución). Mediante éste todo ciudadano podía requerir, sin necesidad de demostrar interés particular o concreto y sin estar vinculado a ningún proceso, cualquier precepto con rango de ley que se considerara inconstitucional, el que era examinado por la Corte Suprema en la Sala Plenaria, previo examen por la Sala Constitucional y luego de oír al Ministerio Público por intermedio del Procurador. La Corte dictaba una sentencia de constitucionalidad o de inconstitucionalidad (inexequibilidad) con efectos generales o “erga omnes” y constitutivos o “ex nunc”.
2. Control automático o forzoso, mediante el cual la Corte Suprema debía dictar fallo de inexequibilidad de oficio, respecto de los decretos legislativos de estado de sitio (artículo 121 de la Carta Fundamental), o de emergencia económica y social (artículo 122), pudiendo cualquier ciudadano impugnar su constitucionalidad.
3. En el control por vía principal, mediante requerimiento del Presidente de la República, la Corte conocía y emitía sentencia con efecto erga omnes sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Congreso y antes de ser sancionados, cuando dicha objeción hubiere sido rechazada por el Congreso (artículo 214 de la Constitución).



³² Pérez Escobar, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, quinta edición, Santa Fe de Bogotá, Ed. Témis, 1997, p.48.

- 
4. Control por vía de intermediación jerárquica y de tutela administrativa. Según éste, los gobernadores de los Departamentos tenían la facultad de objetar, por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad los proyectos de ordenanzas aprobados por las Asambleas departamentales, los cuales eran sometidos al tribunal contencioso-administrativo respectivo, para que éste decidiera, en fallo con efectos generales, su convalidación o anulación, según se ajustara o no a la Constitución y a la ley. Los gobernadores departamentales podían revocar los actos de los alcaldes municipales por las mismas razones y revisar los acuerdos de los Consejos Municipales (artículo 194 de la Constitución).
 5. Control simultáneo de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos por vía de acción pública de nulidad. Mediante el cual toda persona podía acusar un acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante una acción de nulidad de carácter público, directo, abierto y sin condicionamiento procesal prejudicial, para que suspendiera provisionalmente el acto impugnado. Y luego, si encontraba mérito suficiente, lo declarare nulo por ser contrario a la ley o a la Constitución. Esta “suspensión provisoria” es similar al “fuero de amparo” de la justicia mexicana.
 6. Control incidental o por vía de excepción, ya sea de inconstitucionalidad o ilegalidad. De acuerdo con el cual se debe aplicar preferentemente la Constitución si entra en un conflicto con la ley o una norma administrativa, según sea un proceso judicial o gubernativo, ya sea a petición de parte o de oficio.
 7. Control por vía de acción de amparo, que correspondía al fuero de amparo integral mexicano, para acudir por medio de apoderado en acción contencioso-administrativa de anulación o de restablecimiento del derecho y plena jurisdicción contra actos, hechos u operaciones de la administración que fueren lesivas de derechos particulares y hayan infringido una norma constitucional, legal o administrativa superior.
 8. El recurso de hábeas corpus que protege la libertad personal.
 9. El recurso de queja en interés general, particular o de la administración.
 10. Las acciones públicas precautelares en resguardo de la tranquilidad, seguridad y solidaridad pública e individual³³.

³³ Autores varios, *Aspectos del Control Constitucional en Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984.

La evolución del sistema colombiano

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

La nueva Constitución colombiana de 1991 organizó la Corte Constitucional que reemplaza a la Sala Constitucional de la Corte Suprema³⁴.

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

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

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

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



³⁴ SÁCHICA, Luis Carlos, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Ed. Témis, 1993.

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

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

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

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

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

La sentencia de la Corte produce cosa juzgada constitucional, no existiendo contra ella recurso alguno; decide el problema con efectos generales (erga omnes) y pro futuro, salvo que la misma Corte establezca otra cosa.



La evolución del sistema venezolano

En Venezuela se desarrolla un sistema mixto, un control difuso que corresponde en general a todos los órganos judiciales, con la facultad de desaplicar leyes en casos concretos y un control concentrado en la Corte Suprema, que puede declarar la nulidad de los actos violatorios de la Constitución de 1961, de acuerdo con el artículo 215 de dicha Constitución, con efectos erga omnes³⁵. La Constitución de diciembre de 1999 avanza en la materia creando una Sala Constitucional especializada en la Corte Suprema.

³⁵ Ayala Corao, Carlos, Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela, en Autores varios, *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*. Lecturas Constitucionales Andinas N°4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 241 y ss.

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

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

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

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

Así, como señala Allan Brewer-Carias, quedó claramente establecida la diferencia entre jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción constitucional por el objeto del control y no por los motivos del mismo. Desde tal perspectiva, “sólo compete a la jurisdicción constitucional, conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno o los interna corpori de la Asamblea) o que tengan rango de ley (Decretos Leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los Reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad al derecho)”³⁶.



³⁶ Brewer-Carias, Allan, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, p. 230.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, instituida por el artículo 262 de la Constitución, ejerce el control concentrado de constitucionalidad con poderes anulatorios, en los términos del artículo 336, el cual establece las siguientes atribuciones:

“1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estaduales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que coliden con ésta.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”.



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

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

A la Sala Constitucional de la Corte Suprema, como señala José María Casal, le corresponde “el monopolio de la anulación y de la interpretación constitucional vinculante con efectos erga omnes”³⁷, ya que cualquier juez de la República mantiene su competencia de desaplicar en un caso concreto las leyes contrarias a la Carta Fundamental.

³⁷ Casal, José María, *Constitución y justicia constitucional*. Caracas, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 84.

11.2 El control derivado del juicio 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 tiene 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 se concreta en la “fórmula Otero” que implica otorgar, por parte del tribunal, protección en el caso particular sobre el cual versa el proceso, vale decir, el fallo produce solo efecto inter partes o efectos particulares.

La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 dota a la Corte Suprema de una integración de once ministros, los que son propuestos al Senado por el Presidente de la República a través de ternas por cada vacante que debe ser llenada. El Senado elige un candidato de cada terna que necesita los dos tercios de los votos de los presentes, para su efectiva designación. La duración en el cargo de Ministro de la Corte Suprema es de quince años, renovándose por parcialidades.

La Corte Suprema asume las competencias destinadas a resolver las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales entre órganos constitucionales (órganos federales, estatales y municipales).

Así el sistema de control de constitucionalidad mexicano constituye una variante del control mixto, que combina un control de constitucionalidad concentrado en la Corte Suprema de Justicia, de tipo abstracto, a requerimiento de órganos políticos, cuyas sentencias producen efecto de cosa juzgada y efectos generales. A su vez, todos los tribunales federales tienen competencia para realizar control difuso de tipo concreto o incidental, instado por cualquier persona que se vea afectada en sus derechos y cuya sentencia sólo produce efectos inter partes³⁸.

En la variante mexicana se articulan los dos subsistemas por la doble competencia de la Corte Suprema que resuelve, en última instancia, en materia de control concreto de constitucionalidad de preceptos legales y en única instancia del control abstracto de control de constitucionalidad de carácter nor-



³⁸ Brage Camezano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*. México, Ed. UNAM, 2000, p. 57.

mativo. Los efectos de la sentencia, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, no pueden ser retroactivos, la ley reglamentaria determinó que “las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia”, lo que posibilita efectos ex nunc o pro futuro.

Por último, es necesario señalar que la Suprema Corte mexicana necesita la mayoría calificada de ocho votos al menos para aprobar una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, como también para que una sentencia interpretativa de carácter desestimatorio de inconstitucionalidad tenga carácter vinculante (artículo 73 y 43 de la Ley Reglamentaria).

