

José Luis Cea Egaña*

El control constitucional de los actos legislativos como avance y futuro del constitucionalismo

Introducción

El siglo XX fue, en Chile y el mundo, una época de grandes cambios en el Derecho Constitucional, aunque el constitucionalismo, que no es lo mismo, mantuvo inalterada su esencia humanista y de gobierno limitado. Hubo desajuste, en consecuencia, entre los principios con que debe ser entendida e implementada la Carta Fundamental, de una parte, y la articulación de esos principios en el texto positivo de ella, por otra.

En nuestra visión del asunto, la expuesta es una de las debilidades mayores de la incipiente cultura constitucional latinoamericana y, por ende, en cierta medida también de la cultura chilena en la materia. Ella es, lo anticipamos, una de las tesis a las que aludiremos en el presente ensayo.

Por otra parte, los cambios constitucionales del siglo XX hallaron su expresión máxima en la Parte Dogmática del Código Político. Efectivamente, en cien años fuimos experimentando una trayectoria de progresivo e incesante enriquecimiento de la Declaración de Derechos, transitando desde aquellos individuales o de la primera generación, a los derechos sociales o de la segunda generación, aproximándonos, sin penetrar todavía en ellos, a los derechos de los Pueblos o de la tercera generación, v. gr., a la protección del ambiente, o al acceso a la jurisdicción interamericana para sancionar la violación de derechos esenciales o, por último, el derecho a vivir en democracia con imperio del Derecho.

No podemos aseverar la existencia de un avance semejante, en el siglo XX, de la Parte Orgánica de nuestras Constituciones. Efectivamente, el impulso democratizador, entendido como la extensión de la ciudadanía más allá del sufragio censitario, la penalización del cohecho y la participación en partidos políticos, ocurrió a partir de la década de 1920 y no abrió paso a otras modalidades de la democracia semidirecta. Quedamos detenidos, consecuentemente, en lo que hemos denominado una democracia con exceso de representación y déficit de participación, desbalance agravado

* *Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile*

por la insuficiencia o ineficacia de los controles ciudadanos sobre sus mandatarios elegidos a través del sufragio universal.¹

Peor todavía, la hegemonía de los partidos se hizo patente en los grupos intermedios de la sociedad civil, instrumentalizándolos con pérdida de legitimidad ante la población afectada. La indiferencia, incluso la indolencia que se advierte, sobre todo en la juventud, ante la política, los asuntos públicos y la democracia, arranca, al menos en parte, del rechazo a esa instrumentalización de los grupos intermedios, unida a la desatención, por los gobernantes, de los problemas concretos que sufre la mayoría de la población en su acceso a las acciones de salud, seguridad humana, enseñanza, vivienda y otros derechos de los cuales tiene ya conciencia que es titular.²

El horizonte no es, sin embargo, nublado, menos aún amenazante. Ciertamente parece que los niveles de inoperancia y corrupción de los gobiernos democráticos en nuestra América son ostensibles, habiendo esos reparos derivado en la sorprendente e incómoda constatación que, amplios sectores de la ciudadanía, sienten respeto por la obra de los regímenes militares, pese a sus rasgos de dictaduras.³ Pero junto con reconocer ese hecho, es igualmente cierto que hemos progresado en hacer más verdadero el disfrute de las promesas de la Parte Orgánica en beneficio de la mayoría de la población. En tal sentido está empíricamente demostrado que el nivel de vida de los más diversos estratos hoy es superior, con rasgos ostensibles, a los que predominaban dos o tres décadas atrás.

En el horizonte constitucional que vamos perfilando con espacios también luminosos, como hemos visto, ubicamos las áreas de integración creciente entre la Parte Dogmática y la Orgánica del Código Político, haciendo que la Constitución deje de ser declamativa y se vaya convirtiendo en más viva, o sea, más práctica y efectiva para muchedumbres que la ignoraban o, en situaciones algo mejores, sabían de sus promesas pero no tenían acceso a los medios, más que nada jurisdiccionales, para llevarlas del texto a la realidad. Una serie de fenómenos pueden ser localizados en este sector de los cambios constitucionales.

Efectivamente, cerramos un siglo y comenzamos otro, que es el principio de un nuevo milenio, con la constitucionalización del Derecho, derivada de hacer cumplir la supremacía, a través de la fiscalización, principalmente, de la labor legislativa.

Análogamente digno de mención es la extensión del concepto de Constitución, llevándola más allá -o si se prefiere, haciéndola regir también más acá- del mundo sólo político o del Poder estrictamente concebido. Hoy, en verdad, si la Carta Fundamen-

1 El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica (Santiago, Imprenta Alfabet, 1999) pp. 194-195.

2 Encuesta "Latinbarómetro" practicada en diecisiete países de América Latina, una síntesis de la cual aparece en los diarios "El Mercurio" de Santiago y "La Tercera" del 3 de agosto de 2001. En dichas fuentes se lee que el apoyo a la democracia en nuestra América corre desde el 79% de la ciudadanía en Uruguay, pasando por el 45% en Chile hasta descender al 30% y 25%, respectivamente en Brasil y El Salvador.

