Revista de Derecho Vol. XIV - Julio 2003 Páginas 43-66

TÓPICOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES*

*Humberto Nogueira Alcalá***

RESUMEN

En el presente artículo a partir de los principios de supremacía y jurisdicción constitucional se analizan los diversos aspectos y modelos de control de constitucionalidad en el contexto espacio-temporal del siglo XX en Europa y América, deteniéndose en la necesidad de diferenciar claramente el concepto genérico de jurisdicción constitucional concentrada que puede concretarse por tribunales ordinarios como por tribunales constitucionales, del concepto mismo de control de constitucionalidad por tribunales constitucionales, los cuales se definen en virtud de elementos formales y materiales.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES - JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL - SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS GARANTÍAS

1.1. *La supremacía constitucional* es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla.

Si bien los antecedentes remotos de esta supremacía pueden encontrarse en la idea de la existencia de un derecho superior como lo plantea el jusnaturalismo racionalista de Grocio a Locke, es así en el mundo anglosajón que se concreta la idea de un derecho común (*common law*) que se sitúa como derecho superior respecto

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt Nº 1030581 del año 2003, sobre teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile, en actual desarrollo por el autor.

** Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile.

de las leyes (*statutes*), las cuales se entienden subordinadas al primero. A su vez, será el juez Coke en el Bonham's case de 1610 el que determinará que las leyes contrarias al derecho común deben ser anuladas, dejando claro la superioridad del derecho común como equivalente al derecho natural, el que se encuentra sobre la voluntad regia, la que se entiende expresada a través del parlamento,[1] concepción que luego será abandonada en virtud de la concepción de la soberanía parlamentaria que rige ininterrumpidamente hasta fines del siglo XX.[2]

En la realidad, serán los padres del constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII, entre ellos fundamentalmente Hamilton y Madison, los que precisarán el principio de la Constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, de lo que quedará constancia en los *Federalist Papers*.[3]

La supremacía constitucional implicará el desarrollo de su *garantía jurídica que es el principio de supralegalidad*;[4] así, las constituciones contemporáneas auténticas, salvo excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en supralegalidad.

La supralegalidad generará como consecuencia la *rigidez constitucional*, que constituye, a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución, vale decir, la determinación de que en la cúspide del ordenamiento jurídico estatal se encuentra la Constitución establecida por decisión del poder constituyente y sólo modificable por él.

Las Constituciones del último medio siglo *se han transformado en norma jurídica de aplicación directa e inmediata*, dotando a la Carta Fundamental de auténtica *fuerza normativa* sobre gobernantes y gobernados, lo que si bien es novedad para algunos países europeos, ello constituía una regla vigente en Norteamérica y en algunos países de América Latina como Colombia y Venezuela durante el siglo XIX, en los cuales el juez se entendía más fuertemente vinculado a la Constitución que a la ley, por lo que consideraban inaplicable o nula la ley que contradecía la Carta Fundamental.

A la Constitución en cuanto regla de fondo y de procedimiento se le garantiza así su supremacía y estabilidad, debiendo anularse las normas y actos que le son contrarios. De esta forma nace la justicia y la jurisdicción constitucional; no existe la soberanía del legislador dentro de un Estado constitucional, ya que éste está subordinado a la Carta Fundamental.

---

[1] Ver Fernández Rodríguez, José Julio (2002). *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*. Editorial Tecnos, Madrid, España, página 22.

[2] Esta situación empieza a cambiar con el fallo de la High Court de 31 de julio de 1997, la que conforma un fallo que determina la responsabilidad patrimonial del Estado por una ley, como asimismo al aceptar el Reino Unido la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisdicción vinculante de la Corte Europea de Derechos Humanos.

[3] Hamilton, en el artículo LXXVIII de los *Federalist Papers*, señalará: "Si ocurre que entre las dos –Constitución y ley– hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios".

[4] Ver Aragón, Manuel. 1986. "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad". *Revista de Estudios Políticos* Nº 50, Madrid, España.

1.2. *La defensa de la Constitución* es la que permite que la Constitución formal se constituya en Constitución material real y efectiva. Cappelletti señala que "La defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguardia de las disposiciones fundamentales, que abarcan no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales".[5]. "En tal virtud, dentro de ese género, debemos distinguir, por un lado, la protección de la ley suprema, que se refiere a todos los métodos establecidos para preservar las normas fundamentales y mantener su vigencia por lo que tienen un carácter eminentemente 'preventivo' o 'preservativo'; y por el otro, las 'garantías', que constituyen los remedios jurídicos de índole procesal, destinados a reintegrar los preceptos constitucionales desconocidos, violados o inciertos, por lo que son de índole 'restitutoria' o 'reparadora'".[6]

La defensa de la Constitución se concreta a través de un conjunto de instituciones e instrumentos jurídicos y procesales establecidos por el constituyente para mantener a los órganos y agentes del Estado dentro de las competencias trazadas por la Carta Fundamental, como asimismo, dentro del respeto de los derechos fundamentales,[7] con el objeto de prevenir y eventualmente reprimir su incumplimiento, restableciendo la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución.

La defensa de la Constitución se realiza a través de la justicia o jurisdicción constitucional**,** lo que explicita que "el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación",[8] como asimismo, precisa la existencia de un 'nuevo tipo de normas, institucionales y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político",[9] como señala Mauro Cappelletti.

1.3. *La jurisdicción constitucional* es una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, constituyendo una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado.[10] El desarrollo de la jurisdicción constitucional otorga plena fuerza normativa a la Constitución, además de transformar, como dice García Pelayo,[11] el Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho.

Como señala Rubio Llorente, es necesario precisar en qué sentido se emplea la expresión jurisdicción constitucional ya que ésta va desde una perspectiva restringida sólo a resolver sobre la constitucio-

[5] Cappelletti, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*, páginas 140-141.

[6] Cappelletti, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*, página 141.

[7] Ver Schmitt, Carl (1931). *La Defensa de la Constitución*. Ed. Labor Barcelona, España.

[8] Cappelletti, Mauro (1986). "¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?" *Revista española de Derecho Constitucional* Nº 17. Pág. 12-13.

[9] Cappelletti, Mauro (1986). Ob. cit. Pág. 13.

[10] Fix Zamudio, Héctor (1982). "La Constitución y su defensa", en *Coloquio Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, agosto de 1982.