11.3 El modelo mixto de control concentrado y difuso por tribunales ordinarios en Brasil y El Salvador

11.3.1 La variante brasilera de la Carta de 1988

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

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

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

En la declaración de inconstitucionalidad por omisión, para hacer efectiva la norma constitucional, se instruye al poder competente para la adopción de las providencias necesarias; tratándose de un órgano administrativo, debe



adoptar las medidas para hacer efectiva la norma constitucional en un plazo de treinta días. Tal sentencia o fallo es de carácter declaratorio en cuanto a ese reconocimiento, existiendo en ella también un efecto de mandamiento en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las medidas necesarias para suprimir la omisión.

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

Finalmente, es necesario considerar que los dos tipos de controles —concentrado y difuso— son efectuados por órganos del Poder Judicial³⁹.



11.3.2 *La variante salvadoreña*

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

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

11.4.1 *La variante de Costa Rica*

El control de constitucionalidad de las leyes existentes en el Código de Procedimiento Civil desde 1936, se constitucionaliza con la Carta Fundamen-

³⁹ Almeida Melo, José Tarcízio, *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, Ed. del Rey, 1996, pp. 70-85.

tal de 1949, artículo 10. En 1989 se reforman los artículos 10 y 48 de la Constitución, entregando el control concentrado de constitucionalidad a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, dictándose en el mismo año la ley 7135 de la jurisdicción constitucional que rige la materia.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



11.4.2 La variante panameña⁴⁰

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

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

11.4.3 La variante uruguaya

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

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

La Constitución actualmente vigente de 1967 —con las reformas de 1989, 1994, 1996 y 1997— mantiene en la Corte Suprema en forma concentrada la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales, pudiendo accionar toda persona que se considere afectada directamente en su interés directo, personal y legítimo, como asimismo, por vía de excepción, en cualquier gestión judicial. Se posibilita, también, que los tribunales de oficio puedan solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el caso concreto ⁴¹.

⁴⁰ Brewer-Carias, Allan, “El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado,” en Autores varios, *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Vol. II., Caracas, Ed. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 889 y ss.

⁴¹ Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*. Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 315-324.

Los efectos de la sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto legal produce sólo efectos concretos para el caso en que se pronuncia⁴².

11.5 El modelo dual peruano, ecuatoriano y boliviano

11.5.1. La variante peruana

Esta variante se caracteriza por la coexistencia de dos situaciones básicas en el mismo ordenamiento jurídico, dos modelos que no se mezclan ni desaparecen, el modelo americano de control difuso a través de órganos judiciales ordinarios y el modelo germano-austríaco de control concentrado especializado en un tribunal constitucional.

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

Paralelamente, la Constitución consideraba al Tribunal de Garantías Constitucionales como un órgano competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales contrarias a la Constitución, sea en aspectos de fondo o de forma, según disponían los artículos 296 y 298 de dicha Constitución. El fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales produce efectos erga omnes, según lo disponían los artículos 297 y 298 de la Constitución. Tenían acción directa el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Fiscal de la Nación, sesenta diputados y veinte senadores⁴³.

⁴² Sobre la materia ver: Esteva Gallicchio, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Uruguay”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Ed. Dykinson –Ed. Jurídica Venezolana–. Ed. Jurídica Esteva, 1997. pp. 897 y ss.

Gros Spiel, Héctor, “La jurisdicción constitucional en el Uruguay”, en Autores varios, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984.

Korseniak, José, “La justicia constitucional en Uruguay”, *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año II, enero-junio de 1989, pp. 105 y ss.

⁴³ Quiroga León, Anibal, “El Sistema de justicia constitucional en el Perú”, en *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 2, Lima, Ed. Comisión Andina de juristas, 1988.

García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, en *Lecturas constitucionales andinas* N°1. Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, 1991.

Blume Fortini, Ernesto, *El control de la constitucionalidad*, Perú, Ed. ERSa, 1996.

Autores varios, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.



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

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

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

La Constitución consagra al Tribunal Constitucional como órgano autónomo e independiente, compuesto de siete miembros letrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución⁴⁴.

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

La ley N° 26.435 orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 4, estableció un elemento distorsionador de la función del Tribunal, e incorporó su labor de defensa jurisdiccional de la Carta Fundamental. En efecto, dicha norma señala que el Tribunal Constitucional “adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos salvo para resolver la inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en que se exigen seis votos conforme”. Tal norma posibilita que, en el caso concreto de una acción de inconstitucionalidad, cinco magistrados formen mayoría para declarar la inconstitucionalidad de una ley, con el desacuerdo de los dos miembros restantes del Tribunal en cuyo caso, por no haberse reunido una decisión mayoritaria de seis miembros, predomina la voluntad de la minoría, quedando recha-

⁴⁴ Blume Fortini, Ernesto, op. cit. Landa Arroyo, César, “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, en *Pensamiento Constitucional*. Ed. Maestría en Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995. Abad Yupanqui, Samuel, “La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas”, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N°4. Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 191 y ss.

zada la demanda de inconstitucionalidad con “efectos de cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país”, como establece Ortecho Villena⁴⁵.

11.5.2 La variante ecuatoriana

Durante el siglo XIX, como señala Salgado Pesantes, sólo tres Constituciones de las que tuvo el país se refirieron limitadamente al tema del control de constitucionalidad. Ellas fueron las de 1851, de 1869 y de 1878 ⁴⁶.

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

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

⁴⁵ Ortecho Villena, Víctor, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 4ª edición, Perú, Ed. Rodhas, 2000, p.23.

⁴⁶ Salgado Pesantes, Hernán, “El control de constitucionalidad en la Carta Política de Ecuador”, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N°4. Lima, Ed. Comisión Andina de Jurista, 1995, p. 167.

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

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

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

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

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

Una segunda atribución otorgada al Tribunal de Garantías Constitucionales es la de conocer acerca de las quejas contra los actos de las autoridades pú-



blicas que violaren sus derechos y libertades garantizados por la Constitución (artículo 146, numeral 2º), ante lo cual el Tribunal puede “observar”, vale decir, concretar un mandamiento de rectificación con carácter de obligatorio para la autoridad pública a la que va dirigido. En caso de incumplimiento el Tribunal puede “solicitar al órgano competente la renovación del funcionario y la aplicación de las demás sanciones contempladas en la ley, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar” (artículo 79, literal m).

La reforma de 1998 reestructura el control de constitucionalidad y crea un Tribunal Constitucional en forma, integrado por nueve miembros titulares y sus respectivos suplentes, por un período de cuatro años, los cuales pueden ser reelegidos, todo ello de acuerdo con el artículo 275 de la Carta Fundamental, el cual ejerce control preventivo de constitucionalidad en materia de tratados y convenios internacionales y frente a objeciones de inconstitucionalidad de proyectos de ley, un control represivo de constitucionalidad en materia de preceptos legales y normas administrativas, como asimismo resoluciones emitidas por órganos de las diferentes instituciones del Estado. En materia de amparo de derechos, conoce de las resoluciones judiciales que denieguen los hábeas corpus, hábeas data y amparos, los casos de apelación previstos en la acción de amparo respecto de los derechos asegurados por la Constitución y pactos internacionales de derechos humanos. Por último conoce y dirige los conflictos de competencias y atribuciones.

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 278 de la Constitución producen efectos derogatorios hacia el futuro.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional antes descrito se complementa con un control incidental de inaplicación de los preceptos legales, decretos y ordenanzas concretado de modo difuso por todos los tribunales ordinarios de justicia. El artículo 274 de la Constitución otorga dicha competencia a los tribunales ordinarios, de oficio o a petición de parte, respecto de todos los preceptos jurídicos contrarios a la Constitución o a los tratados o convenios internacionales, produciendo el fallo efectos inter partes, vale decir, sólo para el caso concreto. Se prevé que el tribunal o corte debe presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que este último resuelva con carácter obligatorio



y general, todo ello de acuerdo con el artículo 274 de la Constitución y el artículo 12 párrafo 6º de la Ley de Control de Constitucionalidad.

