

# ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL\*

Alejandro Ferreiro Yazigi\*\*

*El autor hace una exposición de las diversas formas en que se estructura la justicia constitucional en el derecho comparado, a partir de los modelos norteamericano -judicial review- y europeo continental -tribunal constitucional.*

## I. INTRODUCCION

La orientación fundamental de toda la vida jurídica y política de los pueblos está dada por la Constitución que ellos se hayan dado. Allí están consagrados los consensos sociales fundamentales en torno a la distribución del poder entre los órganos del Estado, y los derechos que los ciudadanos podrán siempre esgrimir ante él. La Carta Fundamental es, en la actualidad, garantía de democracia y libertad.

Con todo, no son escasos los ejemplos históricos que demuestran como las prevenciones constitucionales han pasado a ser letra muerta ante el avasallador abuso de las autoridades. En muchos casos, la ley, casi siempre considerada prenda de garantía de la justicia, se transformó en un peligroso enemigo de ésta y de la libertad. Esta situación, vino a demostrar que el desarrollo del constitucionalismo estaba incompleto si no contaba con un mecanismo orientado a garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. La lucha por garantizar la supremacía constitucional se transformó, entonces, en desafío fundamental para el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho.

Las siguientes páginas están dedicadas a la idea misma de la justicia constitucional, su surgimiento, sus vaivenes y su consagración concreta por medio de los sistemas de jurisdicción difusa y concentrada. En esta última vertiente se encuentran los tribunales constitucionales, el mecanismo preferido por las democracias europeas para velar por la supremacía de la Carta Fundamental.

---

\* El presente trabajo es una versión corregida del capítulo introductorio de la Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile titulada "Justicia Constitucional: Análisis del Tribunal Constitucional Chileno y Español", 1992. Edición y corrección por Rodrigo Correa G. y Blas Troncoso M.

\*\* Abogado, Universidad de Chile. M. A. University of Notre Dame.

## II. ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Para que el desarrollo del constitucionalismo moderno derivara finalmente en la casi unánime aceptación de la necesidad de la existencia de un órgano jurisdiccional que velara por la supremacía formal y, especialmente, material de la Constitución, fue necesario derribar y sustituir dos principios o supuestos que retrasaron formidablemente la emergencia del concepto de jurisdicción constitucional. Estos principios imperantes en el constitucionalismo decimonónico dicen relación, por un lado, con la teoría rousseauiana de la supremacía irrestricta de la voluntad popular, y por otro lado, aunque vinculado a lo anterior, con la falta de valor normativo autónomo de la Constitución.

### 1. Rousseau y la voluntad popular

Aun siendo indiscutible el aporte de Jean Jacques Rousseau a la teoría de la Constitución en cuanto fortalece y profundiza la vinculación del origen del Estado al pacto social, y en consecuencia, con la expresión de voluntad de las mayorías que se concreta en lo que hoy denominaríamos la Carta Fundamental, no es menos evidente que la exacerbación ilimitada de la voluntad popular como fuente creadora de normas jurídicas supuso el germen de la destrucción del principio de la supremacía constitucional. En efecto, ¿bajo qué supuesto resulta posible afirmar, en concordancia con la teoría rousseauiana, el valor normativo superior de una constitución respecto de una ley? La verdad es que, según el criterio expresado, una expresión de voluntad soberana anterior no se encuentra calificada para restringir las manifestaciones de la voluntad soberana que se expresen con posterioridad.

No pretendo aquí señalar, lo que sería erróneo, que para Rousseau y sus seguidores la Constitución carecía de todo sentido ordenador o que no tuviera un rango superior a la propia ley. Lo que ocurre es que según la solución adoptada por Rousseau, es el legislador quien determina el sentido de la constitución y su eventual contradicción con las normas legales.

La Constitución es, en consecuencia, lo que las mayorías parlamentarias dicen que es, y no lo que los jueces determinan. En la práctica, por ende, una ley posterior, y si así lo estima la mayoría parlamentaria, puede vulnerar principios y normas constitucionales evidentes para juristas y jueces. Sin embargo, si el Parlamento, único titular de la facultad de interpretar la Constitución, estima lo contrario, se producirá en la práctica la supremacía de la ley por sobre la Constitución.

Esta es la derivación final de un sistema en que se fusionan dos funciones que no pueden coexistir sin que se produzcan las distorsiones anotadas: el poder legislativo y la facultad exclusiva de interpretar la Constitución.

Sin embargo, y en descargo de Rousseau y de los teóricos de la soberanía popular, es preciso señalar que en la argumentación de aquellos existían dos elementos que pretendían, de alguna manera, servir de resguardo de la Constitución:

**a. La garantía de la división de poderes**

En cuanto la Constitución establece la determinación de la composición, competencia y límites de los distintos poderes del Estado, el problema propuesto se reduce, como señala Rubio Llorente, a cómo conseguir que "los poderes así definidos no actúen fuera de los límites de todo género que la Constitución les impone; cómo conseguir que las previsiones constitucionales no queden en papel mojado".<sup>1</sup>

La solución clásica, propuesta originalmente por Montesquieu supone la división de los poderes del Estado. Ya que el ciudadano no puede detener el Poder, es preciso dividirlo para que se controle a sí mismo. "En la práctica la división del poder no puede significar la colocación de todos los poderes en el mismo plano. De los tres poderes clásicos, legislativo, ejecutivo y judicial, hay uno, que por emanar directamente de la voluntad popular y tener atribuida la doble función de hacer las leyes y controlar el Gobierno, está muy claramente situado por encima de los restantes. El intento de asegurar la vigencia real de la Constitución por el simple recurso de dividir el poder, se convirtió, por tanto, en la práctica, en hacer del Legislador el guardián único de la Constitución".<sup>2</sup>

En consecuencia, esta "solución" conduce a la misma distorsión ya enunciada. La Constitución queda reducida a lo que la ley dice que es, por lo que deja de ser una norma con validez autónoma e indiscutida para quedar mediada por la interpretación que de ella hagan las circunstancias mayorías parlamentarias. En la historia parlamentaria de Chile no son raros los casos en que leyes interpretativas constituyen verdaderas modificaciones a un texto constitucionales que, en muchos casos, no daba pie para interpretaciones alternativas.

**b. La infalibilidad de la voluntad general**

Según el concepto de Rousseau sobre la voluntad general, los individuos que componen la comunidad política al actuar como legisladores tienen en vista los intereses generales y prescinden de sus intereses

<sup>1</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", en *REVISTA DE DERECHO POLITICO*, N° 16, Madrid, 1983, p. 28.

<sup>2</sup> *IBIBEM*.

particulares. De acuerdo a Russell, en la concepción de Rousseau, el "Soberano no requiere dar garantías adicionales a sus súbditos, ya que, dado que está compuesto por los individuos que lo conforman, no puede el soberano tener intereses contrarios a los de sus súbditos".<sup>3</sup> La frase con que Rousseau resume de manera categórica su plena confianza en los benéficos resultados de la voluntad general es elocuente: "El soberano, simplemente en virtud de lo que es, es siempre lo que debe ser."

En consecuencia, resulta evidente comprender porqué Rousseau se despreocupó acerca de los abusos que pudieran cometer las mayorías. Tal despreocupación no pudo sino traducirse en planteamientos que desconocían todo límite a la soberanía popular o, desde otro ángulo, traslucían la imposibilidad de afirmar el concepto de la supremacía constitucional.

En palabras de Rubio Llorente, la postura del filósofo ginebrino se resume en que "la ley es la expresión de la voluntad general, que es, teóricamente, la voluntad de la mayoría, y la voluntad general acierta siempre; aunque como Dios, podría equivocarse si quisiera, no puede nunca querer el error".<sup>4</sup> En consecuencia, bajo este esquema teórico, nada puede resultar más superfluo, y hasta contradictorio, que establecer mecanismos, como la supremacía material de la Constitución y la jurisdicción constitucional, que efectivamente signifiquen restricciones a la voluntad general.

## 2. La falta de valor normativo autónomo de la Constitución

Este elemento, pese a que puede ser considerado como una derivación de lo ya dicho, merece, por sus particularidades y efectos, un tratamiento aparte.

Durante casi todo el siglo XIX se observa un debilitamiento del sentido original de la Constitución. A la fuerza con que los revolucionarios de 1789 defendían los supuestos y contenidos del constitucionalismo, le sucedieron épocas en que la restauración monárquica infligió un duro golpe a la supremacía de la Constitución.

En efecto, el constitucionalismo inaugurado luego de la revolución francesa en el continente europeo, conllevaba claras definiciones respecto al origen social, comunitario, (o contractual) de los textos fundamentales. En palabras del profesor

<sup>3</sup> BERTRAND RUSSELL, *A HISTORY OF WESTERN PHILOSOPHY*, Simon and Schuster Ed., New York, 1972, p. 696.

<sup>4</sup> RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, p. 29.

García de Enterría, de esta manera "se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de la auto-organización como fuente de legitimidad del poder y del derecho".<sup>5</sup>

En cuanto al contenido de los textos constitucionales promovidos por el movimiento de la ilustración, tampoco caben dudas. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano señala textualmente que "toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene constitución". En consecuencia, los elementos esenciales que debe contener toda constitución son la estructuración de un catálogo de derechos y sus garantías y la delimitación del ámbito de competencia de los poderes del Estado.