[11] García Pelayo, Manuel. (1986). "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho". En *El Tribunal de Garantías en Debate.* Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Fundación Friedrich Naumann. Lima, Perú, página 23.

nalidad de los preceptos legales hasta una jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se brinde en aplicación de Constitución alguna.[12].

Existirá así *jurisdicción constitucional* cuando existan tribunales que ejerzan la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución.

Por tratarse de un *control jurídico* es siempre un control interórgano que hace efectiva la supralegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

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

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

Los órganos que ejercen el control jurídico son órganos generalmente verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos que, como señala Manuel Aragón, "no mandan, sino que sólo frenan".[13] Esta afirmación debe ser atemperada 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 sentencias manipuladoras.

La legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no proviene sólo de *la protección de los derechos de la minoría frente a los abusos o arbitrariedad de la mayoría*, sino también de *la protección de los sistemas de distribución de potestades o funciones determinados por la Constitución.*

1.3.1. *La jurisdicción constitucional orgánica* genera instituciones y procedimientos de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de instituciones e instrumentos para resolver los conflictos de competencia entre diferentes órganos del Estado.

1.3.2. *La jurisdicción constitucional de la libertad*[14] *o protectora de derechos fundamentales o de derechos humanos* establece las instituciones de carácter procesal que protegen los derechos frente a acciones u omisiones antijurídicas que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos.

---

[12] Ver Rubio Llorente, Francisco (1992). "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa". *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 35, mayo-agosto de 1992, páginas 9 y siguientes.

[13] Aragón, Manuel (1986). "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional". *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 17. Mayo-agosto pág. 89 y sgtes.

[14] Ver Cappelletti, Mauro (1955). *"La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco"*. Ed. Giuffrè, Milán, 1974 (2ª reimpresión de la 1ª edición de 1955).

1.4. *La garantía objetiva de la supremacía constitucional: Nulidad o anulabilidad de actos y normas inconstitucionales.* Como ya lo indicó Hans Kelsen en 1928, la garantía objetiva de la supremacía constitucional es la *nulidad o anulabilidad de los actos y normas inconstitucionales.*

Por *nulidad* se entiende que el acto inconstitucional del Estado no puede considerarse un acto jurídico, por tanto, no se requiere de ningún otro acto jurídico para quitarle su calidad usurpada de acto jurídico, pudiendo cualquier autoridad pública o individuo examinar la regularidad del acto, pudiendo en caso de considerarlo irregular estimándolo nulo o inválido. En caso contrario, si fuere necesaria la intervención de otro acto jurídico para establecer la nulidad del acto inconstitucional, la garantía no sería la nulidad, sino la *anulabilidad.*[15]

Un aspecto fundamental que muestra la racionalidad del *sistema concentrado* de control de constitucionalidad de las leyes, es el *principio de anulabilidad de los actos del Estado que contradicen la Constitución*. Así dicho acto irregular o inconstitucional, una vez producido por una institución pública, debe considerarse como un acto del Estado y, como tal, válido y eficaz, hasta que el órgano que lo produjo lo revoque o derogue, o hasta que éste sea anulado por otro órgano estatal con potestad constitucional para ello. Este es el sistema específico de los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, en los cuales la Constitución otorga el poder de anular determinados actos estatales considerados inconstitucionales a un solo órgano constitucional, lo que constituye una restricción constitucional a la regla de nulidad de los actos violatorios de la Constitución.

En los sistemas de control concentrado de constitucionalidad el deber de los jueces es examinar la constitucionalidad de los actos del Estado, pero cuando el acto o norma es inmediatamente subordinado o de ejecución directa de la Constitución, los tribunales no pueden juzgar su inconstitucionalidad, ya que esa potestad se encuentra reservada para un órgano único que la propia Constitución determina (Corte Suprema, Sala Constitucional de Corte Suprema o Tribunal Constitucional), donde la garantía objetiva de la Constitución se reduce a la anulabilidad del acto o norma inconstitucional.

En el caso de normas de rango inferior o actos administrativos, la regla general es que los tribunales ordinarios pueden considerarlos nulos como inconstitucionales, en relación al juicio particular en el caso concreto en que fueron cuestionados.

En los sistemas de control concentrado de constitucionalidad el poder de anular las leyes está entregado a un órgano con jurisdicción constitucional especialmente creado al efecto, además de que dichos órganos tienen una potestad limitada de anular actos estatales, generalmente las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución o las dictadas en ejecución directa de ella[16].

En los *sistemas de control difuso de constitucionalidad* el ordenamiento jurídico para evitar la anarquía restringe la posibilidad de declarar nulo un acto inconstitucional, decisión que se entrega únicamente a los tribunales de justicia,

[15] Kelsen, Hans (1928). *Op. cit.*, página 214.

[16] Ver Brewer Carias, Allan. (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales*, tomo VI, página 459.

quienes examinan la regularidad del acto jurídico determinando su eventual nulidad, lo que significa que hasta ese momento es válido y eficaz; sólo si el tribunal lo declara nulo éste pierde obligatoriedad y eficacia en relación a ese caso concreto.

2. Los presupuestos de un conflicto constitucional

Para que se ponga en aplicación la jurisdicción constitucional es necesario que exista un conflicto constitucional, el que requiere la existencia de determinados elementos o requisitos,[17] los cuales son básicamente los siguientes:

1. Existencia de una Constitución formal;
2. La acción u omisión de un órgano estatal o de una persona en relación a conductas determinadas por la Carta Fundamental; y
3. Que el resultado de dicha acción u omisión provoque el efecto de vulnerar la Constitución.

Este conflicto puede darse por la acción de cualquier órgano o agente estatal (Parlamento, gobierno, tribunales), que a través de una acción u omisión vulnere la Carta Fundamental, lo que también puede ocurrir como acción u omisión de particulares.

Dicho conflicto se concreta cuando el Parlamento aprueba leyes inconstitucionales, cuando los tribunales no respetan y aseguran a través de sus normas o de sus resoluciones los derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la jurisdicción y al debido proceso; cuando actos o normas reglamentarias del gobierno vulneran derechos de las personas, cuando se generan conflictos de competencias o atribuciones entre órganos estatales, etc.

La supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existieran garantías que la efectivicen frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política. La jurisdicción constitucional contribuye a la resolución pacífica de los conflictos dentro del marco constitucional. Esta garantía está dada por la existencia de diversos sistemas de control de constitucionalidad.