11.5.3 *La variante boliviana*

En el constitucionalismo boliviano, se instituye un control judicial de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso en la Constitución de 1861. El artículo 86 de dicha Carta Fundamental establecía que “las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualquiera otra resolución”⁴⁷. A su vez, se entregó a la Corte de Casación el control abstracto de constitucionalidad, lo que se mantuvo en las siguientes Cartas Fundamentales de 1868, 1871, hasta la de 1967. Se estructura así un control difuso incidental con efectos inter partes y un control concentrado abstracto⁴⁸.

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

La reforma constitucional de 1994 crea el Tribunal Constitucional como organismo especializado en materia de control de constitucionalidad⁴⁹, ubica al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del Poder Judicial, lo que lo constituye en una analogía del modelo orgánico de la Corte Constitucional alemana. En todo caso, el artículo 119-I de la Carta Fundamental asegura que “El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución”.

⁴⁷ Urcuyo Reyes, Jaime, “El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994”, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N°4, Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 39 y ss.

⁴⁸ Miguel Harb, Benjamín, “La jurisdicción constitucional en Bolivia”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson y otras, 1997, p. 345.

⁴⁹ Ver Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en Bolivia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 1998, Buenos Aires, Ed. Ciedla, 1998.

Rivera Santibáñez, José Antonio, “El control de constitucionalidad en Bolivia”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Ed. CEP y C., 1999.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

11.7. La variante chilena de las constituciones de 1925 y 1980: el doble control concentrado por órgano especializado y no especializado

El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento, no carente 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 con el 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 de 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 constitucional de forma y limitándose al ejercicio del control de constitucionalidad de fondo de los preceptos legales.

Ante tal hecho y luego de un largo proceso surge, con la reforma constitucional de 1970, un Tribunal Constitucional que sigue 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, el Tribunal Constitucional ejerce un control represivo de constitucionalidad de los Decretos con fuerza de ley que la Contraloría General de la República haya tomado razón y se hubieren publicado en el Diario Oficial, que debe concretarse por requerimiento de cualquiera de ambas ramas del Congreso o una cuarta parte de sus miembros, dentro de los treinta días siguientes a su publicación, por la publicación incorrecta de una ley, al no corresponder ésta al texto aprobado por el parlamento. La Constitución faculta también al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto que se suscite por el dictado 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 objetora sentencia”. No hay instancia jurídica que pueda solucionar los conflictos que emanen de la disparidad de criterios entre ambos Tribunales sobre si lo que está conociendo la Corte Suprema fue o no lo resuelto ya por el Tribunal Constitucional.



12. Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus funciones

En nuestra América del Sur hay cinco Tribunales Constitucionales; ellos son los de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, cuyas competencias se concretan en los siguientes ámbitos:

- I. Control de constitucionalidad normativa u orgánica.
- II. Control de constitucionalidad de conflictos de competencias.
- III. Control de constitucionalidad a través del amparo de derechos fundamentales y sus garantías.
- IV. Otras competencias y atribuciones.

I. El control de constitucionalidad sobre normas o preceptos jurídicos es desarrollado por los cinco Tribunales Constitucionales con diversos matices.

I.1. El control de constitucionalidad sobre normas jurídicas de carácter preventivo

I.1.1. Control de constitucionalidad de reformas constitucionales y del ejercicio del poder constituyente derivado o instituido

El control de constitucionalidad preventivo sobre proyectos de reforma constitucional se concreta en cuatro países: Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 120 N^o 10, en armonía con el artículo 116 y 117 de la ley 1836 de 1998, determina que el control sobre proyectos de reforma constitucional puede ser planteado por cualquier Senador o Diputado, o por el Presidente de la República. Este control sólo puede referirse a infracciones del procedimiento de reforma constitucional, sin poder ingresar al contenido material o sustantivo de la reforma constitucional.

La Constitución de Colombia determina, en su artículo 241 N^o1, la función de la Corte Constitucional de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promueven los ciudadanos sobre los actos reformativos de la Constitución, cualquiera sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

La Constitución chilena precisa el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional en su artículo 82 N^o2, a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte, al menos, de sus miembros en ejercicio, que sean formuladas antes de la promulgación del proyecto de reforma constitucional.

La Constitución de Ecuador determina, en su artículo 276, qué le corres-



ponde conocer y resolver, de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales, previo a su aprobación por el Congreso.

La diferencia entre los cuatro sistemas de control está en la iniciativa para desencadenar el control del órgano jurisdiccional constitucional. En Colombia la iniciativa es amplia, en Bolivia no se permite la acción popular pero puede plantear el control un solo parlamentario mientras que en Chile se restringe a sólo algunos órganos constitucionales políticos y minorías parlamentarias significativas. En el caso de Ecuador, el control es preventivo y obligatorio. La segunda diferencia es que el control se desarrolla en Bolivia y Colombia sólo sobre el procedimiento de quórum y órganos que deben participar en la reforma. En el caso chileno, el control de constitucionalidad, además de los aspectos procedimentales o adjetivos, se extiende a los aspectos sustantivos, en virtud de que, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2º, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límite los derechos esenciales de las personas aseguradas por la Constitución como asimismo por los tratados ratificados por Chile y vigentes. En Chile hay así una concreción constitucional del principio de irreversibilidad en materia de derechos esenciales que, a su vez, está contenido también en el artículo 29 literal a) y b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de que permita suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o limitados en mayor medida que lo previsto en la Convención o en el ordenamiento jurídico de los Estados Partes o de otra Convención en que sea parte el Estado. Estos principios de interpretación obligan a una concepción progresiva en el respeto, garantía y promoción de los derechos por los órganos constituidos.



1.1.2. El control de constitucionalidad de los tratados o convenciones internacionales

El control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales está previsto como competencia de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador.

En Perú, el control de constitucionalidad de los tratados está previsto como un control represivo o a posteriori.

El control preventivo facultativo u obligatorio de los tratados internacionales parece más coherente con las obligaciones de *ius cogens* derivada de la Conven-

ción sobre Derechos de Tratados en sus artículos 26, 27 y 31, que obligan a cumplir los tratados libre y voluntariamente ratificados, de buena fe, sin oponer el derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Bolivia. El control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales está previsto en el artículo 120 N°9 de la Constitución Boliviana y la ley N°1836, artículo 13, siendo de carácter facultativo en el caso de que exista duda fundada sobre la constitucionalidad del tratado, formulada por el Presidente del Congreso Nacional, con resolución cameral expresa, concretada antes de la ratificación del tratado.

Colombia. El control preventivo de constitucionalidad sobre tratados está considerado por el artículo 241 N°10, con carácter obligatorio, debiendo remitirse por el Gobierno a la Corte constitucional, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley que lo aprueba, pudiendo cualquier ciudadano intervenir para defender o impugnar constitucionalidad. Si la Corte Constitucional lo declara inconstitucional no podrá ratificarlo, si sólo algunas normas del tratado son declaradas inconstitucionales, el Presidente de la República puede expresar el consentimiento expresando las respectivas reservas.

Chile. En el caso de Chile, el artículo 82 N°2 de la Constitución precisa el control preventivo facultativo de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, que se concreta a petición de cualquiera de las dos cámaras (Cámara de Diputados o Senado) o por, al menos, una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio.

La reforma constitucional en trámite por el Congreso Nacional establece el control preventivo obligatorio respecto de los tratados que se refieren a materias propias de ley orgánica constitucional o constitucionales, dejando en el resto de las materias un control preventivo facultativo.

Ecuador. El artículo 276 de la Constitución establece la competencia del Tribunal Constitucional para dictaminar la conformidad con la Constitución de tratados o convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso Nacional, el que deberá ser solicitado por el Presidente de la República. De manera que el control de constitucionalidad de tratados en Ecuador es preventivo y obligatorio.