Sin embargo, estas definiciones, que serían rescatadas a cabalidad por el derecho público de post-guerra, fueron objeto de serios embates que terminaron por desdibujar el concepto mismo de Constitución.

El principal enemigo de estos supuestos y contenidos fue la restauración monárquica que puso fin a las guerras napoleónicas. García de Enterría captura con precisión la incidencia de estas monarquías respecto de la suerte del constitucionalismo: "Estas monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, algunos de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a ser simple retórica. Es así como los monarcas 'otorgan' Cartas Constitucionales, que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de Constitución".<sup>6</sup>

Aunque con una menor incidencia, también influyó en el debilitamiento del principio constitucional la tesis de la izquierda hegeliana y su corolario marxista, en cuanto considera a la Carta Constitucional como la mera reproducción, en forma de superestructura, de las relaciones de poder real que constituyen la infraestructura. Las críticas desde la izquierda a la supremacía constitucional y, actualmente al concepto mismo de jurisdicción constitucional, se basa en el rechazo que le merece la posibilidad de que un texto anterior, y casi siempre conservador, suponga una limitación a todo intento legal por modificar lo ya existente a través de "innovaciones progresistas".

En consecuencia, tanto desde la monarquía, como desde la incipiente izquierda revolucionaria, surgían críticas al concepto de Constitución que coadyuvaban para que el siglo XIX haya presenciado un retroceso en la evolución europea del constitucionalismo. Ni la derecha monárquica, ni la izquierda revolucionaria

<sup>5</sup> EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 41.

<sup>6</sup> *IBIBEM*.

tenían razones para afirmar la supremacía normativa constitucional, la que habría tenido el contraproducente objeto de fijar incómodos límites al arbitrio monárquico y/o a los impulsos del cambio revolucionario.

Es así como en la Europa continental el sentido normativo superior de las constituciones se pierde durante el siglo pasado para recuperarse, en algunos casos, sólo después de la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, dado que el sentido original del constitucionalismo se distorsiona y pierde a partir de la promulgación de las "constituciones monárquicas", y su contenido se ve francamente postergado en favor de la mera mantención de las formalidades, la Constitución deja de ser una norma, para transformarse solamente en un exigencia lógica, pero formal, del Estado del siglo XIX.

En suma, y como señalan Rubio Llorente y Aragón Reyes, "en la Europa decimonónica, la Constitución apenas pasa de ser un elemento político que legitima ciertamente el ordenamiento todo, cuyas capitulares recoge, pero cuya vinculación práctica se opera sólo mediante la ley, es decir, mediante el legislador, intérprete único de la Constitución".<sup>7</sup>

Manifestación concreta de los anterior es la prohibición expresa consagrada por el ordenamiento jurídico francés respecto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Desde el tiempo de la Revolución Francesa los tribunales fueron marginados de cualquier tipo de fiscalización sobre la labor legislativa. Bertelsen da cuenta de los textos legales en que tal prohibición fue establecida:

- a. Ley de 16-24 de agosto de 1790, título II, artículos 11 y 12: "Los tribunales no podrán participar directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir, ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el rey, bajo delito de prevaricación..."
- b. Constitución de 3 de septiembre de 1791, título III, capítulo V, artículo 3: "Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo ni suspender la ejecución de las leyes."
- c. Artículo 1227 del Código Penal Francés: "Se harán reos del delito de prevaricación y serán castigados con la degradación cívica los jueces, los representantes del Ministerio Público o del rey o sus sustitutos y los oficiales de policía que se inmiscuyan en el ejercicio del poder legislativo, bien dictando reglamentos que contengan disposiciones legislativas, bien deteniendo

<sup>7</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MANUEL ARAGON REYES, "La Jurisdicción Constitucional", en *LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978, ESTUDIO SISTEMATICO*, Predieri y García de Enterría eds., Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 839.

o suspendiendo la ejecución de una o varias leyes, bien deliberando acerca de si las leyes han de ser publicadas o ejecutadas".<sup>8</sup>

Sin embargo, del otro lado del Atlántico, la evolución del constitucionalismo apuntaba en la dirección contraria. En efecto, la incorporación real y efectiva de la Constitución al ordenamiento jurídico, dotando a aquella de efectos jurídicos concretos, invocables ante los tribunales, y con clara supremacía formal y material respecto de la ley, es consecuencia de la evolución del constitucionalismo norteamericano. En efecto, a partir de la famosa sentencia redactada por el juez Marshall en el caso *Marbury con Madison* en 1803, se inaugura el concepto y la práctica del "judicial review", o control de constitucionalidad de las leyes.

### III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES, O LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

#### 1. El origen del "judicial review" en los Estados Unidos

La evolución alcanzada por el judicial review en los Estados Unidos resulta particularmente notable si se considera que la tradición jurídica inglesa se insertaba plenamente en la escuela que no reconocía limitaciones al legislador soberano. En efecto, durante el siglo XVIII se había impuesto entre la doctrina inglesa la tesis de la soberanía irrestricta del Parlamento, lo que significa que, como señalara Blackstone, "el poder del Parlamento es absoluto y sin control; tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo; es por tanto el verdadero soberano, esto es, la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada".<sup>9</sup>

Con todo, la idea de que por sobre las leyes existía una "higher law" también tenía sus fundamentos en el iusnaturalismo inglés. John Locke, miembro conspicuo de la tradición iusnaturalista europea, ciertamente concibe un parámetro normativo superior a la ley positiva, el derecho natural.

Por otro lado, los colonos americanos se basaron en supuestos principios de derecho natural para dar base jurídica a la rebeldía contra la corona inglesa. Es así como rechazaron los tributos que no respetaren la obligación de vincular los impuestos a una representación parlamentaria que los apruebe, y estimaron intran-

<sup>8</sup> RAUL BERTELSEN R., *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY*, Ed. Jca. de Chile, 1969, p. 57. La referencia original es de Hauriou, *PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO Y CONSTITUCIONAL*, Ed. Reus, 2ª ed., Madrid, p. 354.

<sup>9</sup> BLACKSTONE, citado por GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 53.

sable el principio de que todo ciudadano debe ser juzgado por sus pares, es decir, el sistema de jurados. Ambos principios estaban basados en "the fundamental laws of the British Constitution, a constitution grounded on the eternal and immutable law of nature".<sup>10</sup>

En consecuencia, y pese a la primacía de la tesis de la soberanía absoluta del Parlamento, se habría pasado en la tradición jurídica anglosajona la postura que reconoce la existencia de un concepto normativo superior derivado del derecho natural que daba forma a la "constitución" consuetudinaria y no escrita de los ingleses. De este modo se sentaban las bases para el establecimiento de límites al Poder Legislativo. En la naciente república independiente norteamericana, aumentaba la posibilidad de concretar el control de constitucionalidad de las leyes dada la existencia de un texto escrito que había servido de base para la emancipación política.

## 2. El surgimiento del "judicial review"

Hemos visto que en la tradición jurídica inglesa, pese a la primacía de la teoría de la soberanía absoluta del Parlamento, se abrió paso la tesis que encontraba en el derecho natural incorporado a una constitución intangible, los límites y fundamentos para la acción legislativa.

Sin embargo, quien piense que a partir de lo anterior se hubiese debido derivar natural y fatalmente hacia un sistema de control de constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Supremo norteamericano, desconoce la magnitud del aporte innovador del mencionado tribunal y el sensible quiebre producido respecto de todo lo conocido anteriormente.

En efecto, más fuerte y arraigado que toda referencia a un parámetro normativo superior al legal, era la doctrina de la separación de los poderes. En esas condiciones, era difícil compatibilizar con este principio básico del constitucionalismo post-revolucionario, un Tribunal destinado a afectar las resoluciones parlamentarias través de un juicio de constitucionalidad no susceptible de revisión alguna. Loewenstein señala que "la idea de que los tribunales estuviesen autorizados a impedir los acuerdos de la asamblea y del gobierno, es completamente ajena a los teóricos del constitucionalismo en su primera época [...] A Montesquieu no se le ocurrió pensar que el "poder" judicial pudiese convertirse en una fuerza de oposición ante el gobierno y el legislador".<sup>11</sup>

<sup>10</sup> LORD CAMDEN, ante el parlamento inglés en 1765. Citado en GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 52

<sup>11</sup> KARL LOEWENSTEIN, *TEORIA DE LA CONSTITUCION*, Ed. Ariel, 3ª reimpresión, Barcelona, 1983, p. 309.

Por otro lado, la Constitución norteamericana de 1787, la misma que el Tribunal Supremo intentaría defender, no le reconocía al Tribunal la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. En suma, para el surgimiento del "judicial review" no sólo hubo que superar las barreras impuestas por el principio capital de la separación de los poderes del Estado, sino que, además, hacerlo sin que para ello hubiese facultad expresa en la Constitución.

Si bien es cierto que el judicial review no tiene su origen en la letra de la Constitución norteamericana de 1787, sí lo tuvo en un determinado concepto del significado de aquella Carta Fundamental.