3. Los presupuestos jurídicos para la existencia de un sistema de control de constitucionalidad y sus modalidades

En el mundo contemporáneo, los conflictos constitucionales son resueltos a través de los sistemas de control de constitucionalidad, los cuales pueden revestir distintas modalidades.

La instauración de un sistema de justicia constitucional y su eficacia frente a órganos estatales y particulares determinan la fuerza normativa de la Constitución, lo que es una de las columnas básicas del Estado constitucional contemporáneo.

En lo referente a los sistemas de control de constitucionalidad, éstos pueden clasificarse en sistemas plenos de control constitucional y en sistemas limitados o incompletos de control de constitucionalidad.[18]

---

[17] Colombo, Juan (2001). "Protección jurisdiccional de la Constitución". En *Revista de Derecho,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto de 2001, páginas 9-10.

[18] Sagüés, Néstor Pedro (1989). *Derecho Procesal Constitucional*. Ediciones Astrea. Argentina, página 30.

3.1. *Los presupuestos jurídicos de los sistemas plenos o completos de control de constitucionalidad*. Los requisitos necesarios para que pueda señalarse la existencia de un sistema completo de control de constitucionalidad son los siguientes:

a) *La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida.* El control de constitucionalidad requiere que los preceptos constitucionales puedan distinguirse claramente de los preceptos legales por su distinto y más complejo procedimiento para su establecimiento, reforma o derogación.
b) *La existencia de un órgano de control que sea independiente y autónomo de los órganos sometidos al control*. No hay posibilidad de un efectivo control de constitucionalidad si el órgano encargado de 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 con intereses legítimos de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional*.
e) *Sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad.* Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al control de constitucionalidad.

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

a) *La existencia de un plazo concreto en que el tribunal u órgano de control debe desarrollar su función.* La inexistencia de plazos dejaría el control al criterio discrecional del órgano de control.
b) *La decisión del órgano de control produzca efectos ergas omnes* que impiden que la norma considerada inconstitucional se integre o se mantenga dentro del ordenamiento jurídico.

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

3.2. *Los presupuestos jurídicos de un sistema limitado o incompleto de control de constitucionalidad.* La realidad de la mayoría de países que desarrollan sistemas de control de constitucionalidad lo hacen a través de un sistema incompleto o limitado de control de constitucionalidad, el cual requiere como mínimo los siguientes requisitos:

a) Una Constitución total o parcialmente rígida.
b) La existencia de un órgano estatal que desarrolle el control de constitucionalidad, no importando si éste es un órgano independiente separado de la jurisdicción ordinaria o si es un órgano dentro de la misma.
c) La decisión del órgano que realiza el control tiene efectos vinculantes.

El sistema es limitado o incompleto por el hecho de que el control no se concreta sobre todas las disposiciones nor-

mativas que emanan de los órganos estatales, porque el control se realiza reductivamente por la ausencia de las personas particulares legitimadas para requerir directamente el pronunciamiento del órgano que realiza el control.

4. La clasificación de las diferentes modalidades de control de constitucionalidad

Se puede realizar una clasificación de las diferentes modalidades de control atendiendo a distintos criterios como son, entre otros, la admisión o no del sistema de control de constitucionalidad; en función del órgano que realiza el control; en función del procedimiento de control; en función del radio de acción del control; en función del efecto producido por el control.[19]

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

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

4.1.2. Una segunda subclasificación que puede realizarse permite distinguir entre los *sistemas expresos* que son aquellos que están establecidos en la Constitución del Estado, como son la mayoría de los casos en que el control existe, y los *sistemas de control implícito* en el texto constitucional, lo que permite que éste se concrete por vía interpretativa, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del fallo de la Corte Suprema "Marbury v/s Madison" de 1803; también nace por vía jurisprudencial en Australia, Dinamarca, Noruega y Suiza.

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

4.2.1. De acuerdo al *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.

4.2.1.1. Por regla general, *el control por órganos políticos* se radica en el propio Parlamento, como ocurre entre otros países en China y en Cuba; o en órganos de naturaleza "sui generis" como fue "El Consejo de la Revolución", en la Constitución portuguesa de 1976, hasta que una reforma constitucional lo eliminó reemplazándolo por un Tribunal Constitucional en la década de los años ochenta; *un caso especial de control teológico* lo constituye el Consejo de los Custodios en

[19] Esta clasificación la hemos tomado de Néstor Sagüés de la obra citada en la nota anterior.

Irán, integrado 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.

4.2.1.2. *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.

Esta clasificación ha perdido parcialmente su poder explicativo por la mezcla o mixtura cada vez más desarrollada de modelos de jurisdicción constitucional que combinan en dosis variables los controles concentrados y difusos.

4.2.1.3. *El control a través de tribunales constitucionales*, que están integrados por miembros letrados, donde una parte importante de ellos no provienen del Poder Judicial y son nombrados por órganos políticos representativos, como son el Parlamento o el Gobierno o por ambos, sin perjuicio de la existencia de nombramiento de algunos miembros eventualmente por los tribunales superiores. Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Andorra, Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Hungría, Italia, Perú, Portugal, Polonia, 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, de Bolivia y de Colombia, los cuales forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial aún cuando cuentan con plena independencia para el ejercicio de sus funciones específicas. A su vez, la existencia de tribunales constitucionales puede verse complementada por elementos de jurisdicción difusa o concentrada en manos de tribunales ordinarios como ocurre como regla general en América del Sur, de lo cual son ejemplos Chile, Ecuador, Perú, Colombia, como asimismo, en Europa, como ocurre en Portugal, Chipre, Malta.

4.3. *En virtud de su ámbito de acción es posible clasificar los sistemas de control en:*

a) *sistemas de control nacionales* que es el modelo clásico,
b) *sistemas de control internacional o supranacional* que están constituidos entre otros por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia que aplica el derecho comunitario de la Unión Europea.

4.4. *En virtud de su composición los órganos que realizan control de constitucionalidad pueden clasificarse en*:

a) *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 Alemania, Austria, Bolivia, Colombia, Chile, España, Guatemala, Hungría, Italia, Perú, Portugal, entre otros;
b) *órganos legos* como sería el Consejo de los Custodios en Irán o como fue el Consejo de la Revolución en Portugal;

c) *órganos mixtos* compuestos tanto de letrados como de legos, es el caso del Consejo Constitucional Francés, el cual está integrado, además de los magistrados, por los ex presidentes de la República.