De los cuatro procedimientos de control, los que se adecuan mejor a una perspectiva armónica del derecho interno y el derecho internacional como



asimismo al cumplimiento de buena fe de las obligaciones válidamente contraídas, sin oponer a ellos obstáculos de derecho interno que son expresión del propio poder estatal (artículo 26, 27 y 31 de la Convención sobre Derecho de Tratados) son, sin duda, los establecidos en las Constituciones de Colombia y Ecuador, por ser un control preventivo obligatorio respecto de todos los tratados internacionales, control que impide que se produzcan conflictos entre derecho interno y derecho internacional.

1.1.3. El control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales

El control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales por el Tribunal o Corte Constitucional está previsto, con diversos matices, por las constituciones de Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador.

En el caso de Bolivia, el artículo 120 N°8 precisa la atribución del Tribunal Constitucional de absolver las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, previo acuerdo de la Sala Plena, en el caso de los proyectos de leyes en materias sólo de orden judicial y reforma de los códigos.

Si el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del proyecto consultado, no puede interponerse posterior recurso sobre las cuestiones consultadas y absueltas.

En el caso de Colombia, el artículo 241 N°8 de la Constitución entrega a la Corte Constitucional la decisión definitiva sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. El artículo 35 del Decreto 2067 de 1991 precisa que la sentencia que declara constitucional el proyecto objetado surte efecto de cosa juzgada y obliga al Presidente de la República a sancionarlo. El control sobre proyectos de leyes estatutarias es de naturaleza preventivo y obligatorio, mientras que el de proyectos de ley ordinario es preventivo facultativo.

En el caso de Chile, el artículo 82 en su numeral 1, establece un control preventivo obligatorio de constitucionalidad sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación. Además, de acuerdo con el artículo 82 N12, el Tribunal Constitucional



conoce en control preventivo facultativo la constitucionalidad de los proyectos de ley durante su tramitación legislativa y de los reclamos en el caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.

En el caso de Ecuador, el artículo 276 N°4 de la Constitución establece la atención del Tribunal Constitucional de dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya formulado el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 27 de la ley de control de constitucionalidad de 1997, el Congreso, por resolución de la mayoría de sus miembros o del Plenario de las Comisiones Legislativas, puede solicitar que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la objeción.

En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional no tiene competencias de control preventivo de preceptos legales.

Consideraciones finales sobre control preventivo de constitucionalidad



El control preventivo de constitucionalidad es un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, así como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.

Las decisiones sobre control preventivo de constitucionalidad son decisiones jurisdiccionales, ya que ellas son dictadas por un órgano compuesto de juristas que resuelven con criterio técnico-jurídico, las cuales tienen efectos vinculantes, se sujetan a procedimientos jurídicos y confrontan un precepto normativo o tratado con la Constitución o el bloque de constitucionalidad de derechos.

El control preventivo busca evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, aplicándose a los preceptos legales o de reforma constitucional, antes de su promulgación y respecto de tratados internacionales antes de su ratificación. Además, en materia de tratados, existe el efecto de evitar la transgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en especial los artículos 26, 27 y 31, al concretar el control antes de que el tratado obligue y genere responsabilidad internacional al respectivo Estado.

1.2. El control represivo o correctivo de constitucionalidad de normas jurídicas por los tribunales constitucionales

El control represivo o correctivo de constitucionalidad sobre normas jurídicas puede tener un carácter abstracto o concreto, encontrándose ambas modalidades o sólo una de ellas en los Tribunales Constitucionales de América del Sur, lo que depende del modelo de control de constitucionalidad desarrollado sobre normas legales.

En efecto, como ya hemos señalado, los modelos de control de constitucionalidad pueden ser mixtos, estableciéndose un control judicial difuso en los tribunales ordinarios y un control concentrado en el Tribunal Constitucional como ocurre en Colombia y Bolivia.

En otros casos, se estructura un modelo dual o paralelo, cuando coexisten el control difuso concreto en manos de la justicia ordinaria y el control concentrado abstracto en el Tribunal Constitucional, sin mezclarse ni desnaturalizarse, actuando en forma paralela⁵⁰, lo que ocurre en los casos de Perú y Ecuador.

Finalmente, en Chile, se desarrolla un doble control concentrado sobre preceptos legales, uno preventivo ante el Tribunal Constitucional, excepcionalmente represivo en el caso de decretos con fuerza de ley o decretos reglamentarios, simples decretos supremos o reglamentos autónomos, y un control represivo o correctivo concreto en manos de la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁵¹. Modelo en actual revisión por la reforma constitucional destinada a concentrar tanto el control preventivo como represivo, abstracto o concreto, en el Tribunal Constitucional.



1.2.1. El control represivo de carácter abstracto sobre normas jurídicas

En el caso de Bolivia, el artículo 120 de la Constitución señala como atribución del Tribunal Constitucional conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es abstracta y remedial sólo

⁵⁰ García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La Ley*, año LXII N°197, Buenos Aires, 16 de octubre de 1998, p.1.

⁵¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en García Belaunde y Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

puede ser interpuesta por el Presidente de la República, cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

La sentencia declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos abrogatorios o anulatorios de los preceptos considerados inconstitucionales. En el caso de que la norma legal impugnada sea declarada constitucional se hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella, de acuerdo con el artículo 58 de la ley 1836 de 1998.

En el caso de Colombia, el artículo 241 N° 4 y 5 de la Constitución, atribuye la competencia a la Corte Constitucional del control represivo o correctivo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos contra las leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, tanto por vicio de fondo o forma. La sentencia tiene efectos generales o erga omnes en su parte resolutive. La parte de la motivación o considerandos constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, según dispone el artículo 48 de la ley 270 estatutaria de la Administración de Justicia de 1976.



En el caso de Chile, el artículo 82 N°3 y 5 de la Constitución posibilita un control represivo abstracto de los decretos con fuerza de ley, de los decretos inconstitucionales, y de los decretos supremos cuando ellos se refieren a materias que pudieron estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 de la Constitución. Asimismo, el artículo 82 N°4, posibilita al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria de un plebiscito, que se concreta a través de un decreto del Presidente de la República.

Este control represivo sobre decretos con fuerza de ley lo puede solicitar cualquiera de las Cámaras —Cámara de Diputados o Senado— o una cuarta parte al menos de los diputados o senadores en ejercicio, cuando la Contraloría General de la República haya tomado razón de una norma considerada inconstitucional.

En el caso de la impugnación de decretos supremos por incidir en materia reservada a la ley por el artículo 60 de la Carta Fundamental, ello puede concretarse sólo por cualquiera de las dos Cámaras, dentro de los treinta días siguientes a su publicación. En el caso de decretos de convocatoria a plebiscito, la cuestión puede ser formulada por la Cámara de Diputados o el Senado, den-

tro del plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fija el día de la consulta plebiscitaria.

En el caso de dictarse decretos inconstitucionales o promulgarse un texto de ley diverso del que constitucionalmente corresponda, cualquiera de las dos Cámaras, o una cuarta parte, al menos, de los Diputados o Senadores en ejercicio pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional dentro del plazo de treinta días de la publicación o notificación del texto impugnado.

En Ecuador, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la inconstitucionalidad total o parcial de leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas por vicio de forma o fondo, a solicitud del Presidente de la República, el Congreso Nacional la Corte Suprema de Justicia, mil ciudadanos, o por cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, o por los concejos provinciales o municipales, en los casos expresamente previstos, todo ello de acuerdo con el artículo 277 de la Constitución.

La sentencia que declara inconstitucional una norma objeto de la demanda produce su abrogación y la sentencia tiene efectos erga omnes, desde su publicación y hacia el futuro.