Alexander Hamilton es de los primeros en concluir que, a partir de una determinada concepción acerca del significado y funciones de la constitución, se deriva, necesariamente, el judicial review. En efecto, en *The Federalist*, señala que, "por una Constitución limitada yo entiendo aquella que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e inhabilidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de este tipo sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios no servirán de nada".<sup>12</sup>

Concluye Hamilton en forma categórica su afirmación acerca de la primacía constitucional: "No existe una posición que dependa de un principio más claro que aquel que señala que todo acto proveniente de una autoridad delegada que sea contrario al tenor de la delegación en cuya virtud se actúa, es nulo. Ningún acto legislativo, en consecuencia, que sea contrario a la Constitución, puede ser válido [...] La Constitución es, en el hecho, y así debe ser considerada por los jueces, ley fundamental".<sup>13</sup>

Según las palabras de García de Enterría, el punto de partida del judicial review es la convicción de que "la constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento, y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema". Esta concepción de la Constitución, agrega García, "es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucio-

<sup>12</sup> ALEXANDER HAMILTON, "The Federalist N° 78", en *THE FEDERALIST PAPERS. HAMILTON, MADISON AND JAY*, Mentor Book, New York, 1961, p. 466.

<sup>13</sup> *IDEM*, p. 467.

nalismo a la historia universal del Derecho".<sup>14</sup>

Por otro lado, la propia constitución norteamericana se asigna el carácter de supremo derecho de la tierra, y en consecuencia, su necesaria vinculación a los jueces. En efecto, su artículo VI, sección segunda, contempla la cláusula según la cual la Constitución es considerada "the supreme law of the land", la que vincula a los jueces no "obstante cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes".<sup>15</sup>

En consecuencia, la Constitución pasa a ser derecho real, vinculante e invulnerable, y superior jerárquico de la ley.

Si claro era el texto de la Constitución originaria de 1787 en relación al valor normativo de la Constitución, más lo fue a partir de la introducción de la primera enmienda, el llamado Bill of Rights que en 1789 incorpora los derechos de los ciudadanos al texto fundamental. En esta enmienda se lee que "el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al Gobierno." La Constitución norteamericana, en consecuencia, se constituía en un límite material evidente para el Poder Legislativo.

Esta es la base fundamental del raciocinio empleado por el Juez Marshall en la famosa sentencia recaída en el juicio Marbury con Madison en 1803, fallo en el que se encuentra el origen del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes por un órgano judicial distinto del propio Parlamento. Es cierto que esta no fue la primera sentencia recaída en materia de constitucionalidad de las leyes, toda vez que ya se había pronunciado el Tribunal Supremo respecto a la inconstitucionalidad de algunas leyes emanadas de los parlamentos estatales.<sup>16</sup> Sin embargo, en la sentencia del Juez Marshall se anula por primera vez una ley federal dictada en contradicción con lo establecido en la Constitución.

Lo cierto es que la escasa importancia del asunto concreto que se debatía no

---

<sup>14</sup> GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>15</sup> CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, Artículo sexto, sección segunda 1787.

<sup>16</sup> En efecto, en el origen mismo de la institución del *judicial review*, se encuentra la necesidad de hacer valer la supremacía de la constitución federal por sobre las constituciones y leyes de los estados de la Unión. Es así como Rubio Llorente y Aragón Reyes señalan que la jurisdicción constitucional norteamericana se origina en buena medida en la "necesidad de arbitrar soluciones a los problemas que resultan de la delimitación de ámbitos competenciales distintos." RUBIO LLORENTE y ARAGON REYES, *Op. Cit.*, p. 839.

guarda relación alguna con la trascendencia que tuvo el razonamiento jurídico empleado para resolver la cuestión.<sup>17</sup>

La médula del argumento es bastante elemental: cuando una ley es contraria a la Constitución, y esta Constitución es norma vinculante para los jueces, a estos no les cabe otra alternativa que aplicar la Constitución y dejar de aplicar la ley.<sup>18</sup> Esto, en razón de la teoría de la vinculación más fuerte que ejerce la Constitución por sobre la ley, que había sido planteada por Hamilton en *The Federalist*, como la *higher, superior obligation*.

Desde entonces, y con altibajos y énfasis distintos, no sin polémica a veces, pero siempre contando con el aprecio y respeto de la sociedad norteamericana, la cual ha ayudado a conformar, el *judicial review* norteamericano ha pasado a ser característica, base y ejemplo de la supremacía constitucional.

<sup>17</sup> William Marbury fue uno de los jueces federalistas (grupo político que posteriormente se transforma en el actual Partido Demócrata) designado por el Presidente Adams días antes de abandonar su cargo ante la derrota sufrida frente a los republicanos. Madison, el nuevo Secretario de Estado, rehusó confirmar tal designación, ante lo cual Marbury reclamó al Tribunal Supremo. El juez Marshall falló en favor de Madison, pero su raciocinio fue a tal punto relevante y novedoso, que es considerado el punto de partida del *judicial review*.

<sup>18</sup> Los siguientes son los considerandos fundamentales del fallo Marbury con Madison dictado por el juez Marshall:

"La voluntad suprema y originaria [la Constitución] organiza el gobierno y asigna a sus diferentes poderes sus respectivas facultades. Podría hacer tan sólo eso o establecer ciertos límites que no puedan ser infringidos por aquellos poderes.

El gobierno de los Estados Unidos pertenece a esta última descripción. Las facultades de la legislatura están definidas y limitadas; y para que estos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita. ¿Con qué propósitos se limitan los poderes y cuál es el objeto de que esa limitación se consigne por escrito, si esos límites pueden, en cierto tiempo, ser traspados por aquellos a quienes se trata de restringir? La diferencia entre un gobierno con poderes restringidos y otro con facultades ilimitadas está abolida si esos límites no confinan a la persona a la que aquellas restricciones se imponen, y si los actos que se prohíben y los que se permiten requieren iguales obligaciones. Es una proposición demasiado obvia como para ser discutida que la Constitución controla toda disposición legislativa incompatible con ella; o que la legislatura pueda modificar la Constitución mediante decreto ordinario.

Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en el mismo nivel que las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta entonces una disposición legislativa que se oponga a la Constitución no es ley; si la correcta es la última parte, las constituciones pasan a ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

Ciertamente, todos aquellos que han formulado Constituciones escritas, las consideran como si fueran la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de ese tipo debe ser la de considerar nulo todo acto de la legislatura que se oponga a la Constitución. Esta teoría se adhiere esencialmente a una Constitución escrita, y por tanto, debe ser consi-

### 3. La recepción europea del control de constitucionalidad de las leyes: el aporte de Kelsen

#### a. La obra de Hans Kelsen

Mientras en Estados Unidos el judicial review se consolidaba progresiva e incontrarrestablemente, pese al malestar expresado por varias administraciones respecto de un supuesto "gobierno de los jueces", la situación europea durante todo el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo actual se caracterizaba por el predominio monárquico y su pernicioso efecto sobre el principio de la supremacía efectiva de la constitución. Para las monarquías que sucedieron a las experiencias revolucionarias y napoleónicas, la Constitución no pasaba de ser un Código formal, un mero ornato de legitimidad frente a un poder real sin contrapeso en el manejo de la burocracia y la judicatura. En esas condiciones, las disposiciones constitucionales, cuando no eran absolutamente funcionales a los designios del monarca, sólo tenían aplicación efectiva a través de una ley, sin cuya intermediación eran letra muerta. Por último, esa ley, cuyo origen y contenido dependían directa o indirectamente del poder real, malamente podían ser objetadas por un sistema judicial también subordinado al monarca.

Como ya se ha dicho, un factor adicional que impidió una temprana recepción del control de constitucionalidad de las leyes estuvo dado por la oposición de la izquierda hegeliana a la idea de la supremacía constitucional. Para las emergentes tesis marxistas, la Constitución no era más

---

derada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No debe, en consecuencia, perdersse de vista una consideración posterior sobre este asunto.

Si una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula, ¿cumple y obliga a las Cortes a ponerla en vigor a pesar de su invalidez? o, en otros términos, aunque no se trate de una ley, ¿constituye una regla tan efectiva como si fuese una ley? En realidad, lo anterior destruiría de hecho lo que se estableció en teoría; al parecer, y a primera vista, es un absurdo demasiado grueso como para insistir en ello. Sin embargo, recibirá una consideración más atenta.

Corresponde notablemente a la parcela y a los deberes del poder judicial manifestar qué es la ley. Los que aplican la regla a casos particulares, forzosamente deben exponer e interpretar esa regla. Si hay leyes en pugna, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas.

Así pues, si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal debe decidir, ya sea aplicando la ley y postergando la Constitución, o conforme a la Constitución postergando la ley, el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior pertenece a la esencia misma de los deberes judiciales. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y esta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no esa disposición legislativa, debe regir el caso al cual ambas se aplican..."