4.5. *Los órganos de control de constitucionalidad pueden clasificarse de acuerdo a su duración en:*

a) *tribunales permanentes* son aquellos que tienen una existencia continua en el ordenamiento constitucional, no dejando de existir como institución en ningún momento, que es la regla general.
b) *tribunales ad hoc* son órganos que se constituyen sólo en los momentos en que se necesitan para conocer y fallar los asuntos sometidos a su consideración, tal como ocurre con el Tribunal ad hoc y transitorio existente en Grecia.

4.6. En función del *procedimiento de control*. De acuerdo a este criterio se pueden establecer ciertas subclasificaciones, que son las siguientes:

1) en virtud del *momento en que se realiza el control*,
2) en virtud *del modo como se activa el control*,
3) por la *modalidad en que se expresa el control*,
4) por la *forma en que se tramita*, y
5) en virtud de *los sujetos que lo impulsan*.

4.6.1 *Momento en que se realiza el control*. De acuerdo a este criterio puede clasificarse en *control preventivo o a priori y control represivo o reparador o a posteriori*, pudiendo encontrar también *sistemas mixtos*.

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

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

4.6.1.3. *Los controles de carácter mixto* son aquellos que combinan en distintas proporciones los controles *preventivos y represivos*, como ocurre a manera de ejemplo con los tribunales constitucionales de Chile (artículo 82 de la Constitución) y Portugal (artículos 279 a 281 Constitución). En el sistema italiano, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional es, en general, de carácter represivo, pero se admite también el control preventivo en materia de normas regionales a instancias del gobierno central. Algo similar ocurre en Austria, donde el control preventivo es excepcional y se practica sólo respecto de la distribución de competencias entre el Gobierno central los gobiernos estatales.

4.6.2. De acuerdo al *modo en que se activa el control*, se puede clasificar en *acción de inconstitucionalidad* y en *excepción de inconstitucionalidad*.

4.6.2.1.*El control por vía de acción* 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, Alemania, Bolivia, Colombia, Chile, España, Francia, Guatemala, ltalia, Polonia, Portugal, o entre otras Cortes Supremas o Salas especializadas de éstas en jurisdicción constitucional, pueden mencionarse las de Costa Rica, Venezuela, México o el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

4.6.2.2. *El control por vía de excepción* se desarrolla cuando hay una gestión judicial o un juicio, como defensa procesal, donde una de las partes cuestiona la constitucionalidad de una disposición normativa que considera inconstitucional, como ocurre en el caso de los tribunales constitucionales de Alemania, España, Italia y Bolivia a través del control incidental o cuestión de inconstitucionalidad, o a través de los tribunales ordinarios de Brasil, Argentina o a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema chilena, entre otros casos.

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

4.6.3.1. 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, Panamá, Italia, Venezuela, entre otros. La *modalidad de acción directa restringida a ciertos órganos* existe por regla general en el caso de los tribunales constitucionales, como los de Alemania, España, Portugal, Francia, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Hungría, Bélgica, entre otros.

4.6.3.2. La *acción de constitucionalidad de carácter concreto*, se produce cuando quien promueve la acción o excepción tiene un interés específico en la causa como ocurre en el caso del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema en Chile o el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Argentina, o las cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Bolivia, España o Italia, como asimismo en el caso de los amparos extraordinarios ante los tribunales constitucionales de Alemania o España.

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

4.6.4.1. *El control condicionado* existe si está subordinado a un cierto preexamen que concreta el órgano competente con el objeto de determinar la procedencia o determinar la trascendencia del asunto. Este tiene por objeto filtrar las acciones o recursos improcedentes o intrascendentes, de acuerdo con la modalidad de cada país.

Un caso de control condicionado se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica mediante el mecanismo de "writ of certiorari" ante la Corte Suprema federal, que posibilita el rechazo discrecional de los recursos carentes de relevancia.

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

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

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

4.6.5.1. Existe *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 chileno y de Polonia, entre otros.

4.6.5.2. Existe *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 Argentina, Brasil, Estados Unidos de Norteamérica, Venezuela, entre otros; todos los cuales tienen sistemas de control de constitucionalidad represivos y difusos.

4.6.5.3. 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.

4.7. *Clasificación en función del radio de acción del control de constitucionalidad.*

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

4.7.1. *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.

4.7.2. *El control parcial* puede ser más o menos amplio dependiendo de las normas jurídicas y actos de los órganos estatales que son objeto de control.

4.7.3. *Respecto de las normas o actos estatales* el control de constitucionalidad se desarrolla, por regla general, *por acción*, cuando la norma dictada o la acción del agente estatal vulnera la norma constitucional.

4.7.4. El control puede también ser desarrollado *por omisión***,** donde el Tribunal ordena al legislador regular por ley normas que la Carta Fundamental manda concretizar lo que no ha hecho el órgano legislativo. Así, el control parcial puede realizarse no tan sólo por actos o acciones, sino también por omisiones.

El control por omisión fue ejercido por la Corte Constitucional de la ex Yugoslavia; estando actualmente expresamente consagrado entre las atribuciones del Tribunal Constitucional de Portugal; y en Brasil, *entre las atribuciones del Supremo Tribunal Federal*.

La Constitución yugoslava de 1974 establecía en su artículo 377 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.

4.8. *Clasificación del control en función del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad.* Esta clasificación atiende a si la *sentencia produce efectos vinculantes o no.* 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 de 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 Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de las leyes, como es el caso de Alemania, Austria, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Hungría, Italia, Perú, Polonia, entre otros. Un caso histórico de Tribunal que dictaba resoluciones sin efecto vinculante fue el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, en el texto original de la Constitución de 1978-79, por lo que no podía considerarse un verdadero órgano de jurisdicción constitucional.

4.8.1. *En los casos en que la resolución del órgano de control produce efectos decisorios y vinculantes,* es necesario distinguir si dichos *efectos son generales (erga omnes)* o *inter partes.*

4.8.1.1. 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.

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.

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

4.8.2. 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 hacia el futuro (ex nunc)*.

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

4.8.2.2. El modelo de control concentrado austriaco mantuvo la tesis de que la sentencia producía la anulación de la norma *ex nunc*, pro futuro, a partir de un año (arts. 139 y 140 Constitución). La reforma a la Constitución introducida en 1975 permite al Tribunal Constitucional austriaco determinar que la sentencia tenga afecto retroactivo (arts. 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).