3 En las fuentes citadas en la nota anterior, el 50% de los dieciocho mil entrevistados en abril-mayo de 2001 sostuvo que no le importaría que los militares llegaran al Poder, frente al 44% que sí le importaría.

tal tiene más vida y fortaleza, lo es porque va siendo más vivida y aplicada, día a día, por los gobernantes sin exclusión. Ello se debe a que en su letra, contexto y espíritu hallamos formuladas una Constitución Social, unida o integrada con otra Constitución Económica, ambas conyugadas, de manera coherente, con la idea tradicional de la Constitución Política. Consiguientemente, la Ley Suprema ha dejado de ser sólo un instrumento de gobierno, útil e interesante nada más que para los órganos políticos, pero lejana, inentendible o ajena para la gente.

Esa **Constitución Plena**, como la hemos llamado,⁴ se armoniza con el rasgo capital de la constitucionalización del Derecho ya aquí también realizado. Imperativo nos parece agregar que el fruto de esa confluencia de los dos cambios explicados tiene que ser la mayor gobernabilidad de la sociedad democrática, merced al reconocimiento de la legitimidad de las decisiones públicas, respetuosas de la dignidad de la persona y de sus derechos esenciales.

Un cuarto fenómeno que demuestra la integración, y creciente cohesión de las dos Partes de la Carta Fundamental, haciendo de ella un sistema, se refiere a la fuerza vinculante propia que tienen sus principios y disposiciones, los cuales obligan a ser respetados y cumplidos con vigor directo e inmediato. La antigua fórmula según la cual las normas constitucionales rigen *in actum* halla aquí, por consiguiente, una aplicación inequívoca.

Deseamos, en las páginas que siguen, detenernos nada más que en un aspecto o faceta de los progresos constitucionales del siglo XX, del cual depende, en medida considerable, el futuro de nuestro constitucionalismo, esto es, su creciente nivel de concreción en la práctica cotidiana. Nos referimos al control de regularidad constitucional de los actos legislativos. El tema ha adquirido singular transcendencia, pues se debate en el Congreso Nacional la reforma que conduciría a centralizar, en el Tribunal Constitucional, ese control tanto en su vertiente *ex ante* o preventiva, como es su expresión *ex post* o ulterior, mal llamada “represiva”.

I. Agenda pendiente

Nuestro tema es, además de relevante, complejo, de gran amplitud y actualidad. Será necesario, por consiguiente, abordarlo en términos de una visión general en punto a los rasgos de los sistemas principales en el rubro, buscando desprender de esas características sus consecuencias, de largo tiempo, para la democracia constitucional.

Procede puntualizar el ánimo con que examinaremos el asunto.

Nuestra idea principal, denotativa de la intención de la exposición, es que se entienda bien que el examen evaluativo de la regularidad constitucional de los actos legislati-

4 Tratado de Derecho Constitucional (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988) pp. 3 ss.

vos, o **preceptos legales** como los denominamos en Chile, tiene trascendencia sólo si se reconoce, antes o a la vez, que la Constitución es importante en nuestra convivencia cuando tiene vigencia práctica en su Declaración de Derechos y Garantías. Esto supone crear y consolidar una conciencia, después arraigar una cultura y, finalmente, respetar una tradición constitucional que aún no existe o, en todo caso, que es insuficiente en América Latina.

Dejamos planteada esa primera inquietud y la preocupación por indagar en las causas y soluciones de tal problema. Pero rechazamos, desde luego, las tres tesis siguientes: la de quienes todavía afirman que las Constituciones son meras declaraciones de normatividad positiva; la de aquellos que dudan de la ontología y relevancia jurídica propia de las Cartas Fundamentales, desconociéndoles vigor normativo directo e inmediato; y por último, la tesis de los que se sitúan en el extremo opuesto, queremos decir en la afirmación *a priori*, cuasi mágica, de la imperatividad normativa de la literalidad de los Códigos Políticos, manifestándose, en consecuencia, siempre dispuestos a los cambios de su texto.

Desarrollaremos sólo algunas ideas. Primeramente, las puntualizaciones que sirven para situar el tema en el tiempo presente y con proyección futura. Luego trataremos los rasgos matrices de los tres sistemas principales de control que nos ocupan. Finalmente, desprenderemos ciertas conclusiones y trazaremos algunas perspectivas, preocupados por los desafíos que tenemos para consolidar la supremacía de la Constitución al servicio del humanismo.

II. Supuestos y precisiones

Manifestamos, con vigor propio de un académico convencido, que no existe, real o verdaderamente, Constitución ni Derecho Constitucional sin que, a la vez, funcionen regímenes eficaces de control de su supremacía, sustantiva y procesal o formalmente concebida. Tales regímenes son, principalmente, los dos siguientes: Uno, el conjunto coherente de garantías, acciones o recursos deducibles por los gobernados para defender su dignidad y derechos inalienables frente al Estado o a terceros, sean éstos grupos o individuos; el otro, la jurisdicción constitucional ejercitable para verificar la regularidad, en la doble vertiente recién mencionada, de los actos de los órganos estatales en general y, sobre todo, de los pronunciamientos legislativos en su más vasto sentido,⁵ comenzando por la ley.

Pues bien, nos preguntamos si se cumple el supuesto del control, con los rasgos enunciados, en nuestros países. Más todavía: ¿por qué, como creemos, no se cumple ese supuesto? Una vez más con las interrogantes planteadas deseamos llevar la atención a la realidad de nuestro constitucionalismo. Lo hacemos porque mientras se mantenga

5 La amplia gama de tales pronunciamientos queda de manifiesto en Elviro Aranda Alvarez: *Los Actos Parlamentarios No Normativos y su Control Jurisdiccional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

dominante la tendencia, tan nuestra, de satisfacernos con las formas y no sacrificarnos por vivir el espíritu del constitucionalismo, no habremos institucionalizado el régimen de control anhelado.

