

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DOS SECTORES QUE LA INTEGRAN

I. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

11. Aun cuando ya se ha dicho anteriormente que siempre ha existido la preocupación de los pensadores políticos y de los juristas por la limitación del poder, no fue sino hasta la cuarta década de este siglo cuando se inició una sistematización de los conceptos y de las ideas relativas a los instrumentos que se han establecido de manera paulatina, en una constante y atormentada lucha para lograr la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental.

12. Como fecha del inicio de la revisión más rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales podemos señalar la de la famosa polémica entre dos destacados juristas. Por una parte, la aparición del clásico libro de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, literalmente, el protector de la Constitución) cuya primera edición apareció en Alemania en 1931 y que fue traducido al español en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto con el título *La defensa de la Constitución*.¹⁴ Por la otra, la publicación de la réplica a esta obra por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿quién debe ser el protector de la Constitución?)*.¹⁵ La contro-

¹⁴ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931. Reimpreso con un excelente prólogo del notable constitucionalista español Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.

¹⁵ Publicada originalmente en la revista *Die Justiz*, 1930-1931, cuadernos 11-12, pp. 576-628. Traducción italiana de Carmelo Geraci que, con el título

versia se refirió esencialmente a la tesis del profesor alemán sobre la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales fuera de carácter político, esencialmente el presidente del *Reich*, con apoyo en las facultades extraordinarias que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919, ya que, en su concepto, conferir dicha función a los tribunales ordinarios o alguno en especial implicaba no sólo la "judicialización de la política", sino también una "politización de la justicia". Kelsen, por el contrario, estimaba que la postura anterior era ideológica y que, de acuerdo con el ejemplo de la Corte Constitucional establecida en la Constitución federal austriaca, promovida por él,¹⁶ el órgano para proteger las normas fundamentales debía ser un tribunal especializado que no tendría que considerarse como cualitativamente diferente de cualquier otro órgano jurisdiccional. Una diferencia, sin embargo, radicaba en que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad poseía efectos generales, *erga omnes*, por lo que, desde su punto de vista, dicho tribunal especializado funcionaba como "legislador negativo".¹⁷

"Chi dev'essere il custode de la Costituzione?", aparece en el volumen recopilativo de estudios del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. La misma obra fue traducida al castellano por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, con un estudio preliminar de Guillermo Gasió y supervisión técnica de Eugenio Bulygin (Madrid, Tecnos, 1995). También debe tomarse en cuenta el clásico estudio de Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1928, pp. 197-257, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", *Anuario Jurídico-I*, México, UNAM, 1974, pp. 471-515.

¹⁶ Cfr. Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, prefacio de Hans Kelsen, París, Económica, 1986, reimpresión de la edición de 1928, con un prólogo de Georges Vedel y un apéndice de Louis Favoreu, pp. 161-295.

¹⁷ Cfr. Gasió, Guillermo, "Estudio preliminar", citado en la nota 15, pp. IX-XLIII, y Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

13. Las propuestas de Schmitt, como es bien sabido, favorecieron la llegada de Hitler al poder y el establecimiento de un régimen autoritario, en tanto que las de Kelsen se difundieron ampliamente en los regímenes democráticos de la primera posguerra, como por ejemplo, mediante el establecimiento de la Corte Constitucional en la carta de Checoslovaquia de 29 de febrero de 1920,¹⁸ y del Tribunal de Garantías Constitucionales de la República española en la Constitución de 1931.¹⁹ En la segunda posguerra, además del restablecimiento de la Corte Constitucional austriaca a partir de 1945, se crearon, de acuerdo con el modelo kelseniano o "continental europeo", cortes o tribunales constitucionales especializados en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Portugal (1976-1982); España (1978); Turquía (1952-1961-1982); Bélgica (1980-1989); los países de Europa del este, una vez que abandonaron el modelo soviético a partir de 1989; Sudáfrica en sus cartas democráticas de 1993-1996; la República Rusa (1993); así como un número creciente de Constituciones latinoamericanas.²⁰

14. Rebasaría los límites de este breve trabajo el examen, así fuera superficial, de esta tradición que, bajo diversas denominaciones e instituciones, representa el desarrollo de la idea de la defensa constitucional, tanto doctrinal como jurisprudencial y legislativa, por conducto de los conceptos de la justicia o jurisdicción constitucionales, o bien, de las garantías y los controles de la Constitución, los que se han manejado con bastante imprecisión respecto a la tutela de las normas fundamentales.²¹

18 Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 286-299.

19 Cfr. Cascajo Castro, José Luis, "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

20 Cfr., entre otros, Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 3, *passim*.

21 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, pp. 12-15, y García Belaúnde, Domingo, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 27-64.

15. Tenemos la convicción de que resulta necesario realizar una sistematización más estricta para efectos de estudio, que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las Constituciones de nuestra época para la tutela de sus disposiciones fundamentales, ya que los numerosos y complejos problemas que han surgido en esta materia se encuentran diseminados en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.

16. De esta manera, y como idea provisional y aproximada, podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad políticosocial, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección, nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución real.²²

17. La Constitución, tanto en sentido real como documento escrito, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes. Por este motivo, la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal y de carácter positivo que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, de acuerdo con la

22 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 7-16, reproducido posteriormente en Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 253-328.

terminología de Karl Loewenstein,²³ es decir, que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

18. Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja, es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido, consideramos que el concepto genérico de "defensa de la Constitución" puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla, de manera convencional, como *protección de la Constitución*; la segunda, que ha tenido consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas *garantías constitucionales*.

II. PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

19. El primer sector, relativo a la *protección de la Constitución*, se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

²³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 218-222.

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

20. La segunda categoría está formada por las llamadas *garantías constitucionales*, pero entendidas no en el concepto tradicional que las identifica con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, y los instrumentos protectores que mencionamos en el párrafo anterior no han sido suficientes para lograr el respeto y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.²⁴

24 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 21, pp. 17-18.