Los efectos ex nunc se han previsto en los ordenamientos jurídicos de Alemania (artículo 79 ley del T.C.). España (art. 40 L.O.T.C.), Portugal (artículo 282.1 Constitución), entre otros países. Existe también efecto *ex nunc o constitutivo* en el control por vía de acción pública en Colombia y Brasil, entre otros casos.

5. Los modelos clásicos de jurisdicción constitucional

La doctrina considera como exponentes básicos de jurisdicción constitucional el *modelo norteamericano* de control difuso y efectos inter partes desarrollado por vía jurisprudencial a principios del siglo XIX, como el *modelo europeo germano austriaco*, de control concentrado y efectos *erga omnes*.

5.1. *El modelo norteamericano de jurisdicción constitucional difusa*. El modelo norteamericano tiene su antecedente más importante en la doctrina. Es Alexander Hamilton en su obra *El Federalista* (1788) quien precisa que ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería afirmar que el mandatario es superior al mandante (…). Que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino lo que expresamente prohíben.[20] En efecto, Hamilton sostendrá: *"La afirmación –según la cual los tribunales deben preferir la Constitución a las leyes– no implica de ninguna manera una superioridad del Poder Judicial sobre el cuerpo legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo está por encima de ambos; y que cuando la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes esté en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por la última más que por la primera. Ellos deben basar sus decisiones en las leyes fundamentales, antes que en aquellas que no son fundamentales"*.

En la carta Nº 78, Hamilton afirmará que *"Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada"*. Esta doctrina fue materializada en el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Marbury vs. Madison de 1803.* Sin embargo, este precedente histórico no tiene continuidad hasta el año 1857, en el *caso Dred Scott*, en que se declara inaplicable una ley, atacando el compromiso de Missouri. En todo caso, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes ("judicial review") se generalizará después de la guerra civil, en aplicación de las enmiendas constitucionales, a través de la *teoría de la incorporación.*

Las *características básicas del modelo* están dadas por ser un *control judicial*, practicado por los jueces que integran el Poder Judicial; es un *control represivo* o reparador, se concreta respecto de normas vigentes que integran el ordenamiento jurídico, es un *control de constitucionalidad difuso*, vale decir, practicado por todos los jueces y cortes; es de *carácter concreto*, al desarrollarse a partir de una impugnación de un precepto legal que intenta aplicarse en un procedimiento judicial en curso, es por *vía de excepción* por regla general, lo que indica que en el litigio se impugna el precepto considerado inconstitucional solicitando al tribunal que no lo aplique a dicho caso; y las *sentencias tienen efecto de cosa juzgada*, pero sólo con *efectos inter partes*, vale decir, con efectos para las partes y para el asunto que está substanciando el tribunal. En el sistema norteamericano se aplica el sistema del precedente y el principio del *stare decisis*, lo que determina que los tribunales inferiores quedan vinculados por los principios de derecho que emanan de los fallos de los tribunales superiores en los casos análogos que les toque resolver. A su vez, la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde 1925 desarrolla *el certiorari*, que es un privilegio que le permite seleccionar discrecionalmente los casos que resolverá a través del control de constitucionalidad.

[20] Citado por Rodríguez Zapata, José (1996). *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, España, página 230.

La justiciabilidad de un caso constitucional no se produce sólo por un conflicto entre la ley y la Constitución, es necesario además que exista una parte procesal, a la cual la norma legal le produzca un agravio suficiente y actual, que por la vía jurisdiccional ordinaria pueda obtener reparación en defensa de sus derechos, ya que no es posible deducir cuestiones de inconstitucionalidad directamente y en forma abstracta, debe existir un hecho específico concreto que demuestre la existencia de un daño o agravio (*injury*) directo e inmediato que sufre la persona del demandante, producido por el demandado (relación de causalidad: *causation*), que puede ser superado o remediado (*redress*) por una decisión favorable del tribunal.

Este modelo o sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes[21] fue seguido hasta ahora por algunos países de América, con algunas matizaciones, ellos son Argentina y Canadá; en Europa, en Suecia (de acuerdo con la reforma constitucional de 1975), en Noruega, en Dinamarca, en Finlandia (desde 1999), en Suiza respecto de leyes cantonales[22] pero no de leyes federales (Constitución de 1874); en Grecia dentro de un sistema mixto,[23] donde todos los tribunales pueden desaplicar leyes consideradas inconstitucionales (artículo 95 de la Constitución de 1975)**;** en Asia, se desarrolla el modelo en Japón; y en Oceanía, en Australia.

Puede sostenerse que este modelo difuso ha funcionado en sistemas jurídicos de *common law* como de derecho romano.

En América Latina, desde mediados del siglo XIX se desarrolló en algunos países el recurso de inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo de los derechos fundamentales frente a cualquier acto estatal.[24]

5.2. *El modelo europeo germano austriaco de jurisdicción constitucional concentrado*. En el modelo de control concentrado lo *contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario*, pudiendo ser un control preventivo o a priori o un control represivo o reparador; *es competencia de un solo tribunal determinado constitucionalmente* con tal fin el que *resuelve dichas controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, a petición de las jurisdicciones ordinarias o de particulares, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia efecto de cosa juzgada.*

Hans Kelsen fue quien desarrolló la idea de los tribunales constitucionales, refiriéndose al tema en su recensión ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?[25] (publicada en Die Justiz, 1930-1, Heft

[21] Cappelletti, Mauro (1966), "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 61, página 28.

[22] El sistema suizo se complementa con la potestad de la Corte Federal de declarar la inconstitucionalidad de las leyes cantonales con efectos *erga omnes*, a través del recurso de derecho público en caso de violación de derechos fundamentales.

[23] El sistema griego se complementa con un Tribunal Especial con potestad para dirimir materias de inconstitucionalidad de leyes cuando hay decisiones contradictorias del Consejo de Estado, la Corte de Casación o la Corte de Cuentas.

[24] La Constitución venezolana de 1858 consagró la acción popular de inconstitucionalidad. El recurso de amparo de derechos fundamentales se instituyó en la Constitución del Estado de Yucatán en México en 1841 y a nivel federal, en el Acta de reformas constitucionales de 1847.

[25] Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos. Madrid, España, 1995.

11-12, db. VI pág.576-628) respondiendo a Carl Schmitt y su trabajo Der Huter Verfosseng (Archivos de Derecho Público, Nueva Serie, XVI, págs. 161-237), traducido como defensa de la Constitución.[26] En su trabajo, Kelsen sostenía que la idea de defensor de la Constitución apunta a las garantías que deben establecerse respecto de los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, como asimismo que el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que el que puede violarla.[27] En tal caso, el garante de la Constitución no debiera ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria.