En el caso del Perú, el artículo 202 N°1 señala que corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse, en única instancia, sobre la acción de inconstitucionalidad, la cual, de acuerdo con la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 20, se ejerce respecto de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, los reglamentos del Congreso, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas municipales, como asimismo respecto de los tratados internacionales, cuando contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Esta acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley N°26435 orgánica del Tribunal Constitucional, por el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, 25% al menos del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos, los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia, y los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

De acuerdo con el artículo 35 de la ley N°26.435, las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vin-



culan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

En Perú, el control concentrado de constitucionalidad ejercido por el tribunal Constitucional se combina con un control difuso de constitucionalidad ejercido por los tribunales ordinarios, donde cualquier juez, incluso de oficio, en todo proceso puede inaplicar una norma que estime incompatible con la Constitución.

Consideraciones sobre el control abstracto de normas jurídicas

Respecto de los aspectos procesales cabe destacar el caso colombiano, donde existe una acción popular para solicitar el pronunciamiento de la Corte Constitucional, contrastando con el caso chileno, en el cual se encuentra más restringida la iniciativa de provocar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En Ecuador se contempla también la posibilidad de que una sola persona con el respaldo de tres abogados o del Defensor del Pueblo pueda activar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. El caso peruano, situado en un punto intermedio, posibilita que cinco mil ciudadanos puedan presentar una acción directa de inconstitucionalidad, y también lo pueden hacer los colegios profesionales en materias de su competencia.

La regla general es que el Presidente de la República, el Congreso o Parlamento o sus cámaras y un número de sus integrantes pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal o Corte Constitucional. Es destacable, asimismo, que en todos los países que existen Defensores del Pueblo, ellos están legitimados para presentar acciones de inconstitucionalidad como es el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú: la excepción es Chile, que es el único país que no cuenta con dicha institución, existiendo un proyecto de reforma constitucional del gobierno en trámite parlamentario para crearla.

Desde la perspectiva de las normas jurídicas objeto de control, éste se extiende sobre normas administrativas en forma más amplia en Ecuador y Perú, llegando a las ordenanzas municipales y en Bolivia a todo tipo de resoluciones no judiciales, además de las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camerales, prefecturales y municipales, estas últimas de acuerdo con el artículo 120 N° 3 de la Constitución.



En el caso de Bolivia son objeto de control de constitucionalidad las resoluciones del Poder Ejecutivo o una de sus cámaras, cuando afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas, de acuerdo con el artículo 120 N°5 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional Peruano, de acuerdo con el artículo 202 N°1 de la Constitución en armonía con el artículo 20 N° 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N°26.435, también controla la Constitucionalidad de los reglamentos del Congreso.

I.2.2. El control de constitucionalidad concreto de preceptos legales

La inconstitucionalidad de preceptos legales en casos concretos es una garantía de la compatibilidad de las leyes con la Constitución; ella impide la aplicación de los preceptos legales contrarios a la Constitución y garantiza una interpretación uniforme de la Carta Fundamental.

En el caso de Bolivia, el Tribunal Constitucional conoce de los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales de acuerdo con el artículo 120 N°1 de la Constitución, en armonía con el artículo 7 N° 2 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional, siendo procedente en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. El recurso es promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

En el caso de Ecuador, en una perspectiva más restringida, existe también un control del Tribunal Constitucional sobre las sentencias de inaplicación dictadas por la Corte Suprema y tribunales de última instancia judicial, las cuales se remiten al Tribunal Constitucional para que éste determine la inconstitucionalidad e inaplicación general y obligatoria de la norma jurídica considerada inconstitucional, aun cuando dicha decisión del Tribunal Constitucional no afecta a lo resuelto en ese caso concreto por el tribunal ordinario de justicia, todo ello de acuerdo con el artículo 12 N° 6 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997.



En los casos de Colombia, Chile y Perú, el Tribunal Constitucional no conoce de recursos o incidentes de inconstitucionalidad de normas jurídicas, ya que dicha competencia está entregada en forma de control difuso o concentrado a tribunales ordinarios de justicia, lo cual puede generar el inconveniente de la vigencia de dos parámetros de constitucionalidad diferentes, uno del Tribunal Constitucional, otro de los tribunales superiores de justicia o de la Corte Suprema, creando inseguridad jurídica.

En el caso chileno, el proyecto de reforma constitucional en actual tramitación en el Congreso Nacional, elimina el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales concentrado en la Corte Suprema para traspasárselo al Tribunal Constitucional, con lo cual se pasaría de un sistema o modelo de doble control concentrado a un modelo de control concentrado de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, acercándose al modelo europeo.

En esta materia, nos parece que una articulación más adecuada en cuestión de jurisdicción constitucional entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional se desarrolla en Bolivia con el procedimiento incidental ante el Tribunal Constitucional promovido por los jueces o las partes afectadas en un procedimiento judicial, similar a lo que establecen en Europa los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y España, entre otros.

En tal perspectiva, pareciera una adecuada técnica de unificación jurisprudencial y retroalimentación entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad o juicio o recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

Consideraciones sobre el recurso, incidente o cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento que permite corregir los defectos de aceptar un sistema de jurisdicción constitucional concentrado en el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración el aporte que ofrece la fiscalización constitucional por los jueces ordinarios de las leyes al momento de ser aplicadas al caso concreto, además de garantizar que las partes tengan la seguridad de la aplicación en el procedimiento de un precepto legal constitucionalmente correcto.



El juicio o procedimiento incidental de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de inaplicación o de nulidad de las normas legales que violen estos límites.

El objeto de esta institución consiste en realizar un juicio de contraste entre el precepto legal que debería aplicarse en el procedimiento y la Constitución, determinando si la primera no vulnera la segunda, haciendo o no abstracción de las condiciones concretas de su aplicación y de la interpretación sostenida por las partes o el propio tribunal ordinario, según los casos.

El procedimiento incidental o la cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse por el tribunal que conoce del procedimiento judicial principal, al que no se puede poner fin dictando sentencia, mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal, a través de la cuestión, recurso o incidente de inconstitucionalidad.

El recurso indirecto o incidental es una vía concreta de control de constitucionalidad a través del cual se realiza la impugnación de un precepto legal cuyas normas son incompatibles con las normas de la Constitución.

Es indirecto porque las partes no pueden realizar la impugnación directamente, sino sólo solicitarla al tribunal o Corte Judicial ante quien se tramita la Gestión Judicial que la concrete.

Es incidental porque la acción es promovida como una cuestión accesoria sin afectar la tramitación de la gestión judicial en desarrollo hasta la etapa previa al dictamen de la sentencia.

El Tribunal o Corte Judicial debe plantear la acción cuando exista una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal de cuya validez corresponde el fallo, independientemente de que lleguen a adoptar la decisión respectiva de promover el recurso directamente o a petición de las partes.

El objeto o fin del recurso indirecto o incidental es pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicables al caso concreto que haya sido señalado en forma precisa por la autoridad judicial pertinente que promueva el recurso, sin tener que analizar y considerar los elementos de hecho o derechos litigiosos de las partes.



Así, los requisitos que hacen viable el recurso incidental o cuestión de inconstitucionalidad son:

- a. Duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la norma jurídica aplicable al caso concreto.
- b. Vinculación directa entre la validez del precepto jurídico con la decisión que deberá adoptar el Tribunal o Corte Judicial.
- c. La decisión puede ser la sentencia, sentencias o autos interlocutorios dentro de la tramitaciones del proceso y los autos en ejecución de la sentencia.

II. Control de constitucionalidad de conflictos de competencia

Los tribunales constitucionales de Bolivia, Ecuador y Perú tienen dentro de sus funciones la resolución de conflictos de competencia entre diversos órganos del Estado, con mayor o menor amplitud.

En el caso de Bolivia, el artículo 120 N° 2 de la Constitución, le entrega al Tribunal Constitucional la atribución de conocer y resolver los conflictos de competencia y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios, los cuales se regulan en los artículos 71 a 75 de la ley 1836 del Tribunal Constitucional de 1998.