Pero deseamos continuar explicando el asunto.

Decimos entonces que tales garantías y controles configuran, cuando sirven verdaderamente su objetivo, la culminación del Estado de Derecho. Este, definido sucintamente, es la situación de la comunidad nacional singularizada por el imperio del Derecho justo y que se hace respetar, con transparencia y sin discriminación ni impunidad, para gobernantes y gobernados. Una vez más nos preguntamos si en nuestros países existe, y si se vive, ese concepto de Estado de Derecho y, lo que es más relevante, si es sociológicamente real la vigencia del mismo.

Agregamos que en el Estado de Derecho de nuestra época, no necesariamente el que existe en América Latina, el control se ha vuelto más complejo, porque nuevos órganos de jerarquía constitucional sirven funciones inéditas de ese rango, dejando obsoleta la teoría clásica de división de Poderes públicos.⁶ En cambio, se ha revitalizado, como un correctivo de esa obsolescencia, la teoría anglosajona de los frenos y contrapesos entre ellos.⁷ Situados en esta nueva perspectiva, pensamos que el legislador y su obra, o sea, la ley, es el órgano, la función y el resultado que han sido más significativamente alteradas y restringidas por los nuevos sistemas de control de supremacía.

Damos un paso adelante y paramos a referirnos al segundo supuesto. Él trata de la idea o concepto actual de Constitución y del Derecho Constitucional.

Efectivamente, es necesario reconocer que esos términos van adquiriendo un significado diferente del tradicional, denotativo de un régimen jurídico superior a la simple legalidad externa o de Derecho positivo. Por diversas razones, principalmente vinculadas a lo ocurrido en nuestros países con el atropello impune de ciertos derechos humanos, lo irrefutable es que, en las dos últimas décadas, hemos ido, paulatina y no siempre irreversible y lúcidamente, coincidiendo en el avance hacia la idea de una Carta Fundamental de sustancia garantizadora del humanismo.

Se trata de un Código Político al que se le atribuye, como idea matriz, su Parte Dogmática; que debe ser cada día más categóricamente expresivo de la idea de respeto y protección de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona; abierto a todos con igualdad de oportunidades y fácil acceso; con rápida resolución judicial para defender los derechos y libertades; y que sitúa al instrumento de Gobierno o Parte Orgánica en la posición instrumental, subordinada o de servicio al cumplimiento de la Parte Dogmática.

6 Révise la síntesis lúcida de Nicola Matteucci para la voz *constitucionalismo*, incluida en Norberto Bobbio *et al.*: *1 Diccionario de Política* (México DF, Siglo Veintiuno Editores, 1997) pp. 338-339.

7 José Luis Cea Egaña: *Teoría del Gobierno* (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 55-55.

De nuevo nos asalta la interrogante: ¿fue y es en nuestra América la Parte Dogmática lo esencial de la Constitución o ella, en la realidad, nunca tuvo, o, si lo alcanzó alguna vez, perdió ese lugar?

III. Constitución y constitucionalismo

Deseamos ser claros y hablar con franqueza, lo cual no significa ser pesimista: Estimamos que nos hallamos lejos de haber logrado una conciencia, cultura y tradición institucional, generalizada y consolidada, en el respeto y compromiso con el cumplimiento de cuanto implica esa **Constitución de Valores**, como escribió Baldassarre.⁸ Pero ello no significa que la actitud sea perder la fe en la Constitución, o resignarnos a ser Pueblos fracasados en el empeño por vivir la democracia constitucional. Lejos de eso, lo expuesto quiere decir que debemos redoblar los esfuerzos y no proclamar que estamos equivocados en nuestro objetivo.

Las Constituciones hoy son, uniforme y universalmente, entendidas como declarativas de valores. Es decir, ellas reconocen los bienes jurídico-políticos que representan el ideal de un Derecho superior a la legalidad vigente, mejor que ésta y trascendente a ella.

Las Constituciones son formulaciones de metaprincipios y metanormas que, por supuesto, no pueden quedar en proclamaciones inútiles y que culminan en procesos desacreditantes de los textos jurídico-políticos, pese a la legitimidad sustantiva que tengan. A raíz de ello, precisamente, se hace indispensable el control de la regularidad o supremacía constitucional y el acceso a la justicia, común o constitucional, para tutelar la dignidad y los derechos humanos. Tal control y acceso se predicán con referencia a la supremacía, pero los sujetos y objetivos de uno y otro son diferentes, aunque complementarios.

Esta nueva idea de Constitución significa, entre otros, los siguientes procesos hoy en curso. Desde luego, la constitucionalización del sistema jurídico completo de cada país.⁹ En seguida, la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, con los principios y normas del Código Político, de las leyes y de los tratados ligados a la Carta Fundamental, como parámetro para efectuar el control de regularidad de la ley.¹⁰ En tercer lugar, implica la comprensión, interpretación y aplicación del Código Supremo con criterios, técnicas y objetivos que no siempre coinciden con el método clásico de la hermenéutica jurídica.¹¹

8 Antonio Baldassarre: "Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado" en Francesc Pau i Vall (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 189-55.