Estos pasajes del fallo *Marbury con Madison* han sido traducidos del inglés por el autor de este artículo, de la recopilación de OSCAR HANDLIN, *READING IN AMERICAN HISTORY: FROM SETTLEMENT TO RECONSTRUCTION*, Ed. Knopf, New York, 1970, Volume I, pp. 237-8.

que una hoja de papel que escondía las verdaderas relaciones de poder social. Como señala García de Enterría, "este reduccionismo de la Constitución a su fondo real, esta desvalorización de la Constitución como una mera hoja de papel sin interés alguno..., es la que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas que excluyen también todo valor específico a la Constitución como norma suprema".<sup>19</sup>

En consecuencia, son los factores políticos e ideológicos predominantes en la Europa decimonónica los que impidieron una evolución del control de constitucionalidad de las leyes paralelo al observado en Estados Unidos.

Sólo al concluir la Primera Guerra Mundial, el jurista austríaco Hans Kelsen elabora un sistema de control de constitucionalidad de las leyes que difiere en gran medida del instaurado en Estados Unidos.

En primer lugar, el modelo kelseniano concibe un control de constitucionalidad circunscrito a un Tribunal, a diferencia del control difuso norteamericano que permite a todos los jueces pronunciarse respecto a la adecuación de una ley respecto de la Constitución, respetando eso sí el sistema del precedente impuesto por el Tribunal Supremo. El sistema ideado por Kelsen, conocido como el de la jurisdicción concentrada, será el que se impondrá en Europa finalmente.

En segundo término, cabe señalar que, aunque Kelsen habla de "Tribunal" Constitucional, la verdad es que concibe a este ente contralor como perteneciente más bien al propio sistema legislativo que al judicial. Dado que, en estricto rigor, un Tribunal aplica las normas jurídicas a los supuestos de hecho, la función del Tribunal Constitucional no es propiamente jurisdiccional. En efecto, el control de constitucionalidad de las leyes supone un juicio abstracto, alejado tanto de las particularidades propias de las situaciones de hecho, como de los pleitos entre particulares a que han dado lugar. La labor del Tribunal Constitucional radica en pronunciarse acerca de la conformidad de la ley con la norma suprema constitucional. Por su parte, el problema concreto en que se ha suscitado la cuestión de constitucionalidad de un precepto legal será resuelto por el mismo tribunal que requirió del Tribunal Constitucional un pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de la ley en cuestión.

Entonces, si el Tribunal Constitucional no cumple funciones jurisdiccionales, ¿a qué facultades estatales debe asimilarse su función? Kel-

<sup>19</sup> GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 130.

sen responde que suprimir del ordenamiento jurídico, con carácter general, una ley considerada inconstitucional es una manifestación de la potestad legislativa, y no una impropia invasión de un órgano ajeno en las facultades de ésta.

Luis Sánchez Agesta resume el argumento del jurista austríaco, al decir que "la respuesta de Kelsen es que el Tribunal no ejercita una verdadera función jurisdiccional, porque anular una ley significa establecer una norma general, y en cierta manera es una función legislativa de signo negativo y podría considerarse como una distribución del poder legislativo entre dos órganos".<sup>20</sup>

En consecuencia, el poder legislativo queda escindido en dos partes: la positiva e innovadora, propia del Parlamento que introduce normas legales al ordenamiento; y la función negativa, propia del Tribunal Constitucional, que suprime, también erga omnes, aquellas leyes incompatibles con la suprema norma constitucional.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional, al fallar la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, excluye del sistema jurídico tal precepto legal a partir de la sentencia. En consecuencia, el vicio de inconstitucionalidad no supone la nulidad de pleno derecho, y por tanto, el efecto retroactivo de la resolución, sino que sólo da pie para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad ex nunc de la ley. En consecuencia, no les cabe a los jueces de instancia la anulación de las leyes. Aún cuando sea obvia la incompatibilidad de una norma legal con la constitución, aquella norma mantendrá el carácter de tal mientras el Tribunal Constitucional no dicte su sentencia, la que, en consecuencia, reviste el carácter de una sentencia constitutiva y no meramente declarativa de derecho.

En suma, cabe concluir que el modelo kelseniano no confunde las labores propiamente jurisdiccionales con las del control de constitucionalidad propias de un ente especial como el Tribunal Constitucional.

Las razones para tan clara división, elemento diferenciador con el judicial review norteamericano, debe encontrarse en el deseo de Kelsen de adecuar su propuesta a las tesis predominantes a la época. En efecto, al decir de García de Enterría, "se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia,

<sup>20</sup> LUIS SANCHEZ AGESTA, "La Justicia Constitucional", en *REVISTA DE DERECHO POLITICO*, Nº 16, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1983, p. 20.

que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la "libre recherche" en Francia, la "Volksgemeinschaft" o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar estableciendo como postulado capital la sumisión de todos los jueces a todas las leyes, sin perjuicio de que solamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre ex nunc, [...] las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución".<sup>21</sup>

Hans Kelsen se refiere, por último al significado jurídico político de la institución del Tribunal Constitucional. Según lo expuesto por Luis Sánchez Agesta, tres son las principales consideraciones que habría que hacer al respecto:

En primer lugar, considera que una Constitución que carece de la garantía de anular los actos legislativos inconstitucionales no es, técnicamente, una Constitución obligatoria. Sólo es un deseo del constituyente privado de obligatoriedad. Aún más, y esto es plenamente coincidente con el positivismo kelseniano, una Constitución que no conciba un Tribunal Constitucional o una entidad análoga, carece de sentido jurídico.

En segundo término, el Tribunal Constitucional, en cuanto hace valer las exigencias de que se respeten por las leyes los estatutos de garantías personales contenidos en la Constitución, o que se modifiquen éstos por los quórum especiales que aquella consagra, constituye un efectivo resguardo del derecho de las minorías dentro del sistema político democrático frente a la voluntad de una simple mayoría.

Por último, la jurisdicción constitucional reviste gran importancia para la preservación de los delicados equilibrios y delimitaciones de competencia entre los órganos ejecutivo y legislativo centrales y locales, dentro de un sistema federal. Dado que la base del sistema federal está determinado por la distribución de competencias entre los órganos federales y estatales, la supervivencia del sistema requiere de un Tribunal Constitucional que asegure que ninguno de los centros de poder normativo invada atribuciones correspondientes a otro órgano.

En consecuencia, señala Kelsen, si el Tribunal Constitucional logra cumplir a cabalidad con lo tres objetivos reseñados, su acción puede transformarse en un instrumento eficaz para garantizar la paz política

<sup>21</sup> GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 132.

dentro del Estado moderno.<sup>22</sup>

**b. La consagración de la jurisdicción constitucional en Europa**

Tal como ocurriera un cuarto de siglo después, los horrores de la guerra europea fueron los verdaderos detonantes de la incipiente consagración europea de Tribunales Constitucionales en cuya acción se confiaba la prevención y solución de algunas de las distorsiones jurídico políticas que dieron orígenes a las conflagraciones bélicas.

En 1933, a pocos días de promulgarse la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal de Garantías Constitucionales de la España republicana, el insigne jurista Manuel Jiménez de Asúa reconocía que "hace veinte años, es decir: en 1913, con anterioridad a la Gran Guerra, salvo en los Estados Unidos de América, nadie pensaba en problemas de constitucionalidad o inconstitucionalidad".<sup>23</sup>

Inmediatamente después de consolidados los regímenes políticos que sucedieron a aquellos involucrados en el desarrollo de la Gran Guerra, surgieron en el Viejo Continente las primeras expresiones de tribunales constitucionales. Es el caso de la República Alemana de Weimar, en 1919; de Austria, en 1920; y de Checoslovaquia también en 1920.

Las tesis de Kelsen influyeron decisivamente en la instauración del Tribunal Constitucional austríaco, en 1920, del cual fue su principal impulsor además de formar parte de él como magistrado y redactor principal de las sentencias.

El Tribunal Constitucional de la República de Weimar de 1919, pese a que difería sustancialmente del modelo de Kelsen, y estuvo más bien diseñado para arbitrar los conflictos políticos que se suscitaban entre los poderes centrales y estatales, también fue, hasta cierto punto, tributario de la influencia kelseniana. Sin perjuicio del innegable impacto de las ideas de Kelsen, el surgimiento europeo de los Tribunales Constitucionales se concreta fundamentalmente como una reacción político institucional frente a los traumas de las grandes guerras. A los dos casos ya enunciados, surgidos como consecuencia de los horrores de la Primera Guerra, corresponde agregar los numerosos cambios constitucionales sucedidos tras la Segunda Guerra Mundial destinados a instalar un sistema de jurisdicción constitucional que sirviera para prevenir los excesos que, en la década del treinta, dieron lugar al

<sup>22</sup> SANCHEZ AGESTA, *Op. Cit.*, pp. 22-3.

<sup>23</sup> NICOLAS GONZALEZ - DELEITO DOMINGO, *TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 15.

conflicto bélico. El modelo kelseniano vuelve a ser referencia obligada para los constituyentes de la segunda post-guerra.