En el caso del Ecuador, el artículo 276 N° 6 determina, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, conocer y dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, correspondiendo la facultad de solicitar la dirimencia al órgano o entidad que reclama la competencia.

En el caso del Perú, el artículo 202 N° 3 de la Constitución señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley. La ley N° 26.435 orgánica del Tribunal Constitucional regula esta materia en su título IV, en su artículo 46. Precisa que el Tribunal conoce de los conflictos sobre competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales y que oponen al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades; a dos o más gobiernos regionales, municipalidades; o de ellos entre sí;



a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

El artículo 47 de la ley 26.435 determina que el conflicto se produce cuando algunos de los poderes o entidades estatales “adoptan decisiones o rehuyen deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.

En los casos de Colombia y Chile, los Tribunales Constitucionales no tienen actualmente competencias en materia de conflictos de competencia.

En Chile, el proyecto de reforma constitucional en actual tramitación en el Congreso Nacional atribuye al Tribunal Constitucional la resolución de los conflictos de competencias que se susciten entre autoridades gubernamentales con los tribunales de justicia, que hasta el presente están dentro de las atribuciones del Senado y de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con los artículos 49 N° 3 y 79 inciso final de la Constitución.

III. El amparo de derechos ante los Tribunales Constitucionales



El amparo de derechos constituye una acción tutelar de derechos humanos o fundamentales, los cuales son protegidos frente a decisiones, actos u omisiones ilegales o arbitrarios de terceros, sean estos particulares, órganos o autoridades del Estado, según lo determina el respectivo texto constitucional y su legislación complementaria.

En Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, siguiendo el modelo alemán con los debidos matices, ninguna autoridad o funcionario público se sustrae al alcance de la acción de amparo o tutela de derechos fundamentales, ni aun las resoluciones de los tribunales ordinarios cuando ellas vulneran derechos fundamentales. Así, puede sostenerse que no hay cosa juzgada de las sentencias de los tribunales ordinarios mientras no se haya agotado el plazo y procedimiento de amparo ante el Tribunal o Corte Constitucional, decisión jurisdiccional esta última que busca restablecer el imperio del derecho afectado, preservando u otorgando fuerza normativa al derecho constitucional material, superando los déficit de derechos fundamentales, los déficit de interpretación y ponderación de derechos o los déficit de procedimiento.

En esta materia nos parecen pertinentes los criterios desarrollados por la doctrina y jurisprudencia alemana, que distinguen respecto de las resoluciones judiciales los siguientes aspectos:

- a. El déficit de derechos fundamentales se produce cuando, en la resolución de un caso, el tribunal ordinario competente ha ignorado un derecho humano o fundamental aplicable, anulando la resolución o sentencia del tribunal ordinario respectivo.
- b. El déficit de interpretación ocurre cuando la resolución o sentencia judicial ha aplicado el derecho fundamental pero ha interpretado erróneamente su significado o alcance constitucional. El Tribunal o Corte Constitucional, en tal caso, verifica el uso correcto de las reglas de interpretación constitucional o la adecuada delimitación y alcance del derecho en cuestión.
- c. El déficit de ponderación se refiere a la inadecuada determinación de los límites de los derechos en caso de tensión entre dos o más de ellos, afectándose el contenido de ellos más allá de lo que autoriza la Constitución material y formal.
- d. El déficit de procedimiento se produce cuando el procedimiento judicial de los tribunales ordinarios no respeta el derecho de acceso a la jurisdicción o las reglas del debido proceso (tribunal independiente e imparcial, adecuado emplazamiento, asistencia de letrado adecuada y eficaz, suficiente y adecuada prueba en el proceso, sentencia sin dilaciones indebidas, sentencia motivada, congruente y en una consideración adecuada de las fuentes del derecho, revisión por otro tribunal igualmente independiente e imparcial, “reformatio in peius”) o cuando actúan mas allá del ámbito de competencia otorgado por la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella.

En el caso de Bolivia, la Constitución, en su artículo 120 N° 7, determina como competencia del Tribunal Constitucional la revisión de los recursos de amparo constitucional y de hábeas corpus.

Recibido el expediente, la Comisión de Admisión procede a su sorteo en el plazo de 48 horas. El magistrado relator presenta el proyecto de Auto Constitucional en los cinco días hábiles siguientes. En el plazo de diez días desde el sorteo del expediente, el Tribunal Constitucional dicta el Auto constitucional confirmando o revocando la sentencia revisada.



El Tribunal Constitucional boliviano en sentencia 504/01 del 21 de mayo de 2001 ha precisado que “resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del amparo constitucional”. En tales casos el Tribunal Constitucional al conocer y resolver los recursos de amparo constitucional, ha establecido que resoluciones judiciales (sentencias, autos de vista y autos supremos) han vulnerado derechos fundamentales o garantías constitucionales, en cuyo caso ha declarado procedente el recurso y otorgado la tutela, disponiendo que el tribunal ordinario competente restablezca los derechos incorrectamente afectados, sin pronunciarse sobre el fondo del caso litigioso concreto.

En el caso de Colombia, el artículo 241 N° 9 de la Constitución precisa que le corresponde a la Corte Constitucional revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

El reglamento interno de la Corte Constitucional establece, en su artículo 49, que cada mes la sala Plena de la Corte Constitucional designe a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por orden alfabético de los magistrados. Los asuntos seleccionados se reparten entre los magistrados de manera rotativa y por orden de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión. La Sala de Revisión se conforma con el magistrado a quien le corresponda recibirlo, quien lo presidirá, conformándolo con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético. El artículo 50 del reglamento de la Corte precisa que la Sala decidirá por mayoría absoluta y el magistrado disidente podrá salvar o aclarar su voto. El artículo 53 del Reglamento dispone que, en caso de cambio de jurisprudencia, la Sala de Revisión debe tomar las medidas necesarias para que la Sala Plena tome la decisión. Esta podrá celebrar una audiencia pública, con participación de personas e instituciones nacionales y extranjeras convocadas para tal fin, todo ello con el fin de mantener la unificación de la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional colombiano ha establecido que una resolución judicial que vulnera derechos fundamentales constituye una vía de hecho que debe ser corregida para restablecer el imperio del derecho. A través del amparo constitucional, el Tribunal Constitucional dilucida sólo el ámbito de la re-



solución constitucional cuestionada y no los hechos o cuestiones propios de la controversia judicial, por lo que, la Corte Constitucional no es una nueva instancia, ya que será, en su caso, el propio tribunal ordinario el que deberá dictar la sentencia de reemplazo.

En el caso de Ecuador, el artículo 276 de la Constitución le entrega al Tribunal Constitucional la competencia de conocer de las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data o el amparo y los casos de apelación en los casos de amparo, lo que se complementa con el artículo 12 N°3 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997.

En el caso ecuatoriano, el artículo 46 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997 establece que el amparo tiene por objeto la tutela de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador. El artículo 52 precisa que la concesión del amparo será consultada obligatoriamente, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, ante el cual procederá también el recurso de apelación de la resolución que lo deniegue. El artículo 54 determina que el Tribunal Constitucional, a través de la Sala correspondiente, decidirá el caso en un plazo no mayor de diez días.

En el caso de Perú, el artículo 202 N°2 determina que el Tribunal Constitucional conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

La Ley N° 26435 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional peruano, en su artículo 41, habilita al demandante, al Ministerio Público o al Defensor del Pueblo, interponer el recurso en el plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que es notificada la resolución denegatoria de la instancia judicial correspondiente. El artículo 42 señala que, al conocer de tales acciones, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el fondo y la forma del asunto materia de la “litis”.