9 Louis Favoreu: «La Constitutionnalisation du Droit», en Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux (editores): *La Constitutionnalisation des Branches du Droit* (Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1998) pp. 181-55.; José Luis Cea Egaña: «La Constitucionalización del Derecho», *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* N°59 (1996) pp. 11-55.

10 Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El Bloque de la Constitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1991).

11 Véase del autor «Premisas y Promesas de la Interpretación Constitucional en Chile» *Actas de las XXX Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 2000) pp. 203-55.

Por último, esa idea novedosa lleva a reconocer la certeza más que la simple admisión, o la aceptación renuente, que la Constitución posee fuerza normativa propia, la cual es superior a la de las leyes; que esa energía jurídica se manifiesta con carácter directo o inmediato, de manera que no está subordinada a lo que disponga la ley, ni suspendida, latente o virtual mientras no se lleven, por los preceptos legales, sus principios y preceptos a la práctica; en fin, que el vigor preceptivo directo del Código Político tiene, como secuela de lo anterior, una según la cual todos los órganos, grupos e individuos del Estado Nación deben atenerse a lo ordenado en el Código Político, respetándolo y promoviéndolo siempre.¹²

¿Qué fluye de las premisas expuestas?

Pues que la Constitución, como idea y realización en donde así ha ocurrido, no es una serie de enunciados declamativos ni de cláusulas programáticas, sino que un sistema de principios y normas jurídicas vinculantes y auto operativas. Además, que con ellas y la normatividad que la complementa debe efectuarse el control de constitucionalidad de los actos legislativos. En fin, que el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión del legislador deriva de la energía vinculante de la Constitución.¹³ No pueden admitirse ya, por ende, las añejas afirmaciones sobre sus principios incumplidos o cláusulas programáticas.

Fluye también de lo explicado el imperativo de respetar la esencia de los derechos de la persona, más que al enunciado del texto positivo que los declara o proclama.

Fluye, asimismo, la internacionalización del Derecho Constitucional, incluyendo el acceso a órganos jurisdiccionales supra o internacionales, con cualidad de coadyuvantes o complementarios de los órganos nacionales para la defensa de los derechos humanos.

Despréndese de idéntica premisa, en fin, que la Parte Orgánica no tiene justificación en sí misma, pues la legitimidad que posee o llegue a lograr el Instrumento de Gobierno es una variable, siempre dependiente, del respeto y promoción que los órganos estatales comprueben con respecto a todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En síntesis, el Derecho Constitucional y la idea de Constitución de nuestro tiempo han experimentado numerosas y profundas innovaciones. El siglo XX fue, situado en esta perspectiva, un período rico en progreso constitucional. Pues bien, algunas de esas innovaciones se hallan en el enunciado precedentemente hecho en esta ponencia. Pero estimamos que la clave, matriz y valor común para comprender todas esas innovaciones yace, precisamente, en infundir realidad al plexo de valores que se conden-

12 Germán J. Bidart Campos: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* (Buenos Aires, EDIAR, 1995); Miguel Angel Fernández González: «La Fuerza Normativa de la Constitución» (Ponencia presentada en las XXXI jornadas Chilenas de Derecho Público Universidad de Chile 2000, en prensa).

san en el espíritu y la finalidad, el contexto y el texto de toda Constitución legítima. Es la brecha entre el ideal y su materialización; entre el espíritu y la letra del Código Político; entre las declaraciones y los hechos, la que me preocupa superar, alguna vez pero ojalá pronto, en nuestra América. En la consecución de este objetivo, manifestamos la convicción que nada es más práctico y legítimo que hacer obra generosa, constitucional y legal, entendida, en el establecimiento de acciones y recursos jurisdiccionales con los cuales los gobernados puedan defender sus derechos fundamentales, incluso de cara a los gobernantes.

IV. Génesis del control de regularidad o supremacía

He aquí el punto de partida para el estudio del segundo de los tópicos que consideraré en esta exposición.

Comienzo su análisis recordando el control como núcleo, elemento y finalidad irremplazables en la Teoría de la Separación de Poderes que Montesquieu bosquejó en 1748.

Esa idea central era, sin embargo, poco operativa, pues suponía que órganos diversos y obrando con resguardos procesales o de procedimiento, surtirían el efecto de hacer respetar la libertad individual que se reclamaba. Ya he advertido, empero, que el complemento de esa Teoría, es decir, la exigencia de los frenos y contrapesos entre las instituciones constitucionales, elaborada por J. Madison, A. Hamilton y W. Jay en 1789-1790, fue la que infundió carácter práctico a la simple División de Poderes. Sin el aporte del constitucionalismo norteamericano es claro que el artículo 16º de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, se iba a mantener, por largo tiempo, en el nivel de un exasperante postulado doctrinario.

Una y otra expresión teórica asumen o suponen un cúmulo de requisitos para operar, como es debido, en la realidad política y constitucional. Tal es la suma de técnicas del constitucionalismo,¹⁴ de las cuales realzo aquí el pluralismo en la Sociedad Civil y la autonomía de esta Sociedad frente al Estado-Gobierno.

Fue en 1803, en el Caso *Marbury vs. Madison*,¹⁵ que la Corte Suprema federal de los Estados Unidos de América introdujo un cambio sustancial: reafirmar la supremacía de la Constitución frente a la ley, reputando inconstitucional aquella que vulnerara a la Carta Fundamental y, para ese designio, implantar la revisión judicial de la ley para comprobar que se ajustaba al Código Político. En la mente del *Chief Justice* John Marshall, lo recordado quería decir que la Constitución era un código de Derecho

13 Un panorama completo y ponderado en el tópico se halla en José Julio Fernández Rodríguez: *La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General, Derecho Comparado y Caso Español* (Madrid, Ed. Civitas, 1998).