Eduardo García de Enterría grafica el estado anímico imperante entre los juristas de la época al momento de la consagración de los Tribunales Constitucionales. Señala el constitucionalista español: "Se ha vivido, sobre todo en los dos grandes países europeos que adoptan el sistema, Alemania e Italia, la trágica experiencia, la enorme experiencia de que el legislador pase a ser la mayor amenaza para la libertad. Frente a la concepción tradicional del Estado de Derecho como un Estado que se somete a las leyes; la ley, hasta ahora vista como garantía de la libertad, aparece aquí como un legislador arbitrario dueño del poder de hacer leyes, como la posibilidad de introducir injusticias sistemáticas, de pervertir el ordenamiento jurídico."<sup>24</sup>

Como señala García de Enterría, son precisamente estos traumas, inimaginables hasta entonces, el antecedente que "fuerza a los constituyentes de los países a fijarse otra vez en la técnica de los Tribunales Constitucionales, para precaverse ante una actividad legislativa arbitraria, una vez que se ha concretado en el texto constitucional un cuadro de valores supremos y tendencialmente inalterables".<sup>25</sup>

Finalmente, tanto Italia, contra la opinión de Calamandrei que estaba por reproducir inalterado el modelo kelseniano, como Alemania, optaron por crear tribunales constitucionales que, no obstante haber consagrado el principio de la jurisdicción concentrada, se acercan más al sistema del judicial review norteamericano, sistema de jurisdicción constitucional, que al legislador negativo de Kelsen.

En consecuencia, el sistema recogido por Alemania e Italia es básicamente una derivación de la supremacía constitucional norteamericana radicado en un Tribunal distinto de aquellos pertenecientes al Poder Judicial.

Las diferencias entre los tribunales constitucionales es más bien menor. Mientras en Alemania y España aceptan el llamado recurso de amparo constitucional (lo que en Chile corresponde al recurso de protección radicado ante las Cortes de Apelaciones), España e Italia consagran una especie de sistema ecléctico entre la jurisdicción difusa y la concentrada, en cuanto permiten a los jueces del fondo remitir al Tribunal Constitucional las cuestiones de constitucionalidad que recaigan sobre los preceptos legales que corresponde aplicar al caso concreto que conocen.

En Francia, por su parte, no se habla de Tribunal, sino de Consejo, lo que no ha impedido que sus funciones hayan derivado hacia formas muy similares a las de sus

<sup>24</sup> F. VON HIPPEL, *DIE PERVERSION DES RECHTSORDNUNGEN*, citado por GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>25</sup> GARCIA DE ENTERRIA, *Op. Cit.*, p. 133.

congéneres, con la particularidad, luego recogida por el sistema chileno de 1980, del control previo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales.

De cualquier modo, la incorporación de los tribunales constitucionales al escenario constitucional europeo se ha transformado en un aporte sustancial para el resurgimiento de un derecho público respetuoso de la supremacía constitucional. Por otro lado, parte importante de la paz social y política de que han gozado las naciones europeas en que existe la jurisdicción constitucional debe atribuirse a la labor contralora, preventiva y protectora de los derechos humanos que ella ejerce.

En palabras de Sánchez Agesta, "desde la Segunda Guerra Mundial los tribunales constitucionales europeos están cumpliendo su función con un propósito ambicioso, y aunque no exento de críticas, puede decirse que el juicio de la doctrina e incluso del público profano es favorable a su existencia y actuación".<sup>26</sup>

#### IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

##### 1. Concepto

El ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto de normas en cuya cúspide se encuentra la Constitución, norma fundamental que no sólo determina las reglas procesales que deben regular la génesis de toda norma jurídica, sino que establece los límites materiales o de contenido a que deben atenerse las normas inferiores.

Por último, la Constitución de un Estado democrático establece la división y competencia de los poderes del Estado, así como las garantías y derechos de que gozan los ciudadanos. Del cabal cumplimiento de las disposiciones que en el sentido enunciado establece la constitución depende, en parte, la vigencia del Estado de Derecho. En consecuencia, el corolario final y decisivo de un orden jurídico democrático está dado por un efectivo control de constitucionalidad que imponga la hegemonía y supremacía constitucional.

La experiencia nacionalsocialista y fascista demostró que la ley puede convertirse en un supremo enemigo de la libertad. La tesis rousseauiana de la infalibilidad de legislador y de su perpetua e invariable orientación hacia el interés general fueron atrozmente desmentidas con los excesos a que llegaron los poderes legislativos alemán e italiano durante el período inmediatamente anterior al estallido de la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, el control de constitucionalidad de las leyes, ha pasado a

<sup>26</sup> SANCHEZ AGESTA, *Op. Cit.*, pp. 24-5.

formar parte imprescindible del inventario constitucional de los Estados de Derecho contemporáneos.

En consecuencia, una definición amplia de control de constitucionalidad de las leyes y que da cuenta de la variedad de modalidades a través de las cuales se ejerce, es aquella que por tal control entiende a los mecanismos o procedimientos que velan por que las normas legales respeten, en su génesis y contenido, las disposiciones constitucionales.

## 2. Clasificaciones

El control de constitucionalidad de las leyes puede ser clasificado en atención a la naturaleza institucional del órgano que lo ejerce; a la singularidad o pluralidad de los órganos habilitados para ejercerlo y al momento en que tal control se produce.

En el primer caso, la naturaleza del órgano que ejerce tal control permitirá distinguir entre el control político de constitucionalidad de las leyes y el control jurídico o sistema de justicia constitucional. De esta última categoría corresponde, a su vez, distinguir entre los sistemas de jurisdicción constitucional concentrados y los difusos, dependiendo de si la competencia para ejercer el control de constitucionalidad está radicada en un sólo tribunal, o en la totalidad de los jueces ordinarios respectivamente.

Por último, el momento en que se ejerce el control de constitucionalidad permite distinguir entre los controles a priori o preventivos, que se producen durante el proceso de tramitación de la ley impidiendo que los proyectos inconstitucionales nazcan a la vida del derecho; y los controles a posteriori o represivos, que permiten excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, o declararla inaplicable para el caso concreto, cuando se comprueba la incompatibilidad entre la ley en cuestión y la Constitución.

### 1. Control Político y Control Jurídico

#### a. Control Político

En este caso, el control de constitucionalidad lo ejerce un órgano político, ya sea el propio Parlamento, el Poder Ejecutivo o un Consejo de integración política constituido al efecto. Quienes optan por esta solución son, en términos generales, quienes rechazan la idea de que sean jueces instituidos al margen de la soberanía popular los que sirvan de freno y control de ésta.

El origen de la tradición del control político deviene del ideario

formar parte imprescindible del inventario constitucional de los Estados de Derecho contemporáneos.

En consecuencia, una definición amplia de control de constitucionalidad de las leyes y que da cuenta de la variedad de modalidades a través de las cuales se ejerce, es aquella que por tal control entiende a los mecanismos o procedimientos que velan por que las normas legales respeten, en su génesis y contenido, las disposiciones constitucionales.

## 2. Clasificaciones

El control de constitucionalidad de las leyes puede ser clasificado en atención a la naturaleza institucional del órgano que lo ejerce; a la singularidad o pluralidad de los órganos habilitados para ejercerlo y al momento en que tal control se produce.

En el primer caso, la naturaleza del órgano que ejerce tal control permitirá distinguir entre el control político de constitucionalidad de las leyes y el control jurídico o sistema de justicia constitucional. De esta última categoría corresponde, a su vez, distinguir entre los sistemas de jurisdicción constitucional concentrados y los difusos, dependiendo de si la competencia para ejercer el control de constitucionalidad está radicada en un sólo tribunal, o en la totalidad de los jueces ordinarios respectivamente.

Por último, el momento en que se ejerce el control de constitucionalidad permite distinguir entre los controles a priori o preventivos, que se producen durante el proceso de tramitación de la ley impidiendo que los proyectos inconstitucionales nazcan a la vida del derecho; y los controles a posteriori o represivos, que permiten excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, o declararla inaplicable para el caso concreto, cuando se comprueba la incompatibilidad entre la ley en cuestión y la Constitución.

### 1. Control Político y Control Jurídico

#### a. Control Político

En este caso, el control de constitucionalidad lo ejerce un órgano político, ya sea el propio Parlamento, el Poder Ejecutivo o un Consejo de integración política constituido al efecto. Quienes optan por esta solución son, en términos generales, quienes rechazan la idea de que sean jueces instituidos al margen de la soberanía popular los que sirvan de freno y control de ésta.

El origen de la tradición del control político deviene del ideario

revolucionario de 1789, según el cual, al partir de una interpretación estricta de la separación de los poderes, la asamblea legislativa constituía un poder omnímodo, cuyas funciones creadoras de derecho no podían ser suplantadas ni limitadas por ningún otro órgano o autoridad. La actitud asumida por los jueces en el "Ancien Regime", justificaba aun más las precauciones de los iuspublicistas franceses del siglo pasado frente a la relación entre los jueces y las normas legales. Es así como la labor interpretativa de los jueces fue prácticamente eliminada. La existencia misma de la codificación suponía la existencia de jueces obedientes y sumisos ante la ley. Desde esta perspectiva, según Almagro Nosete, la noción del juez como juez "secundum legem", carente de la facultad de juzgar la legitimidad de las normas legales, era imposible siquiera pensar en un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.<sup>27</sup>

En consecuencia, el único "control" posible era el político o autocontrol.