Cuando el Tribunal estima que en el procedimiento cuya resolución ha sido sometida a su conocimiento ha habido quebrantamiento de forma, declara la nulidad de dicha resolución y la repone al estado que tenía cuando se cometió el error, y dispone la devolución de los autos al órgano judicial del que procede para que la sustancie con arreglo a derecho.



El artículo 43 precisa que el Tribunal debe resolver dentro del plazo máximo de diez días, tratándose de resoluciones denegatorias de acciones de amparo, hábeas data, y de acción de cumplimiento, pronunciándose sobre el fondo y la forma del asunto materia de la litis.

El artículo 44 determina que las partes no pueden ofrecer nuevas pruebas ni alegar hechos nuevos ante éste. Finalmente, el artículo 45 determina que el fallo del Tribunal que estime o deniegue la pretensión de los actores agota la jurisdicción interna.

Algunas consideraciones sobre el amparo de derechos

Así, a través de diversas fórmulas y técnicas jurídicas los Tribunales Constitucionales realizan una unificación de la jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales, más amplia o más restringida, aplicándose siempre como mínimo a la acción o recurso de amparo o tutela de derechos fundamentales.

En el caso ecuatoriano la protección de tales derechos se remite no sólo a los derechos constitucionales sino también a los derechos y garantías asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, lo que parece más conforme con la obligación de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 25 establece la obligación de amparar a través de un procedimiento breve, sencillo y eficaz todos los derechos consignados en la Constitución, la Convención y las leyes del Estado parte.

A su vez, nos parece como procedimiento más adecuado el previsto para la Corte Constitucional de Colombia, que tiene la competencia de revisar discrecionalmente las sentencias de tutela de derechos de los tribunales ordinarios, respecto de la correcta consideración, interpretación y ponderación de derechos, unificando la jurisprudencia y dando seguridad jurídica de la aplicación de los derechos. Finalmente, el procedimiento seguido por la Corte Constitucional colombiana de conocimiento y resolución de salas compuesta de tres magistrados, siendo cada magistrado presidente de una sala compuesta por otros dos magistrados que le siguen en orden alfabético de apellidos, permite conocer y resolver simultáneamente una gran cantidad de casos, todo ello unido al mantenimiento de una línea jurisprudencial que es resorte del pleno de la Corte.



Chile es el único país con Tribunal Constitucional de América del Sur, al cual no se le otorga competencia en materia de amparo de derechos humanos o fundamentales, debilitando la fuerza normativa de la Constitución en materia de derechos esenciales y su interpretación unificadora, no existiendo un parámetro único y seguro en la aplicación de los derechos.

IV. Otras competencias de los tribunales constitucionales de América Latina

El Tribunal Constitucional boliviano, de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución, conoce y resuelve el recurso directo de nulidad, el cual procede contra todo acto o resolución de una autoridad o funcionario que usurpa funciones, ejerce una potestad que no emana de la ley, o emite una resolución cuando ha concluido su mandato o función⁵². Este tipo de competencia, en rigor, no es propia de un Tribunal Constitucional, ya que no tiene por objeto o finalidad esencial, la eliminación de normas objetivas contrarias a la Constitución, no resuelve conflicto de competencias ni ampara derechos fundamentales, pareciendo que esta competencia es más propia de la jurisdicción ordinaria.

Otra atribución específica del tribunal boliviano es el recurso contra tributos, el cual constituye “una acción jurisdiccional extraordinaria mediante la cual una persona legitimada por ley impugna una disposición legal que crea, modifica o suprime tributos en general, sean estos impuestos, tasas, patentes o cualquier género de contribuciones, con la finalidad de que el órgano competente del control de constitucionalidad proceda a la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de sus normas con las de la Constitución”⁵³. Al constituir esta acción un control represivo que contrasta con la disposición legal que crea, modifica o suprime un tributo con el texto constitucional constituye una reiteración del recurso directo de inconstitucionalidad de preceptos legales, su justificación estaría dada por la legitimación activa más amplia, ya que el recurso directo de inconstitucionalidad está restringido en su legitimación activa al Presidente de la Re-

⁵² Sobre la materia, consultar Rivera, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*. Cochabamba, Ed. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Editorial Kipus, 2001.

⁵³ Rivera S., José Antonio, op. cit., p. 275.

pública, cualquier Diputado o Senador, el Defensor del Pueblo o el Fiscal General de la República, todo ello de acuerdo con la Ley N°1836.

El Tribunal Constitucional chileno, en forma similar al Tribunal Constitucional alemán, conoce y resuelve sobre los actos o conductas de las organizaciones, movimientos y partidos políticos que atenten contra los principios básicos del régimen democrático y constitucional, utilicen la violencia como método de acción política o procuren el establecimiento de un sistema totalitario. Asimismo, debe resolver sobre las acciones que puede presentar cualquier ciudadano (acción popular) respecto de las personas que hayan sido responsables en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad de una organización política. Esta competencia es usual en los Tribunales Constitucionales de Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Moldavia, Polonia, República Checa, Rumania, Yugoslavia.

El Tribunal Constitucional chileno también conoce y resuelve sobre las inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales que afectan a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones (artículo 82 N°10); asimismo, se pronuncia sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 82 n° 11).

Por último, el Tribunal Constitucional chileno tiene la competencia de informar al Senado sobre la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente Electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilita para el ejercicio de sus funciones (artículo 82 N° 9), materia que debe ser decidida por el Senado, considerando dicho informe; asimismo le corresponde al Tribunal Constitucional informar si los motivos que originan la dimisión del Presidente de la República son o no fundados, materia que debe resolver el Senado, en consecuencia, aceptarla o rechazarla (artículo 82 N° 7).



13. Las tensiones entre los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas de Justicia en América del Sur

El desarrollo relativamente reciente de los Tribunales Constitucionales de América del Sur, los cuales han nacido, por regla general, del convencimien-

to de las sociedades respectivas y sus actores políticos de incorporar un órgano de jurisdicción constitucional letrado especializado diferente de los tribunales ordinarios que han tenido históricamente dicha competencia en materia de justicia constitucional, en la medida en que estos órganos especializados se constituyen con intérpretes supremos de la Constitución, unifican la interpretación constitucional, otorgan fuerza aplicativa y unidad al texto constitucional, además de seguridad jurídica por una interpretación uniforme en el sentido y alcance de las normas constitucionales. Todo ello es reforzado por la convicción generalizada en dichos países de que la jurisdicción ordinaria no ha realizado una adecuada y eficiente labor de defensa de la Constitución y los derechos fundamentales contenidos en ella.

En tal sentido, la primera tensión que se produce al establecerse los tribunales constitucionales es con las Cortes Supremas como cabezas del Poder Judicial de los países respectivos, las cuales resienten la pérdida de poder o competencias en beneficio del órgano jurisdiccional especializado independiente y autónomo, aun cuando pueda aparecer este último formalmente dentro del capítulo de la Constitución correspondiente a la rama o Poder Judicial (Colombia, Bolivia), ya que la regla general es su estructuración como órgano extra poder (Chile, Ecuador, Perú), además de la Corte Constitucional de Guatemala en Centroamérica. En tal sentido, basta observar la posición tenida por las Cortes Supremas respectivas en el momento del debate constituyente o de la reforma constitucional sobre la materia, con contadas excepciones.

El segundo ámbito de conflictos, roces o tensiones entre los Tribunales Constitucionales y tribunales ordinarios se concreta por inadecuadas técnicas legislativas que generan espacios de ambigüedad o de interpretación contradictoria de las competencias jurisdiccionales de ambos tipos de órganos, donde uno de ellos considera tener una competencia o atribución que el otro considera que no tiene y que la Constitución no precisa la resolución del conflicto, aun cuando la regla general debiera ser que el Tribunal o Corte Constitucional es juez de su propia competencia, lo que debe utilizarse con prudencia y mesura.