En el *esquema kelseniano*, un *Tribunal Constitucional se caracteriza* por ser un *Tribunal especial*, situado fuera del Poder Judicial; que desarrolla la jurisdicción constitucional en forma *concentrada*, vale decir, en forma exclusiva; dicho *control es de carácter abstracto*, analizando la ley en su constitucionalidad con independencia de los casos concretos; ejercido por *vía de acción, presentando el fallo o sentencia los efectos de cosa juzgada y de efectos erga omnes*, anulando el precepto legal y expulsándolo del orden jurídico, como asimismo, el fallo tiene *efectos ex nunc*, vale decir, anula el precepto legal e impide que éste produzca efectos desde el momento del fallo y hacia el futuro, no teniendo el fallo efecto retroactivo.

Los primeros tribunales constitucionales nacen en Europa.[28] *El primero es el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia* establecido por la Constitución de 29 de febrero de 1920. El mismo año se *concreta el Alto Tribunal Constitucional de Austria* en la Constitución *del 1º de octubre de 1920.*

En el período de entreguerras se creó en la *Constitución española de 1931 el Tribunal de garantías constitucionales*,[29] que desaparece con el advenimiento al poder del régimen de Franco. A su vez, en América Latina, siguiendo el antecedente español, en la *Constitución de 1940, Cuba* crea un *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, el cual integraba el Poder Judicial como Sala de la Corte Suprema,[30] ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad sobre todo tipo de normas jurídicas.

Kelsen considera al *Tribunal Constitucional un legislador negativo*,[31] ya que tiene poder de anular una ley, que es equivalente a dictar una norma general, lo que es el

[26] Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Ed. Tecnos. Madrid, España, 1998.

[27] 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. Págs. 10-12.

[28] Ver Cruz Villalón, P. (1987). "La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

[29] Ver al respecto, Cruz Villalón, Pedro (1982). "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista española de Derecho Constitucional* Nº 5, Madrid, España.

[30] Ver García Belaúnde, Domingo (2002). "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba". Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, Perú.

[31] Ver Kelsen, Hans (1984). "La garantía constitucional de la Constitución (la justicia constitucional)", traducción española. Madrid, España, 1984, página 21.Ver también, Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, página 282.

acto contrario a la producción de normas legislativas que concreta el Parlamento.

En un sentido similar, Rubio Llorente señalará que "El legislador positivo y el 'negativo' están sujetos del mismo modo a la Constitución y este distinto modo permite considerar como órgano jurisdiccional al Tribunal Constitucional, pero su función es, sin lugar a dudas, legislativa 'pues la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que una promulgación de una ley. La anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación'".[32]

No compartimos la tesis de Kelsen, ya que cuando un Tribunal Constitucional resuelve anular una ley no lo hace discrecionalmente, no tiene libre iniciativa creadora de normas generales como el Parlamento, sino que actúa ajustado a criterios jurídicos teniendo como parámetro la Constitución, ejerciendo una función jurisdiccional como los jueces, dentro del marco de un procedimiento iniciado a instancia de parte legitimada para ello, con la única diferencia de resolver sobre la supremacía constitucional que implica decisiones con consecuencias políticas. Además, por regla general, el Tribunal Constitucional actúa a requerimiento de otros órganos, autoridades o personas. Por último, debe señalarse que los tribunales constitucionales desarrollan cada vez una labor de garantía activa de los valores y principios constitucionales a través del control de omisiones inconstitucionales[33] y a través de las *sentencias denominadas manipuladoras*, donde a veces desempeñan el carácter de legislador sustituto.

El modelo kelseniano de Tribunal Constitucional sufre diversas modificaciones en el desarrollo de los tribunales constitucionales de la post segunda guerra mundial, permaneciendo como características esenciales la acción directa ante el Tribunal y los efectos generales de las sentencias, ya que algunas jurisdicciones constitucionales adoptan junto con el control de carácter abstracto el control concreto por vía incidental, como ocurre en diversos tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos (Austria, Alemania, Italia, España, Bolivia, entre otros) , además, algunos tribunales constitucionales aplican el principio de la nulidad de pleno derecho que implica la nulidad de la norma legal declarada inconstitucional con efectos declarativos o *ex tunc*, vale decir, se determina que el precepto legal inconstitucionalidad nunca ha producido efectos en el ordenamiento jurídico.

Las principales razones del desarrollo de los tribunales constitucionales se deben a la constatación de que los tribunales ordinarios tienden a sacralizar las leyes, producto de su cultura continental de aplicadores de la ley, más que juzgadores de la ley a partir de la Constitución. Los magistrados ordinarios no están preparados para realizar interpretación constitucional y juzgar las leyes y demás normas internas desde los valores, principios y reglas constitucionales.

Por otra, parte, en diversos países de América y Europa se ha constatado el fracaso de la jurisdicción constitucional en manos de los jueces ordinarios.

---

[32] Rubio Llorente, Francisco (1997). "La forma del poder", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, página 476.

[33] Ver Fernández Rodríguez, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho comparado y caso español*. Ed. Civitas, Madrid, España. Bazán, Víctor (coord.) (1997). *Inconstitucionalidad por omisión*, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, Colombia.

Hoy la legitimidad de los tribunales constitucionales se ha acrecentado en la medida que son los protectores de los derechos humanos o fundamentales de las minorías frente a las eventuales embestidas de la mayoría que suele controlar el gobierno y el Parlamento, como asimismo órganos de garantía del respeto de la distribución de competencias hecha por el constituyente entre los órganos constituidos.

Como señala Favoreu, sólo después de la Primera Guerra Mundial, y particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos han "redescubierto" la Constitución como texto jurídico y norma fundamental,[34] lo que ya era una realidad en diversos países americanos desde el siglo XIX.

La tendencia al establecimiento de tribunales constitucionales se ha acrecentado después de la Segunda Guerra Mundial con fuerza en Europa, América Latina, Asia y África, a través de sucesivas olas como señala Favoreu.

La *primera ola (vague)* ocurre en el período entre las dos guerras mundiales, en que se desarrollan los tribunales de Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931), a los cuales puede agregarse el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940).

La *segunda ola* se desarrolla al término de la Segunda Guerra Mundial y hasta la década del sesenta se reconstruye el Tribunal Constitucional de Austria (1945), se generan los tribunales constitucionales de Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1959), Turquía (1961) y Yugoslavia (1963).