14 Véase Norberto Bobbio: *El Futuro de la Democracia* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996) pp. 40-55.

15 1 Cranch 137.

superior a y mejor que la ley; que era la Suprema Ley del territorio o del país, a la cual estaban sometidos todos los actos legislativos; que, como tal, ella era el paradigma, o sea, la idea o, mejor aún, el ideal de Derecho, y también después el parámetro con el cual comparar la legalidad para reputarla o no legítima.¹⁶

Por otra parte, en Europa occidental, hasta 1920 nadie en la Judicatura ni el Parlamento había puesto en duda la soberanía del legislador y la supremacía de la ley.¹⁷ El Parlamento era, siguiendo la tradición inglesa, soberano y se hallaba, como tal, más allá del control de sus actos. Siendo el representante de la Nación o del Pueblo, era el soberano quien obraba a través del Parlamento, como si fuera por sí mismo, presumiéndosele infalible.

En 1920, como he dicho, y reafirmado en 1929, se introdujo en la Constitución de Austria, a instancias principalmente de Hans Kelsen, el control de regularidad de la ley. Pero era un control con dos rasgos capitales exclusivos, en virtud de los cuales resultaba necesario diferenciarlo del modelo norteamericano. El primero de tales rasgos se hallaba en el control, ejercido por una Magistratura especial, ajena al Poder Judicial, llamada **Tribunal Constitucional**. El segundo de esos rasgos consistía en que esta Magistratura obraba como **legislador negativo**, o sea, eliminando de la ley los preceptos considerados inconstitucionales.¹⁸

Sólo desde mediados del siglo XX los países de Europa occidental comenzaron a enriquecer sus Constituciones con la fórmula austríaca, aunque incorporándole modificaciones. Sin embargo, más que ese proceso interesa realzar que las nuevas Constituciones de Italia, Alemania y Francia implantaron la reforma con una idea nueva y sustancial. ¿Por qué? Debido a que el Tribunal Constitucional no puede ser sólo un legislador negativo, un árbitro entre los órganos colegisladores en conflicto, una Magistratura constitucional competente nada más que para custodiar la supremacía orgánica del Código Político, sobre la base de suprimir normas en gestación calificadas de inconstitucionales. En efecto, los Tribunales aludidos pasaron, además y desde entonces, a tutelar el respeto de la Parte Dogmática, obrando como contralores del legislador en relación con **la protección y promoción de la dignidad y los derechos humanos**.¹⁹

Puede ser sintetizado ese cambio radical aseverando que, en virtud de él, se pasó, lentamente es cierto, de una justicia constitucional únicamente política, a una justicia

16 Georges Burdeau es el autor de esta hermosa idea, densa y a veces difícil de entender y operacionalizar, pero siempre útil para distinguir el Derecho como formulación normativa en textos escritos, por un lado, del Derecho en cuanto expresión de la justicia y los valores consecuentes a la realización de aquella, de otro. Consúltese, del autor citado, I **Tratado de la Ciencia Política** V.2 (México D.F., UNAM, 1980) pp. 67 55.

17 Enrique Álvarez Conde y Enrique Arnaldo Alcubilla: «Autonomía Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional», en Francesc Pau i Vall, op. cit., pp. 41 55.

18 Hans Kelsen: (1931) **¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?** (Madrid, Ed. Tecnos, 1995); del mismo autor: (1931) **Teoría General del Estado** (México D.F., Editora Nacional, 1965) pp. 370 55.
Cf. Karl Schmitt: (1929) **La Defensa de la Constitución** (Madrid, Ed. Tecnos, 1983).

19 Baldassarre, op. cit., pp. 190 55.

constitucional más que nada humanista. En ambos campos y pese a la oposición de los “jacobinos” o partidarios de la soberanía parlamentaria irrestricta, la **doctrina de los *acta interna corporis***, diseñada por los juristas alemanes hacia 1850, quedaba desestimada.²⁰

La Declaración Universal de 1948 y los Tratados sobre Derechos Humanos consolidaron esa tendencia. El Tratado de Amsterdam o de la Unión Europea marca otro momento culminante.²¹ En fin, el Tratado de Roma de 1998, constitutivo de la Corte Penal Internacional, se erige en cima de este proceso, anhelando, por mi parte, que pronto alcance el quórum de ratificación que le otorgue vigencia.

Quedan así las Constituciones situadas en su posición, nueva y dominante. Son, como había anhelado Herman Heller, Constituciones que van adquiriendo la cualidad de vivas por ser vividas en su Parte Dogmática, con garantías y control judicial del respeto, no sólo por el legislador, de sus principios y normas.²²

De la Soberanía de la Ley se ha llegado a la Supremacía de la Constitución. Desde la legalización del ordenamiento jurídico se ha avanzado a la Constitucionalización del Derecho. De la Constitución como enunciado programático de reglas positivas se transita a la Constitución en cuanto expresión de valores, con fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador.

