

LAS FUNCIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER EN LATINOAMÉRICA

Jorge Silvero SALGUEIRO

SUMARIO: I. *El pensamiento de Diego Valadés: el estudio comparado de las culturas jurídicas.* II. *Las reformas estructurales en Chile, México, Paraguay y Perú.* III. *Las transformaciones funcionales de la jurisdicción constitucional.* IV. *Elementos para una teoría funcional de la jurisdicción constitucional.*

I. EL PENSAMIENTO DE DIEGO VALADÉS: EL ESTUDIO COMPARADO DE LAS CULTURAS JURÍDICAS

Diego Valadés, en su calidad de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, propició en diversas ramas del quehacer jurídico una serie de congresos internacionales denominados “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, los cuales se constituyeron en unos foros académicos de gran trascendencia para el desarrollo comparado de las ciencias jurídicas. En la ceremonia inaugural del primer congreso, Valadés expuso su visión de cómo abordar el derecho:

En 1940, cuando el mundo padecía la incertidumbre de la guerra, fue fundado, como Instituto de Derecho Comparado, el que es hoy de Investigaciones Jurídicas. Durante sesenta y cuatro años el Instituto ha sido fiel a su vocación original: estudiar el derecho para resolver los problemas de la convivencia, de la justicia y de la libertad. Para hacer honor a nuestra tradición organizamos el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.¹

¹ Discurso pronunciado por Diego Valadés en la ceremonia inaugural del congreso, 9-14 de febrero de 2004, transcrito en Márquez Romero, Raúl (coord.), *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2004, p. 97.

Con estas palabras, el connotado jurista mexicano adscribía a una línea de pensamiento kantiano que aborda la teoría en función a la práctica.² Para él y para la tradición institucional de la cual forma parte, el estudio del derecho está en estrecha relación con la realización de las ideas-fuerzas en pro de una comunidad justa y libre.

Ya con anterioridad, Valadés, en su magna obra *El control del poder*, se ocupó de un tema fundamental de toda convivencia humana: la contención del poder. En su análisis parte de una idea paradójica, que se ha venido aplicando en los Estados constitucionales, la de “pluralizar lo que en esencia es unitario: el poder”. Resaltó de manera creativa que la división de poderes “no se basa en la disminución de los efectos del poder, sino en su potenciación”. Trajo a colación que

La teoría newtoniana de los equilibrios inspiró el inteligente esquema de la separación de los poderes. Uno de los efectos de esa relación es que los balances y contrapesos opera como fuerzas crecientes, no menguantes. En esa medida, y pensando en un sistema de equilibrios lo más cercano posible a lo ideal, tantas más atribuciones como se confieran a un órgano que ejerce funciones de poder, tantas más las que de manera agregada se irán incorporando progresivamente a otros órganos.³

Si desde las exactas apreciaciones de Valadés se observara el desarrollo del Estado constitucional en Latinoamérica, entonces se podrá constatar que la organización estatal favoreció en las últimas décadas del siglo XX la creación de tribunales constitucionales o de instancias judiciales como salas constitucionales, que asumieron la tarea de ejercer jurisdiccionalmente el control del poder. Esto significó —según Valadés— mejores garantías para la vigencia de los derechos fundamentales y, a la vez, una evolución de paradigmas clásicos. Así lo expresó en un siguiente congreso sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados:

El paradigma adoptado durante la Ilustración asignaba a los jueces un papel menor en la constelación del poder; aquellas tesis han sido superadas por las tareas expansivas de la judicatura en nuestro tiempo. El siglo XX enmarcó la aparición de los tribunales constitucionales y de los tribunales electorales; ambas figuras son ajenas al pacato papel que se les había asignado a los jue-

² Kant, Inmanuel, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2002.

³ Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, 2000, p. 1.

ces en la etapa del constitucionalismo clásico. En términos generales, la evolución de los sistemas representativo y judicial ha favorecido un ejercicio razonable del poder y la garantía de los derechos fundamentales.⁴

Entonces, en el paradigma contemporáneo la incorporación del control jurisdiccional del poder no debería necesariamente menguar las fuerzas de los otros órganos del Estado, sino antes bien potenciar un ejercicio razonable del poder por parte de los mismos. El equilibrio se daría —siguiendo la fórmula de Valadés— en incorporar progresivamente más atribuciones a los órganos que ejercen el control, atribuciones que estén en relación con las que tienen conferidas los órganos que ejercen el poder. El objetivo sería: “no la de provocar la parálisis de los órganos de poder, sino la de contribuir corresponsablemente a su mejor desempeño”.⁵