En el contexto sudamericano, el tema ha estado presente y generado tensiones recientemente entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia a propósito del recurso directo de nulidad del que conoce el Tribunal Constitucional de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución, el cual pro-



cede contra actos o resoluciones de una autoridad o funcionario que usurpa funciones, ejerce una potestad que no emana de la ley o emite la resolución estando cesante en sus funciones o habiendo fenecido su mandato, lo que es regulado por la ley N° 1836.

En virtud de dicha competencia y atribución, el Tribunal Constitucional ha tomado conocimiento y resuelto varios recursos directos de nulidad que se han planteado contra resoluciones (Autos Supremos) de la Corte Suprema de Justicia, al considerar el primero de los tribunales que la segunda había dictado tales resoluciones fuera del plazo previsto por la ley, en cuyo caso, considerando las normas del Código de Procedimiento Civil, se consideró que la Corte Suprema habría perdido jurisdicción y competencia, y se declaró en consecuencia la nulidad del Auto Supremo impugnado. En esta materia, la Corte Suprema considera que la norma del Código de Procedimiento Civil de pérdida de competencia no es aplicable a ella, no teniendo competencia el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la materia. El problema se genera por una competencia bastante especial del Tribunal Constitucional boliviano, que no es un tema propio de jurisdicción constitucional, entregada a dicho tribunal por una mala técnica legislativa, conflicto que puede ser solucionado por una reforma constitucional, sin perjuicio de lo cual requiere, mientras esta reforma se produce, de una buena dosis de prudencia y deferencia entre ambos órganos constitucionales.

Otro caso de la historia reciente se generó en Perú en el contexto del gobierno del ex Presidente Fujimori con sus respectivas peculiaridades. En tal perspectiva, algunos tribunales ordinarios peruanos consideraron que tenían competencias para conocer mediante acciones de amparo de las resoluciones del Tribunal Constitucional, al considerar dichas resoluciones como “resoluciones judiciales”, lo que no resiste mayor análisis en un sistema constitucional racionalmente estructurado. Un caso de muestra fue el expediente N° 3211-97 en que una parlamentaria de gobierno presentó una acción de amparo en defensa de su derecho a elegir libremente al candidato presidencial de su preferencia (reelección del Presidente Fujimori), contra el fallo del Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad de la ley de interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución Peruana de 1993, el cual consideró inconstitucional dicha ley interpretativa que habilitaba al Presiden-



te Fujimori para ser reelecto inmediatamente una vez más. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema estimó procedente la acción de amparo, acogiéndola, considerando irregular y extra petita la sentencia del Tribunal Constitucional, considerando válida y vigente la ley de interpretación auténtica N° 26.657, además de conculcado el derecho de la parlamentaria peticionaria de postular y votar por la persona de su elección.

Cabe agregar que los magistrados del Tribunal Constitucional que dictaron tal sentencia fueron destituidos por acusación constitucional, los cuales acudieron a la Comisión y luego, a través de ésta, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que determinó la violación por el Estado Peruano de los artículos 1, 2 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo en su sentencia la obligación de dicho Estado de reponer en sus funciones a los magistrados afectados, lo que fue acatado por el Presidente posterior a Fujimori, distinguido jurista y constitucionalista, doctor Valentín Paniagua.

Un tercer sector de roces entre el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria ha sido respecto de la competencia del primero consistente en el amparo de derechos fundamentales bajo modalidades diversas según los distintos ordenamientos constitucionales, de acuerdo con las disposiciones respectivas a las cuales ya nos hemos referido anteriormente.

Es posible ejemplificar dicha situación nuevamente con el caso de Bolivia. En efecto, el Tribunal Constitucional en ejercicio de sus atribuciones de conocer y resolver los recursos de amparo constitucional ha establecido que diversas resoluciones judiciales que los tribunales ordinarios y la Corte Suprema consideran basadas en autoridad de cosa juzgada, han vulnerado derechos y garantías constitucionales, considerando procedente el amparo de derechos, otorgando la debida tutela y disponiendo que el tribunal ordinario respectivo, según corresponda, restablezca los derechos afectados, declarando nula la respectiva resolución o sentencia judicial. La Corte Suprema ha considerado que el Tribunal Constitucional no puede revisar resoluciones judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada, porque lesionaría el principio de seguridad jurídica. Además ha considerado que esta atribución del Tribunal Constitucional lo constituiría en una cuarta instancia, debiendo sólo este último conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad pronunciándose al respecto sólo antes de la sentencia del Tribunal ordinario (artículo 66 de la ley N° 1836).



En esta última materia, debe señalarse que existe una clara distinción entre una acción o recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional y el equivalente a un “juicio o recurso incidental” o “cuestión de constitucionalidad” planteada ante la jurisdicción ordinaria o por ésta, cuando existe una duda razonable de constitucionalidad sobre un precepto legal que sería aplicable a la resolución de la gestión judicial en curso, ante el tribunal Constitucional, para que éste resuelva, previamente, sobre la constitucionalidad de dicho precepto constitucional. Así es necesario precisar en cada caso concreto si el Tribunal Constitucional, en las competencias constitucionalmente otorgadas, tiene una o ambas atribuciones antes analizadas, no pudiendo confundirse ambas instituciones de naturaleza y fines diferentes.

Una segunda consideración en esta materia es que la cosa juzgada se produce sólo cuando se han agotado todos los procedimientos que las distintas fuentes formales del ordenamiento jurídico contemplan para impugnar una resolución o para anularla. Así, no hay cosa juzgada mientras exista un órgano competente, con las debidas atribuciones, para revisar conforme a derecho una resolución judicial, especialmente si dicha resolución afecta derechos fundamentales, lo que significa que la cosa juzgada se aplaza mientras exista un procedimiento de justicia constitucional pendiente que pueda afectar a una resolución o sentencia de un tribunal ordinario.

En esta materia el Tribunal Constitucional boliviano, en sentencia n°504/011 de 21 de mayo de 2001, precisó que “resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del amparo constitucional”, asimismo, en sentencia N°486/00-R de 20 de mayo de 2000 se precisa que la acción de amparo de derechos no admite fueros, inmunidades ni privilegios por razones de jerarquía o de otros motivos, cuando se trata de la protección de derechos humanos”.

En una perspectiva complementaria, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto que una resolución judicial que vulnera derechos fundamentales constituye una “vía de hecho” que debe ser corregida para restablecer el imperio del derecho, anulando la respectiva sentencia o resolución judicial. En tal sentido, la resolución judicial calificada como vía de hecho no surte efec-



tos jurídicos ni puede invocarse la cosa juzgada para impedir la revisión del acto y restablecer de manera inmediata el derecho conculcado.

Un último aspecto que debe consignarse en esta materia es que el Tribunal Constitucional, al dilucidar el amparo de derechos, sólo determina sobre la vulneración o no por la resolución judicial cuestionada de los derechos fundamentales, no pronunciándose sobre los hechos o cuestiones propios de la controversia judicial propiamente tal, todo ello sin perjuicio de que el tribunal debe considerar las consecuencias jurídicas que se extraen de dichos hechos cuando las consecuencias jurídicas sean desproporcionadas o generen un sacrificio injustificado de un derecho, por lo tanto, el Tribunal Constitucional no es una nueva instancia, siendo el propio tribunal ordinario el que deberá dictar la sentencia de reemplazo. Esta tendencia es creciente y difundida en el contexto de Europa Occidental, Central y Oriental como hemos tenido oportunidad de determinar en este trabajo, como asimismo, es la tendencia que se refleja en diversas jurisdicciones constitucionales de América del Sur.

Así puede sostenerse que se requiere de los tribunales ordinarios una adecuación cultural a que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por los Tribunales Constitucionales cuando ellas vulneran derechos fundamentales o derechos humanos por acción u omisión o por falta de adecuada ponderación, como asimismo por vulneración del debido proceso.