V. Sistemas de control de regularidad constitucional

En el marco de consideraciones expuestas cabe ahora sistematizar un tópico que es complejo y variadísimo. Por ejemplo, se ha demostrado que no hay dos Tribunales Constitucionales en el mundo que tengan la misma composición;²³ tampoco existe unidad en el régimen aplicable para que la designación de sus ministros sea idéntica; en definitiva, no existe un ideal, frío y objetivo, de universal y severa aplicación, pues siempre resulta decisiva la impronta cultural de cada Estado-Nación, huella que es imborrable e irreplicable. Algo semejante puede ser dicho a propósito de la competencia y el procedimiento de dichas Magistraturas.

Existen, sin embargo, ciertas tendencias o uniformidades que pueden ser agrupadas para su comprensión y evaluación mejor. Tal vez, podríamos llamarlas **constantes constitucionales** en el rubro. Por eso, permítasenos analizar el asunto refiriéndolo nada más que a los principales sistemas vigentes en la materia.

20 Luis López Guerra: “El Control del Derecho Parlamentario”, de Juan Carlos da Silva Ochoa (coordinador): *Las Fuentes del Derecho Parlamentario* (Vitoria, Parlamento Vasco, 1996) pp. 283-55.

21 Véase R. Blanpain (editor): *Institutional Changes and European Social Policies After the Treaty of Amsterdam* (The Hague, Kluwer Law International, 1998).

22 (1934) *Teoría del Estado* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968) pp. 270-271.

23 Véase Francisco Fernández Segado: “El Procedimiento de Elección de Los Magistrados Constitucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* N° 77 (1993) pp. 145-55.

En síntesis y esencialmente, esos sistemas pueden ser agrupados en las tres categorías siguientes: el Régimen norteamericano, el régimen europeo y el régimen mixto.

1. Régimen Norteamericano

Reducido a su núcleo sustancial, en él hallamos los rasgos característicos que se enuncian a continuación:²⁴

- Control difuso, aunque la Corte Suprema federal pone orden mediante el *stare decisis* o precedente rigurosamente respetado por ella misma y todas las magistraturas inferiores.
- Tal control se extiende a la inconstitucionalidad de fondo y de forma.
- Él es aplicable únicamente a los actos legislativos ya dictados y en vigor, excluyéndose el control preventivo o *ex ante*, llamado también control *a priori*.
- Eminentemente casuístico y concreto, no general ni abstracto, ese control exige que la comparación se efectúe entre la Constitución y una ley específica en relación con un problema judicial pendiente, de lo cual se sigue que no se trata, solamente, de un examen de Derecho estricto.
- Ejercido con sujeción al procedimiento común y no a reglas especiales, tal control se percibe como competencia de todo órgano judicial estatal en cuanto guardián de la Constitución.
- Por otra parte, las acciones que dinamizan el control son deducibles, exclusivamente, por las partes en un litigio, de manera que la sentencia que se dicta resuelve sólo un proceso concreto, limitación que se supera por el valor de los precedentes, ya aludidos.
- El efecto de la sentencia es *ex nunc* o para el futuro, exclusivamente, excluyéndose el efecto retroactivo.

Finalmente, ese efecto se halla circunscrito al precepto legal tachado, o a una parte de él con autonomía conceptual, de modo que no es susceptible de extensión a disposiciones legales conexas o complementarias de aquél.

²⁴ La literatura en el tema es abundantísima. Por eso, me limito aquí a citar dos fuentes cuya concisión, claridad y cierta novedad merece destacarlas. Ellas son Louis Favoreu: *Los Tribunales Constitucionales* (Barcelona, Ed. Ariel, 1994); y Francisco Fernández Segado: "Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad", en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 1997) pp. 45-55.

2. Régimen Europeo

Las características principales de ese régimen son las que enuncio en los párrafos siguientes:²⁵

- Existe control concentrado en una magistratura especial, generalmente llamada **Tribunal Constitucional**, o bien, en una sala de la Corte o Tribunal Supremo.
- Dicho control abarca tanto los aspectos formales como sustantivos de la supremacía.
- Él es aplicable, principalmente, a los proyectos de ley o de tratados internacionales en trámite parlamentario de aprobación. Excepcionalmente, quedan dentro de la revisión judicial los decretos supremos u otros actos estatales subconstitucionales e infralegales.
- Eminentemente abstracto, ese control se despliega en el sentido de confrontar el texto y contexto de la Constitución con los de la ley, prescindiendo de los sujetos involucrados y de los hechos que configuran el caso concreto, de manera que en su exterioridad, al menos, es de índole jurídico-positiva y nunca de naturaleza y significado político.
- El control es ejercido con sujeción a un procedimiento especial, breve o sumario, lo cual no significa que el pronunciamiento respectivo sea rápido, rasgo que suscita, sin embargo, duda acerca de si se trata o no de un proceso.
- Es deducible sólo por los órganos constitucionales habilitados, mediante requerimiento, o por imperativo de la propia Constitución, v.gr., tratándose de los proyectos de leyes orgánicas o, más recientemente, por acción pública de los afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales, o sea, la usualmente llamada **acción de amparo o de protección**.

Finalmente, la resolución que decide el asunto tiene efecto *erga omnes* o general, pero circunscrito en su alcance nada más que al o los preceptos legales tachados como contrarios al Código Político.