La *tercera ola* se produce en las décadas de los setenta y principio de los ochenta, en que se crean los tribunales constitucionales de Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1983), Polonia (1985). Son parte de esta tercera ola en América Latina los tribunales constitucionales de Guatemala (1965-1985); Chile (1970), restablecido en 1981; de Perú (1979-1993).

Una *cuarta ola* se produce a la caída del muro de Berlín en 1989 y se desarrolla hasta la década de los noventa en los países de Europa Central y Oriental, como asimismo en algunos países de América del Sur; entre los primeros se encuentran: Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania; entre los segundos: Colombia (1991), Bolivia (1994), Ecuador (1995-1999).

5.3. *Los sistemas de control de constitucionalidad en América del Sur.* En el contexto latinoamericano se ha desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austriaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales.

La variedad de sistemas de control de constitucionalidad existentes actualmente en América del Sur,[35] de acuerdo a los órganos que ejercen el control, pueden clasificarse en:

[34] Favoreu, Louis (1984). "Actualité et legitimité du control jurisdiccionel des lois en Europe Occidentale". En *Revue de Droit public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, Francia, página 1.176.

[35] Sobre la materia pueden verse los completos trabajos publicados en *Varios Autores*, "Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes". Ed. Comisión Andina de Juristas - KAS, Lima, Perú, 1995.

1. *Sistema judicial difuso* que ejercen los tribunales ordinarios de justicia (Argentina).
2. *Sistema judicial concentrado en Corte Suprema* (Uruguay).
3. *Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional* (Paraguay, Venezuela).
4. Sistemas mixtos.

4.1. Sistema de *control judicial difuso en tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Supremo* (Brasil).

4.2. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional (Colombia).

5. Sistema de *control de constitucionalidad dualista* de tribunales ordinarios y control concentrado en tribunales constitucionales (Perú, Ecuador).
6. Sistema de *doble control concentrado de constitucionalidad* en Tribunal Constitucional (preventivo) y Corte Suprema (represivo) (Chile).
7. Sistema de *control concentrado únicamente en Tribunal Constitucional* (Bolivia).

En todo caso, debemos señalar que la clasificación entre control difuso americano, control concentrado europeo y controles mixtos o híbridos latinoamericanos, si bien contribuyen a clasificar los modelos de control de constitucionalidad de normas, ella es claramente insuficiente y carece de valor explicativo para la protección de los derechos fundamentales o humanos, que constituye un ámbito cada vez más importante de la jurisdicción constitucional europea y latinoamericana, a través del amparo de los derechos fundamentales (Alemania, España, Italia) o al hecho de ser instancia de revisión de hábeas corpus y acciones de amparo o tutela de derechos fundamentales (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú).

5.4. *El control concentrado de constitucionalidad puede ser desarrollado por tribunales constitucionales o por un órgano jurisdiccional ordinario*. El órgano jurisdiccional que ejerce el control concentrado puede ser un Tribunal o Corte Constitucional o un Tribunal Supremo o una Sala del mismo expresamente previsto por la Constitución, como ocurre en América del Sur con las salas constitucionales de la Corte Suprema de Paraguay y Venezuela, o por la propia Corte Suprema, como ocurre en Uruguay, y también en el caso chileno, en este último caso a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

Así, independientemente del órgano que realiza el control de constitucionalidad, es posible sostener, junto a Brewer Carias, como *características del modelo concentrado de constitucionalidad,* las siguientes:

1. Poder de anulabilidad de los actos inconstitucionales del Estado.
2. Combina el control de carácter principal e incidental.

Brewer-Carias, Allan R. "Instituciones políticas y constitucionales". Tomo VI, La Justicia Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Venezuela, 1996. García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores). "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica". Editorial Dykinson y otras, Madrid, España, 1997. Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional Nº 4, Madrid, España, 2000, páginas 243-307. Eguiguren Praeli, Francisco. "Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica. Una visión comparativa". Ed. CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, Argentina, 2001.

3. Efectos *erga omnes* de las decisiones de la Corte o Tribunal Constitucional.
4. Los efectos constitutivos del fallo (*ex nunc* o pro futuro: anulabilidad) o declarativo (nulidad: efecto retroactivo de las sentencias).

6. Hacia un concepto de Tribunal o Corte Constitucional y la determinación de sus características esenciales

De acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, no es posible confundir control concentrado de constitucionalidad con tribunales constitucionales; en tal sentido, Favoreu señala adecuadamente que "*un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales constitucionales*".[36]

Louis Favoreu señala en un enfoque formal que "*un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.*"[37]

Ferrer MacGregor, siguiendo a Fix Zamudio,[38] en un enfoque material, entiende por "*Tribunal Constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental*".[39]

Por nuestra parte, consideramos que deben reunirse algunos aspectos *formales y materiales* para determinar la existencia de un Tribunal Constitucional y *no asimilar toda jurisdicción constitucional concentrada a los primeros,* que es uno de los errores cometidos por diversos autores europeos.

Así podemos conceptualizar los *Tribunales Constitucionales* como *órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada.*

1. Los tribunales constitucionales *son órganos supremos constitucionales,* ya que la propia Carta Fundamental establece su estatuto jurídico esencial, determina su integración y sus competencias, las que ejercen en forma exclusiva y excluyentemente en el plano estatal, siendo independientes de todo otro órgano en el ejercicio de dicha función jurisdiccional.

---

[36] Favoreu, Louis. *Op. cit.*, página 15.

[37] Favoreu, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1994. Página 15.

[38] Fix Zamudio, Héctor (2000). "Voz Tribunales Constitucionales". *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ed UNAM, México.

[39] Ferrer MacGregor, Eduardo (2002). "Los tribunales constitucionales en Iberoamérica". Ed. Funda, México, páginas 55-56.

2. Los tribunales constitucionales *son órganos jurisdiccionales y no órganos legislativos negativos*, ya que resuelven como órganos independientes, sólo sometidos a la Constitución, conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aun cuando sea de derecho objetivo, en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada.[40] Así, como señala Colombo, "cada vez que un tribunal resuelve un conflicto con efecto de cosa juzgada está ejerciendo jurisdicción".[41] Como señaló en su momento Bachof, el carácter político de un acto "no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico".[42]

   Los tribunales constitucionales tienen la potestad de *determinar la ilegitimidad constitucional de diversas normas infraconstitucionales y actos jurídicos*, con un ámbito de competencia más o menos amplio en la materia dependiendo de cada Tribunal y ordenamiento constitucional, eliminando las normas que contravienen las respectivas constituciones, lo que lo diferencia claramente de un órgano legislativo que crea, modifica o deroga normas legales ateniéndose a criterios de conveniencia y no de legitimidad.