Los que postulan el control político señalan que, dada la importancia política que pueden tener las resoluciones que excluyan del ordenamiento jurídico aquellas normas legales consideradas inconstitucionales, tales resoluciones deben ser tomadas por quienes sean capaces de ponderar los efectos políticos que produce la supresión de una ley con alcance general.<sup>28</sup>

Sin embargo, parece claro que la ponderación política de la conveniencia de ejercer el control de constitucionalidad es, en definitiva, la negación misma de tal control. Esto supone la superposición de los criterios políticos por sobre los jurídicos, con lo que el verdadero sentido y alcance de la Constitución aparece vulnerable ante las decisiones de un órgano político que privilegia consideraciones de conveniencia por sobre la hermenéutica.

En la mayoría de los países que no contemplan mecanismos jurisdiccionales para hacer valer la supremacía constitucional, se ha entendido que el control de constitucionalidad lo ejerce el propio Parlamento.<sup>29</sup> Esta postura es tributaria de la exacerbación del principio de la división de

---

<sup>27</sup> JOSE ALMAGRO NOSETE, *JUSTICIA CONSTITUCIONAL*, Madrid, 1980, p. 7.

<sup>28</sup> BERTELSEN, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>29</sup> Un ejemplo de lo anterior es lo que ocurre en el Reino Unido. En la práctica, el rol de la Cámara de los Lores consiste en efectuar un control político-constitucional respecto de los proyectos que ya han sido aprobados por la Cámara de los Comunes.

los poderes que significa rechazar todo asomo de intervención de la judicatura en la actividad legislativa. De esta manera se confunden los órganos contralores con los controlados y la supremacía constitucional queda sujeta a la voluntad de las mayorías parlamentarias. De este modo, la Constitución deja de ser un límite para el Poder Legislativo.

La implantación implícita de este sistema, ha contado, en todos los casos con la tolerancia cómplice de los tribunales de justicia que se han abstenido de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.<sup>30</sup>

Karl Loewenstein ha sido claro en denunciar el contrasentido que significa el control de constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Legislativo. Sobre el particular, este autor señala que "el Parlamento que ha emitido una ley es el menos apropiado para convertirse en el defensor de la Constitución. Los consejos no son, generalmente, los guardianes más seguros de un jardín. No se puede esperar de la asamblea o de la mayoría de sus miembros que se corrija a sí misma. La propuesta de Sieyès sobre la Jurie Constitutionnelle, un cuerpo político, encontró su realización práctica en el Sénat Conservateur de Napoleón I, bajo la Constitución del año VIII. El Senado de la Constitución Imperial de Napoleón III de 1852 estaba montado a imagen del anterior. Pero en ambos regímenes eran gestos semánticos igualmente vacíos".<sup>31</sup> Este sistema de control político, o de franco descontrol más bien, es el que se ha aplicado en países como Suecia, Holanda, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza. En este último país, el art. 113 de la Constitución de 1874 obliga al Tribunal Federal a aplicar todas las leyes federales regularmente promulgadas, restringiéndose el control de constitucionalidad solamente a las leyes cantonales, con lo que es el Parlamento Federal quien ejerce una especie de autocontrol de constitucionalidad sobre sus actos legislativos.<sup>32</sup>

El control político es el que predominaba, también, en los estados socia-

<sup>30</sup> Al menos respecto de las inconstitucionalidades de forma, el caso de Chile hasta 1970 es un buen ejemplo de aquello, dada la reluctancia de los tribunales ordinarios a declararla.

En cuanto al fondo, el alcance limitado de los recursos de inaplicabilidad tampoco era suficiente resguardo para asegurar la conformidad sustantiva de la ley con la Constitución. En este sentido, ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, "El Tribunal Constitucional", en *REFORMA CONSTITUCIONAL 1970*, EDUARDO FREI ET AL., Ed. Jca. de Chile, Santiago, 1970, p. 205.

<sup>31</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, p. 317.

<sup>32</sup> FRANCISCO CUMPLIDO C. y HUMBERTO NOGUEIRA A., *TEORIA DE LA CONSTITUCION*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1986, p. 80. En el mismo sentido respecto a Suiza, KARL LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, p. 315.

listas del Este europeo, en los que la idea del Estado de Derecho es sustituida por el concepto de la "legalidad socialista". En estos países se reproduce, de alguna manera, la tesis de la suprema e irrestricta voluntad del Parlamento que preconizaba Rousseau.

Es así como el artículo 66 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1949, creaba una Comisión Constitucional formada por representantes de los diputados, del Tribunal Supremo y profesores de Derecho Público. Sólo los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo) estaban legitimados para requerir la opinión de la Comisión Constitucional. Esta opinión, con todo, era meramente consultiva, ya que el poder decisorio sobre esta materia se encontraba radicado en el pleno de la Cámara Popular. Como concluye Loewenstein, la parcialidad política y la dependencia de la Comisión Constitucional manifiestan la característica negación del principio de la separación de los poderes propia del sistema comunista.<sup>33</sup>

En las Constituciones de la Unión Soviética de 1977, y de Bulgaria, 1971, se establece que el control supremo del respeto a la Constitución (generalmente semántica) y las leyes corresponden a las asambleas populares. En el caso soviético, se entendió que esa tarea recaía en el Presidium. En Bulgaria, por su parte, se señala que tal función corresponde a la Asamblea Nacional, la que, según el artículo 85 de la Constitución Búlgara, "es el único órgano que puede decidir si la ley contradice la Constitución y si se han observado las condiciones exigidas para su publicación".<sup>34</sup>

Una segunda variante de control político está dado, al menos en teoría, por la acción del Presidente de la República. Al respecto, sin embargo, cabe señalar lo siguiente. En primer lugar, una adecuada separación de los poderes debiera impedir que el ejecutivo interviniese, durante la tramitación de la ley, o una vez aprobada, con el fin de hacer valer la Constitución por sobre la ley en cuestión. En el primer caso, la interferencia se produciría respecto de las funciones legislativas, y en el segundo, respecto de las judiciales.

Sin embargo, existen sistemas indirectos a través de los cuales el Ejecutivo puede intervenir al efecto. Un primer mecanismo, propio de los sis-

<sup>33</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, p. 318.

<sup>34</sup> ZARKO LUKSIC S. y CRISTIAN SOLER V., "El Tribunal Constitucional Español en la Constitución de 1978", memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Chile, 1984, p. 68, mimeografiado.

temas presidencialistas es el derecho a veto legislativo de que goza el Presidente. Si bien la ponderación de las razones que motivan el veto es un resorte exclusivo del Presidente, puede señalarse que la eventual inconstitucionalidad de la ley aprobada sería una razón que podría esgrimir públicamente el Primer Mandatario.

Por otro lado, en la totalidad de los sistemas en los que existe justicia constitucional, el Presidente de la República se encuentra legitimado para requerir un pronunciamiento de inconstitucionalidad por el tribunal respectivo. En consecuencia, al menos indirectamente, y a través del impulso procesal, el Presidente puede incidir en el control de constitucionalidad de las leyes.

En suma, el control político de la constitucionalidad de las leyes no parece sino ser un eufemismo que disfraza la falta de control. Toda actividad de un órgano contralor debe estar dotada de la necesaria independencia y sujeta, en su ejercicio, a parámetros objetivos que permitan distinguir aquello que está conforme al ordenamiento de aquello que no lo está. Ninguna de estos dos elementos, propios del sistema de justicia constitucional, existen en el llamado control político.

## b. Control jurídico

El control jurídico de la constitucionalidad de las leyes, o sistema de jurisdicción o justicia constitucional, es aquel en que la decisión obligatoria y definitiva respecto de la conformidad o disconformidad de un determinado precepto legal con la Constitución recae en un órgano judicial.

Al respecto, cabe una clasificación fundamental que distingue entre el control jurisdiccional efectuado por los tribunales ordinarios, y aquel ejercido por un Tribunal Constitucional especial o ad-hoc.

**Tribunales ordinarios.** Los tribunales ordinarios pueden, a su vez, ejercer el control de constitucionalidad de las leyes a través de su cúspide jerárquica, la Corte Suprema o Tribunal Supremo en forma exclusiva o, en forma dispersa, por medio de la totalidad de los jueces de instancia.

El caso norteamericano es el paradigma del sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En Estados Unidos todos los jueces están habilitados para ejercer tal control. Se ha argumentado que el control disperso por parte de la totalidad de los tribunales atenta contra la certeza del derecho, toda vez que la norma legal impugnada mantiene su vigencia general aun cuando haya sido declarada inconstitucional para el caso concreto. En los sistemas anglosajones, no obstante, el

sistema del *stare decisis* permite uniformar el criterio judicial a través de los precedentes establecidos por la Corte Suprema. Además, como es el caso de Estados Unidos, la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, resolución que tiene alcances generales.

El control de constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios de justicia presenta ventajas e inconvenientes.

Entre las primeras cabe consignar el efecto positivo que significa la inmediata vinculación de los jueces al texto constitucional. De momento en que los jueces están llamados a una permanente actividad contralora de la constitucionalidad de los preceptos legales, la Constitución se transforma en norma efectiva y directamente vinculante para todos los tribunales.