3. Régimen Mixto

Se ha ido convirtiendo en la norma común o general en la materia, probablemente como secuela de la evaluación de las experiencias resultantes de los dos regímenes anteriores. Consiguientemente, es también la modalidad más reciente pero, por su rasgo mixto, la más proclive a la ausencia de una idea estructurante que le infunda

25 A las obras ya citadas cabe agregar Alvaro Rodríguez Berejijo: "La Justicia Constitucional en los Sistemas Políticos Contemporáneos", III *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (1999) pp. 13 55.

sistematicidad. Las características principales del régimen mixto aparecen resumidas en los párrafos siguientes:²⁶

- Trátase de un control menos concentrado y, por lo mismo, más difuso, rasgo que se explica por la necesidad de aplicar, todos los órganos públicos, sin excepción, la Constitución de manera inmediata y preferente.
- El control es de forma y fondo, a raíz de haberse rechazado la doctrina de los *acta interna corporis*.
- Abarca la revisión judicial de los actos legislativos en su acepción genérica y más amplia, incluyendo las leyes en sus diversas categorías, los tratados internacionales solemnes, pero también los acuerdos o medidas simplificadas cuando regulan materias propias del dominio legal.
- Es un control abstracto y no concreto, en el sentido ya explicado.
- Se ejerce con sujeción al procedimiento civil común, pero existen legislaciones que lo regulan con sujeción a procedimientos especiales, más simplificadas según cuál sea el órgano que lo lleva a la práctica.
- La acción para activar el control es deducible por órganos estatales, por el ministerio de la Constitución o a raíz de accionar los particulares afectados.
- Tiene efecto *ex nunc* y, excepcionalmente, también *ex tunc*.
- En su alcance se extiende a principios y normas conexas o complementarias de los preceptos legales tachados como inconstitucionales.

VI. Elementos para una evaluación

Con el propósito de completar la visión trazada, deseamos referirnos a ciertas uniformidades o rasgos constantes de los tres regímenes descritos y a los desafíos que tenemos para consolidar, en América Latina, un control de regularidad constitucional que sea efectivo y eficaz.

Comenzamos insistiendo en la gran diversidad de rasgos que identifica a cada uno de esos regímenes. A las características ya resumidas, y que así lo demuestran, se pueden agregar muchos más, sobre todo en relación con la competencia de los Tribunales Constitucionales. Por eso, afirmamos que no hay en el rubro un sistema que sea el mejor, en sí, pues esta cualidad depende de las circunstancias, trayectorias y otras condiciones propias de cada Estado Nación.

Por otra parte, es cierto que el control tiene que ser ejercido con independencia y atenidos, más que nadie los jueces, a la nueva idea de Constitución que fue descrita.

²⁶ Complementando la bibliografía general ya mencionada, vean el conjunto de monografías en el tópico publicadas en *1 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (1997).

Eso es lo que Louis Favoreu llama el **deber de ingratitud** de los ministros del Tribunal Constitucional con respecto a los órganos que los designaron.²⁷ Tal expresión significa, por lo tanto, que tales ministros deben fidelidad al espíritu y finalidad del Código Político; a su contexto más que al texto; por último, también a la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental y de sus reformas, todo ello y más obrando siempre con independencia, especialmente de cara a quienes participaron en el nombramiento de ellos.

Continuamos observando que asistimos a una revolución pacífica en el tema estudiado. Ella consiste, como escribió Otto Bachof,²⁸ en que, si por siglos los derechos humanos eran, realmente, lo que se determinaba en la ley, aunque existiera ya una Constitución, ahora la ley es tal y vale sólo en la medida que regula el ejercicio de los derechos humanos, respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental.

En consecuencia, puede añadirse, presenciamos la entronización de una nueva legitimidad: la legitimidad constitucional en reemplazo de la legal, con el respeto y promoción de la dignidad y los derechos humanos en lugar de la Razón de Estado o Parte Orgánica del Código Político. Obras imperecederas en la teoría del Derecho, como la de Max Weber,²⁹ han quedado, en este sentido, parcialmente sobrepasadas por el gran cambio descrito.

Enfrentamos nuevos peligros para la institucionalización del control de regularidad constitucional de los actos legislativos. Por ejemplo, las recientes Constituciones de Europa Central facultan a los Parlamentos para revocar las sentencias de los Tribunales Constitucionales, reunido que sea el quórum necesario para la reforma constitucional. También se plantea, aunque todavía de *lege ferenda* y afortunadamente sin éxito, la acusación constitucional, por la Cámara Política, de los ministros de esa Magistratura. Por supuesto, innovaciones de la naturaleza aludida conllevan, inevitablemente, la erosión de la independencia de la revisión judicial de las leyes.

En otro orden de ideas cabe afirmar que es un peligro también la sobrecarga de amparos o recursos cautelares deducidos, a menudo sin fundamento sólido. Reconozco en este acceso a la justicia constitucional un lado positivo, pues revela la mayor vivencia, y vigencia sociológica, de la Constitución, a la vez que una mejor tutela de los derechos asegurados en ella. Pero debemos crear conciencia en punto al desprestigio que los abusos siempre ocasionan a las instituciones, llevando a modificarlas, más de una vez, de manera inconveniente y regresiva.

Han surgido nuevos tipos de sentencias, secuela de la creatividad demostrada por la

27 Consúltense su monografía "Los Tribunales Constitucionales", reproducida en García Belaúnde *et al.*, op. cit., pp. 12-55. Revítese también José Ángel Martín: *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998) pp. 31-55.

28 *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1987) p. 41.