   No puede negarse el carácter de órganos jurisdiccionales de los tribunales constitucionales por el hecho de realizar en ocasiones control preventivo, por resolver sin contradicción o *ultra petita*, ya que existen variados ejemplos de jurisdicciones ordinarias que actúan de la misma manera.

3. Los tribunales constitucionales *son Tribunales independientes***,** ya que ejercen sus funciones sin que ningún otro órgano constitucional pueda interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose causas pendientes, revisando los contenidos de los fallos, ni reviviendo causas resueltas, ni darle instrucciones sobre su cometido jurisdiccional. Consideramos que no es una característica esencial a un Tribunal o Corte Constitucional el situarse como órgano extra poder, ya que eventualmente puede formar parte del Poder Judicial, siempre y cuando disponga de independencia orgánica y funcional y no se encuentre sometido a la superintendencia correccional o disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo *hacer respetar sus fallos a la Corte Suprema o las demás salas de la misma*, como ocurre entre otros tribunales constitucionales como los de Alemania en Europa y de Colombia y Bolivia en América del Sur.[43]

   En todo caso concordamos con Favoreu, en que un Tribunal Constitucional debe ser independiente de cualquier otro poder o autoridad, dotado de un estatuto constitucional que precise su integración, organización y competencias.[44] Debiendo contar, además, con garantías de indepen-

[40] Favoreu, Louis. *Op. cit.*, página 31.

[41] Colombo, Juan (2001). *Op. cit.*, página 18.

[42] Bachof, O. *Jueces y Constitución* (1985). Ed. Civitas, Madrid, España, página 61.

[43] En el mismo sentido, ver Fernández Rodríguez, José Julio (2002). *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*. Ed. Tecnos, Madrid, España, página 19.

[44] Favoreu, Louis. *Op. cit*., página 28.

dencia funcional, autonomía estatutaria, administrativa y financiera.

4. Un Tribunal Constitucional debe estar integrado por *magistrados letrados imparciales*, ya que resuelven conflictos jurisdiccionales en los cuales son terceros, con desinterés objetivo o sin intereses comprometidos en la resolución del conflicto.
5. Los tribunales constitucionales son *órganos permanentes*, ya que su funcionamiento es de carácter continuo y estable dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos, al igual que los tribunales ordinarios de justicia, no siendo ejercida su función por tribunales o comisiones *ad hoc* o de carácter transitorio.
6. Los tribunales constitucionales *resuelven a través de procedimientos contencioso constitucionales, que es su competencia especializada* la determinación de la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales o que provienen del derecho internacional al incorporarse al derecho interno, resuelven conflictos entre órganos constitucionales y protegen a través de acciones o recursos extraordinarios, por regla general, los derechos fundamentales, sin perjuicio de ejercer otras competencias no esenciales, en todo caso, *las materias contenciosas reservadas al Tribunal Constitucional deben contener como mínimo la constitucionalidad de las leyes,*[45] *siendo los únicos órganos que pueden impedir su incorporación o su expulsión del ordenamiento jurídico y la distribución horizontal y vertical del poder estatal*. Además, *ellos no ejercen jurisdicción ordinaria.* Este aspecto determina el elemento material de la definición de un Tribunal Constitucional.[46]

Consideramos que un Tribunal Constitucional no debe tener, como elemento esencial de su cualificación, un control monopólico de constitucionalidad de las leyes. Este elemento no nos parece indispensable si el Tribunal ejerce un contencioso constitucional sustantivo sobre la materia en el respectivo Estado, al determinar sobre la incorporación de los preceptos legales al ordenamiento jurídico (control preventivo o a priori) o su expulsión del mismo ordenamiento (control represivo), pudiendo existir otros órganos jurisdiccionales que realizan control de constitucionalidad de preceptos legales con efectos inter partes o de inaplicación al caso concreto, como ocurre en América del Sur en países que tienen tribunales constitucionales como es el caso de Colombia, Chile, Perú y Ecuador. Sólo el Tribunal Constitucional de Bolivia tiene hoy el monopolio de la jurisdicción constitucional de los preceptos legales en América del Sur. En todo caso, hay una excepción generalizada respecto de las leyes preconstitucionales, las cuales sin perjuicio de estar sujetas al control del Tribunal Constitucional pueden ser objeto de control por parte de los tribunales ordinarios de justicia determinando su derogación tácita, como ocurre también en algunas jurisdicciones europeas, entre otras, la española.

A su vez, este núcleo material básico de jurisdicción y procedimiento

[45] Favoreu, Louis. *Op. cit*., página 28.

[46] Ver Fernández Rodríguez, José Julio (2002). *Op. cit*., página 20.

constitucional no es incompatible con otras funciones adicionales que tienen los tribunales constitucionales, aunque ellas no sean esenciales.

7. Los tribunales constitucionales *dictan sentencias que tienen valor de cosa juzgada y gozan de imperio, además de ser irrevocables*, no pudiendo ser desconocidas por ningún otro órgano estatal o persona dentro del respectivo Estado.
8. *Los tribunales constitucionales los integran jueces letrados nombrados por las autoridades políticas (Gobierno, Congreso Nacional y, eventualmente, la Corte Suprema o las jurisdicciones superiores del Estado), no siendo en su mayoría magistrados de carrera*,[47] todo ello refuerza la legitimidad política del Tribunal, sin descuidar la legitimidad jurídica. Esta perspectiva no es incompatible con el hecho de que una parte minoritaria de sus integrantes puedan provenir de las más altas magistraturas del país como ocurre, por ejemplo, con el caso de Italia en Europa y de Chile en América del Sur.

Consideramos que el conjunto de estos criterios formales y materiales permiten identificar a un Tribunal Constitucional y diferenciarlo de otros tipos de jurisdicción constitucional concentrada. No concordamos con aquellas conceptualizaciones de los tribunales constitucionales puramente formales o puramente materiales, que por su ambigüedad, unilateralidad o generalidad no dan cuenta de la naturaleza jurídica de los tribunales constitucionales.

[47] Favoreu, Louis. *Op. cit*., página 29.