Con todo, varias son las desventajas de la revisión judicial que señala la doctrina.

Desde luego, hay quienes creen, como Loewenstein, que la revisión judicial es un aspecto de la función judicial que "sobrepasa ampliamente el campo legítimo de la acción de los tribunales que no debiera ser nada más que la ejecución de la decisión política tomada". Loewenstein concluye señalando que "el control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una cuestión política".<sup>35</sup>

Este tipo de argumento es propio de quienes ven en el control judicial una inaceptable invasión por parte de los tribunales en materias propias del Poder Legislativo. En consecuencia, la crítica enunciada, que si bien se formula de preferencia contra la revisión judicial, también alcanza a los tribunales constitucionales, tiene su origen en el afán de cautelar a cualquier precio la división de los poderes.

Un segundo argumento contrario al sistema del control de constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios dice relación con la supuesta falta de preparación de los jueces de instancia para conocer de causas en las que deben ponderarse las consecuencias político constitucionales que puedan derivarse de tales fallos. En este sentido, Cumplido y Nogueira hacen ver la inconveniencia que, según algunos, tendría un control de constitucionalidad realizado "por jueces ordinarios, ajenos a la resolución de cuestiones en las cuales existe una cierta dosis "política", ya que su preparación no es idónea para decisiones de ese tipo." De acuerdo a estos autores, lo anterior es corroborado por el hecho que en algunos ordenamientos, "incluso las materias de naturaleza administrativa se han abstraído del conocimiento de los tribunales ordinarios, estableciéndose jurisdicciones especiales formadas por

<sup>35</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 308-9.

personas dotadas de conocimientos técnicos apropiados a dichos sectores del derecho".<sup>36</sup>

Pese a las críticas anotadas, el sistema de la jurisdicción difusa, propia del judicial review norteamericano, ha tenido aplicaciones en distintos países. Es este el caso de Noruega; de Canadá, bajo la Constitución de 1867; de Australia, de acuerdo a la Constitución de 1900; de México, en la Constitución de 1917, y de Brasil, según la Constitución de 1946.

El caso argentino es similar al norteamericano, según el cual rige el sistema del stare decisis. Es así como la interpretación de las normas constitucionales efectuada por la Corte Suprema obliga a los órganos judiciales inferiores.<sup>37 38</sup>

**Tribunal Constitucional especial.** La reelaboración europea del sistema del judicial review norteamericano, encabezada por Hans Kelsen, se caracteriza por la institución de un tribunal constitucional autónomo e independiente del resto del Poder Judicial.

La existencia de un Tribunal Constitucional entre cuyas atribuciones se cuenta la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad de las leyes, es lo que caracteriza al sistema de jurisdicción concentrada.

El modelo del Tribunal Constitucional especial fue creado por Kelsen, y bajo su inspiración fue instaurado en 1926 en Austria, de acuerdo a la Constitución dictada 6 años antes. El Tribunal de Garantías Constitucionales en la España republicana, también siguió el modelo austríaco, aunque, como veremos, pecó de una excesiva politización en su composición y atribuciones.

Luego de la Segunda Guerra Mundial resurgieron con nuevos bríos los partidarios de la jurisdicción constitucional en Europa. Las constituciones de Italia, 1947; Alemania, 1949; y Francia, 1958,<sup>39</sup> constituyeron los modelos seguidos poste-

---

<sup>36</sup> CUMPLIDO y NOGUEIRA, *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>37</sup> IDEM, p. 81.

<sup>38</sup> El artículo 100 de la Constitución de la Nación Argentina señala que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación..." En consecuencia se percibe con claridad la vinculación inmediata de todos los jueces a la Constitución y las leyes, por lo que aquellos son competentes para declarar la incompatibilidad, en el caso concreto, de las normas legales de la Constitución.

<sup>39</sup> El carácter de tribunal constitucional del Consejo Constitucional Francés, queda definitivamente constituido luego de la reforma constitucional del 29 de octubre de 1974.

riormente por Chipre, 1960; Turquía, 1961; Yugoslavia, 1963; Grecia, 1973; Portugal, 1976, y España en 1978.<sup>40</sup>

Los Tribunales Constitucionales especiales también han surgido en América Latina. Cabe consignar al respecto el caso peruano, contemplado en la Constitución de 1979;<sup>41</sup> y el chileno, consagrado por la reforma constitucional de 1970, y repuesto, con sustanciales modificaciones, en la Constitución de 1980.

En todos los casos señalados, la naturaleza del Tribunal Constitucional especial corresponde a lo que los tratadistas de Alemania, Austria e Italia han calificado de órganos constitucionales. Según el profesor García Pelayo, los Tribunales Constitucionales de aquellos países "son simultáneamente órganos constitucionales y tribunales de justicia sui generis, siendo precisamente la articulación, o más bien, la interacción entre ambos términos lo que les otorga su nota peculiar y distintiva dentro de la estructura institucional del Estado y lo que determina su status dentro del orden constitucional".<sup>42</sup>

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas de jurisdicción difusa, en los que se reconoce a la totalidad de los jueces competencia para ejercer directa o indirectamente la jurisdicción constitucional, en el sistema de la justicia constitucional ejercida por un Tribunal Constitucional, la Constitución crea, configura y dota de atribuciones al órgano judicial de un modo directo y exclusivo. Es así como la composición del tribunal, las normas generales que regulan el estatuto de sus magistrados, las competencias que le son propias y el efecto de sus resoluciones están determinados en sus rasgos fundamentales por el propio texto fundamental.

Un necesario efecto del sistema de jurisdicción germano-austríaco de jurisdicción concentrada es el carácter general de sus sentencias definitivas. Así, mientras en el sistema norteamericano la jurisdicción constitucional que puedan ejercer los tribunales ordinarios queda siempre supeditada a lo que resuelvan los tribunales

---

40 LAUTARORIOS ALVAREZ, "La Justicia Constitucional en el Derecho Público Chileno", en *REVISTA DE LAS XX JORNADAS DE DERECHO PUBLICO* (26 y 27 de octubre de 1989), Valparaíso, 1990, p. 170.

41 El artículo 296 de la Constitución Política del Perú, de 1979, señala: "El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia." En cuanto al control normativo, el Tribunal peruano goza de amplias atribuciones. Es así como el artículo 298 señala que será competente para "declarar a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo".

42 MANUEL GARCIA PELAYO, "El "Status" del Tribunal Constitucional", en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, N° 1, Vol. I, enero-abril, 1981, p. 12.

de alzada, las sentencias del Tribunal Constitucional son de carácter obligatorio, general e inapelables.

Es precisamente este alcance general, abstracto e indeterminado de las sentencias del Tribunal lo que permitió a Kelsen considerarlo como parte del sistema legislativo propiamente tal, pero desde una perspectiva negativa. En efecto, así como el Parlamento incorpora al ordenamiento jurídico normas abstractas con carácter general, el Tribunal Constitucional, de un modo igualmente abstracto y general, las suprime del ordenamiento cuando estas son incompatibles con la Constitución.

**Sistema mixto: Control de constitucionalidad ejercido en forma compartida por la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales. El caso chileno.** Hemos señalado como el control de constitucionalidad de las leyes puede ser ejercido por los jueces ordinarios, o por un Tribunal Constitucional especialmente establecido al efecto. Esta clasificación es la que permite distinguir entre el "judicial review" norteamericano (jurisdicción difusa) y el sistema de jurisdicción concentrada de inspiración europea.

Sin embargo, es posible la coexistencia de ambos modos de control normativo. Ha sido este, por ejemplo, el caso chileno desde 1971 a 1973, y desde 1981 en adelante. Durante esos períodos, en Chile han coexistido un Tribunal Constitucional que ejercía el control normativo preventivo, con una Corte Suprema que lo efectuaba en forma represiva a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esta verdadera acción de inconstitucionalidad está establecida en el artículo 80 de la actual Constitución, y, con pequeñas variantes, estaba también regulada por el artículo 86, inciso segundo, de la Constitución de 1925.

Mediante este recurso, la Corte Suprema, cúspide de la judicatura ordinaria, puede declarar inaplicable para el caso particular, un precepto legal contrario a la Constitución. Aunque tal resolución carece de efectos generales,<sup>43</sup> constituye la primera manifestación concreta de control de constitucionalidad en el derecho público chileno.

La reforma constitucional de 1970 incorporó a la Constitución vigente a la época un Tribunal Constitucional que, para garantizar la supremacía constitucional, estaba llamado a resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que surgieran durante la tramitación de los proyectos de ley, en la aprobación de los tratados, respecto de los decretos con fuerza de ley y en la convocatoria a plebiscito.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Se concuerda así con lo señalado por el artículo tercero del Código Civil, según el cual las sentencias judiciales sólo tendrán efecto obligatorio respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

<sup>44</sup> SILVA, *Op. Cit.*, p. 247.