29 *El Economía y Sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969) pp. 706-55.

judicatura constitucional. Trátese de las sentencias de adición e intermedias, las cuales no son argumentadas sobre la base de la relación, recíprocamente excluyente, de la nulidad-validez del acto legislativo, sino que de otros parámetros más flexibles y constructivos.³⁰ Por supuesto, tales sentencias tienen valor real, y seguirán siendo importantes, en la medida que el legislador haga, pronto y bien, cuanto en ella se insta a que realice.

En esta categoría de fallos situamos, precisamente, los pronunciados por nuestro Tribunal Constitucional instando al legislador a obrar para salvar las insuficiencias, por ejemplo, de determinación y especificidad, de las cuales adolecen ciertos preceptos legales, haciendo que respeten el dominio máximo legal y la reserva, dispuesta por la Constitución, en tal materia.³¹

Empero, siempre será razonable tener presente los criterios aplicados por la jurisprudencia norteamericana, es decir, el *self restraint*, junto a otras pautas, v.gr., no entrar a decidir cuestiones puramente políticas, atenerse a la razonabilidad invocada por el legislador para calificar la oportunidad o el mérito de dictar una ley, etc.³² Pero esto y mucho más es, al tenor de lo reiteradamente advertido, asunto de cultura constitucional más que de argumentación académica o constructivismo político.

Finalmente, va abriéndose paso el acceso a la jurisdicción internacional, cierto que sólo en calidad de supletoria o complementaria de la Magistratura de cada Estado. Pero, en vano intento de obstruir tal avance, todavía se argumenta con la añeja noción de la soberanía absoluta, en su vertiente territorial. Confiamos en que así no se podrá obstaculizar tal proceso.³³

Palabras finales

Siempre trato de plantearme en una posición que no sea pesimista sino realista para evaluar el proceso constitucional latinoamericano. Esa actitud la estimo inevitable e indispensable en el académico que se ha especializado en el Derecho Constitucional y que, como es obvio, sigue de cerca los acontecimientos políticos de nuestro continente. Pero esa actitud nos obliga, precisamente por consideración al valor de la objetividad mayor que nos resulte posible, a manifestarnos preocupados con respecto al curso de los procesos constitucionales en Iberoamérica.

30 Eliseo Aja (editor): *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998) pp. 258-55.; Alexandre Viala: *Les Reserves D'Interprétation dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (Paris, LGDJ, 1999) pp. 188-55.

31 La última decisión del Tribunal Constitucional aplicando este criterio es la dictada el 26 de junio de 2001 (Rol N°325). Véase, al respecto, el considerando 47 de tal sentencia.

32 Véase Patricio Zapata Larraín: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994) pp. 6-55.

33 Héctor Gross Espiell: «Algunas Cuestiones Relativas al Derecho Interno en la Jurisprudencia Consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos». III *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1999) pp. 349-55.

Queremos precisar nuestra posición aludiendo a ciertos fenómenos, peligrosos para la democracia por su alcance concreto.

Así y primeramente, en contra de la institucionalización o despersonalización del Poder se nota la identificación de él con algunos Jefes de Estado, demostrada en el reelectionismo con base en interpretaciones polémicas, incluso fraudulentas, de las Constituciones.

En pugna con el control de regularidad de los actos legislativos y la defensa de la dignidad y los derechos humanos se percibe la sumisión de la justicia constitucional en algunos Estados, por ejemplo, al aprobar la regularidad de proyectos de ley que refuerzan el presidencialismo, como ocurrió en Perú en 1998; o no resolver los conflictos entre los órganos ejecutivo y parlamentario, al tenor de lo sucedido en Ecuador; o desentenderse de la protección de los derechos humanos, cuya ilustración es Colombia; o perseverar en dictaduras con el propósito de arraigarlas, como en Cuba.

En fin, se perciben los riesgos que para la democracia representativa tiene la apelación directa a la ciudadanía, denostando a las instituciones políticas, como sucede en Venezuela.³⁴

Van surgiendo, empero, signos alentadores. En México ha terminado, después de 71 años, la **dictadura perfecta** del PRI. En Chile se percibe la determinación con que los jueces están investigando la violación de ciertos derechos humanos ocurrida durante el régimen militar, aunque no es claro si llegaremos a la reconciliación una vez constatados los hechos y sus responsables. En Perú cayó, en 2000, el presidencialismo corrupto. Se han adoptado, en fin, acuerdos en las Cumbres Presidenciales y en las Asambleas de la OEA que comprometen a todos los Estados involucrados en la defensa de la democracia y el respeto de los derechos humanos.

Concluimos manifestando que no podemos desfallecer en el esfuerzo por hacer realidad los ideales constitucionales. Es un imperativo esforzarnos, entonces, por demostrar la falsedad de la posición de los escépticos, es decir, que **es imposible vivir y estabilizar el constitucionalismo** en nuestro continente.

Sigamos avanzando, ojalá con la pausa que exige reflexionar para obrar acertadamente. Pero continuar avanzando con vigor y constancia, sin retroceso, en la magna obra de desarrollar y consolidar la conciencia constitucional; después hacer lo mismo con la cultura constitucional; y, en definitiva, institucionalizar una tradición de respeto a la dignidad y los derechos humanos, por todos y, especialmente, por gobiernos limitados a raíz de ser controlados y responder de sus actos ante el Pueblo o sus representantes legítimos.

34 Alan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 2000) pp. 15-55.