El control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional es preventivo, es decir, se ejerce antes de que la norma llegue a tener carácter de tal. Por su parte, el control de la Corte Suprema es represivo y de alcance particular. En ambos casos, las resoluciones son inapelables. Sin embargo, como señala Lautaro Ríos, dado que "ambos actúan en etapas distintas del proceso legislativo, no hay posibilidad de conflictos de competencia entre ellos; ya que el Tribunal Constitucional actúa -por así decirlo- antes del nacimiento de la ley; y la Corte Suprema opera después que ella ha entrado en vigencia".<sup>45</sup>

El sistema mixto que existe en Chile es producto de la renuencia del constituyente de 1980 para innovar respecto del recurso de inaplicabilidad de que conoce la Corte Suprema. Es así como el Tribunal Constitucional chileno se ha visto privado de todo control represivo de constitucionalidad, situación que no responde a la tradición de la justicia constitucional europea.

## 2. Control Preventivo y Represivo de Constitucionalidad.

El elemento que define uno u otro tipo de control es el momento en que éste se realiza. Dependiendo de si tal revisión se ejerce durante o después de la tramitación de la ley, es posible distinguir entre el control preventivo o represivo de constitucionalidad.

### a. Control Preventivo

El control preventivo de constitucionalidad es aquél que se ejerce antes de que un proyecto adquiera rango legal, y tiene por finalidad impedir que surja al mundo del derecho una norma legal incompatible con la Carta Fundamental.

Este sistema de control es propio del sistema de jurisdicción concentrada ejercida por un Tribunal Constitucional ad hoc. En efecto, no resulta imaginable que los tribunales de justicia ordinarios interfieran en el proceso legislativo haciendo ver las eventuales inconstitucionalidades de los proyectos. Tampoco se conocen experiencias en que tal control sea ejercido por la Corte Suprema.

Pese a ser un tipo de control propio de la jurisdicción concentrada, su aparición es relativamente tardía. La Constitución francesa de 1958 es la primera que establece este mecanismo respecto de las leyes orgánicas constitucionales y de los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> RÍOS, *Op. Cit.*, p. 176.

Con posterioridad, la ley orgánica N° 2/1979 del Tribunal Constitucional Español reconoció al Tribunal la facultad de controlar preventivamente la constitucionalidad de los tratados internacionales.<sup>47</sup> Asimismo, la reforma a la Constitución portuguesa de 1982 también reconoce facultades contraloras preventivas al Tribunal Constitucional de ese país.

La Constitución chilena de 1980 permite el ejercicio de un control previo de constitucionalidad desde una múltiple perspectiva. Por un lado, el artículo 82 N° 1 establece el control previo obligatorio respecto de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución. Por otro lado, el sistema chileno también reconoce la posibilidad del control preventivo facultativo o a petición de parte legitimada. Así, el N° 2 del mismo artículo establece que es atribución del Tribunal Constitucional, "resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

Igual atribución posee el Tribunal respecto de los decretos con fuerza de ley (art. 82 N° 3.).

#### b. Control represivo

El control represivo o a posteriori es el que se ejerce después que la ley ha entrado en vigencia. En este caso, el ente fiscalizador no interviene durante el proceso de generación de la ley, sino que realiza un juicio comparativo entre una norma legal ya vigente y la Constitución.

El control represivo de constitucionalidad es característico de los sistemas de justicia constitucional difusa encabezados por el "judicial review". En tales sistemas, los tribunales ordinarios revisan la compatibili-

<sup>46</sup> El artículo 61 de la Constitución francesa señala: "Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias, antes de su puesta en vigor, deben ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronuncia sobre su conformidad con la Constitución."

<sup>47</sup> El artículo 78 de la L.O.C.T.C. señala que: "El gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrá requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia o contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiese prestado aún el consentimiento del Estado". Esta norma de la ley orgánica reviste interés especial, ya que constituye una aplicación del artículo 161 letra d) del texto constitucional español que establece la posibilidad de ampliar la competencia del Tribunal a "las demás materias que le atribuyan la Constitución y las leyes orgánicas".

lidad entre la Constitución y la ley cada vez que tramitan un proceso en que deba aplicarse un precepto legal de dudosa constitucionalidad.

En los países en que el control de constitucionalidad es ejercido a través de un Tribunal Constitucional especial, salvo las excepciones anotadas, también prima el control de tipo represivo.

La tradición chilena ha sido reacia al establecimiento de un sistema general de control represivo de constitucionalidad de las leyes. La Reforma Constitucional de 1970 que creó por primera vez un Tribunal Constitucional en nuestro país no establecía mecanismos de control a posteriori.<sup>48</sup>

La potestad para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes ha estado en Chile, aunque con carácter particular e imperfecto, en las manos de la Corte Suprema. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad permite al pleno de la Corte Suprema declarar inaplicable para el caso concreto, un precepto legal inconstitucional.

Como es sabido, la resolución que declara inaplicable un precepto legal inconstitucional no afecta la validez de aquel, sin perjuicio de que pueda, a través del mismo recurso, solicitarse nuevamente su inaplicación respecto de otra gestión judicial.<sup>49</sup>

En teoría, y en derecho comparado, es posible distinguir tres momentos o

<sup>48</sup> El artículo 78 de la Constitución de 1925, reformada en 1970, establecía en sus letras a), b) y c) las atribuciones entregadas al Tribunal Constitucional para mantener la supremacía constitucional. Es así como el Tribunal que operó entre 1971 y 1973 tenía atribuciones para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que surjan durante la tramitación de los proyectos de ley, en el trámite de aprobación de los tratados, respecto de los decretos con fuerza de ley y respecto de las convocatorias a plebiscito.

Como puede apreciarse, no se advierte entre estas atribuciones la competencia para ejercer el control represivo de constitucionalidad de las leyes. Ver SILVA, *Op. Cit.*, p. 247.

<sup>49</sup> El texto del Proyecto de Nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado, presidido por el ex-Presidente Jorge Alessandri, proponía darle un efecto general a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto efectuada por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad.

Es así como se establecía en el inciso segundo del artículo 80 del proyecto que: "Si la Corte Suprema declare inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de dicha publicación, el precepto legal dejará de producir efectos, lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad".

La Junta de Gobierno, como es sabido, desechó esta proposición y mantuvo el efecto particular y concreto de la declaración de inconstitucionalidad. De esta manera, se reprodujo la doctrina inspirada en el artículo 3º inciso segundo del Código Civil, que señala que las "sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren."

situaciones en los cuales se puede ejercer el control represivo de constitucionalidad.

- En primer lugar, puede verificarse el control de constitucionalidad en cualquier momento durante la vigencia de la ley cuya constitucionalidad se debate. Este es el mecanismo general, recogido en la normativa española, alemana y austriaca.
- Puede, además, en resguardo de la seguridad jurídica, ejercerse este control sólo dentro de un período determinado después de la entrada en vigencia del precepto legal sobre el que recae una cuestión de constitucionalidad. Es éste el caso, por ejemplo, del recurso de inconstitucionalidad de las leyes en España.
- Por último, cabe ejercer este control por vía incidental. Esto es, a propósito de un proceso judicial ordinario en que sea aplicable la ley de dudosa constitucionalidad (caso italiano y chileno).

El control represivo de constitucionalidad, en las diversas variantes expuestas, es el tipo de control más empleado en el constitucionalismo europeo occidental.

Las páginas precedentes han tenido por objeto ilustrar el entorno filosófico e histórico que nutre e informa el surgimiento de la justicia constitucional. Asimismo, hemos pasado sucinta revista a las formas concretas que adopta el control de constitucionalidad de las leyes, núcleo del ámbito competencial de los tribunales constitucionales.

Los criterios expresados pretenden subrayar la importancia de la justicia constitucional en el diseño de un Estado de Derecho democrático. El debate sobre esta materia aún está pendiente en Chile. La generación de un Tribunal Constitucional para la democracia será parte de la agenda político institucional del futuro. Volver a las raíces de la justicia constitucional resulta, entonces, un ejercicio necesario para asegurar que el diseño de nuestro sistema constitucional respete su sentido fundamental y se aleje de las distorsiones que empañan su estructura actual.<sup>50</sup>

Mientras más condicionado sea el diseño de una institución por las circunstancias políticas, históricas e ideológicas que marcan su génesis, más difícil se hace su supervivencia y coherencia bajo un entorno distinto al que la vio nacer. Es

<sup>50</sup> La participación del Consejo de Seguridad Nacional en la elección de dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional; la primacía de los jueces ordinarios (marcadamente civilistas) en la composición del mismo, así como la existencia de funciones sancionatorias vinculadas a la aplicación del hoy derogado artículo 8º de la Constitución, suponen manifestaciones inéditas en derecho comparado y que sólo se explican a partir de la particular perspectiva política del constituyente de 1980.

requisito de eficacia y permanencia de las instituciones su legitimidad política y social, así como su adaptación y funcionalidad a las circunstancias vigentes.

Es la opinión del autor que lo anterior involucra un cuestionamiento al actual diseño del Tribunal Constitucional.<sup>51</sup> Es la voluntad del autor, la apertura de un debate serio, conceptual y técnico respecto a la justicia constitucional en Chile. Aportar a este debate es el objetivo de las páginas que aquí terminan.

---

<sup>51</sup> Esta es precisamente la tesis central que se fundamenta en el ya citado trabajo del autor "Justicia Constitucional: Análisis del Tribunal Constitucional Chileno y Español."