Desde dicho enfoque cabe indagar si en aquellos países de Latinoamérica donde tuvieron lugar reformas constitucionales en las últimas décadas que fortalecieron la jurisdicción constitucional, ya con innovaciones institucionales, ya con aumento de competencias de los tribunales y cortes preestablecidos, se ha desarrollado una corriente de pensamiento reflexivo, tanto desde el interior del tribunal o corte como desde el punto de vista del observador externo especializado, sobre el nuevo papel de la jurisdicción constitucional en el sistema constitucional, y si dichas reflexiones —en caso de comprobarse— presentan un enfoque funcional del derecho tendientes a favorecer “un ejercicio razonable del poder”. La pretensión es identificar tendencias que estén presentes en la evolución de los Estados constitucionales en Latinoamérica en lo que respecta a la jurisdicción constitucional.

Dicha problemática a investigar parte de reformas estructurales para llegar a transformaciones funcionales. El cambio de la norma constitucional y las subsecuentes modificaciones institucionales y alteraciones del orden de competencias de los organismos estatales, si bien están insertas en un proceso político determinado, representan por sobre todo cambios sustanciales a la estructura estática del Estado. Sin embargo, una concepción cabal del Estado requiere además una comprensión relacional entre sus instituciones, vale decir un enfoque dinámico. El ente estatal es un organismo

⁴ “Palabras de Diego Valadés en la inauguración”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. I, México, 2006, p. XVII.

⁵ Valadés, Diego, *cit.*, p. 150.

político y, en consecuencia, vivo y en movimiento. Es necesario conocer las prestaciones que aquellas instituciones de rango constitucional aportan al orden constitucional a fin de hacer realidad la Constitución y sus mandatos. Lo que estas instituciones pueden aportar está en relación con lo que ellas mismas entienden sobre cuál es su rol en el ordenamiento constitucional. No se trata de un entendimiento arbitrario, sino sujeto a los mandatos constitucionales. El enfoque funcional estaría en condiciones de mostrarnos cómo la estructura institucional y normativa de rango constitucional se transforma mediante un “proceso de diferenciación”,⁶ el cual explica las características singulares del sistema de jurisdicción constitucional en la realidad de un país, y no sólo desde el mero marco normativo. Las reformas estructurales se caracterizan por sentar las bases, pero la dinámica funcional es la que permite observar el desarrollo institucional y las modalidades de la comprensión racional de la Constitución.

Indudablemente, el enfoque funcional de análisis trasciende el ámbito del derecho constitucional comparado, con lo cual establece puentes entre el mundo jurídico con otras ramas del saber favoreciendo el intercambio de ideas. Politólogos de fama mundial adscritos a corrientes metodológicas determinadas han alternado sus usuales métodos de investigación con el funcional. Así, el profesor de la Universidad de Heidelberg, Dieter Nohlen, en una reciente conferencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expresó:

De este programa [de pasos a seguir para la conferencia] se desprende que —aun siendo institucionalista— no me va a interesar hoy el diseño institucional de los tribunales constitucionales (su modelo, su composición, sus competencias, sus reglas procesales, que obviamente difieren según los casos y sin lugar a duda tienen efectos relevantes), sino su relación funcional en el sistema y en el proceso político... El enfoque funcionalista tiene en su centro el papel real de la jurisdicción constitucional en el sistema político. Su aplicación se ve aún más fundamentada por la reciente tendencia en el derecho público de tematizar no tanto al Estado, ni al Estado de Derecho, ni al Estado social, sino al Estado constitucional en sus dimensiones funcionales.⁷

⁶ Al respecto véase Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, 2005, p. 359.

⁷ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, 2008, pp. 5 y 6.

II. LAS REFORMAS ESTRUCTURALES EN CHILE, MÉXICO, PARAGUAY Y PERÚ

1. Chile

En 2005 se produjo en Chile una reforma constitucional de gran envergadura, que preparó al país para entrar al siglo XXI. El presidente chileno de esa época, Ricardo Lagos, firmó el nuevo texto constitucional teniendo a su lado las versiones originales de las Constituciones de 1833 y de 1925, y en dicha ocasión expresó que mientras la primera Constitución le abrió paso a Chile al siglo XIX, la segunda al siglo XX, y que la actual tendría que conducir los destinos de Chile en el siglo XXI.⁸

A partir de ahí, y teniendo en cuenta que el capítulo VIII sobre el “Tribunal Constitucional”, que comprenden los artículos 92 y 93, se reformularon completamente, se propagó en Chile la idea de una “refundación del Tribunal Constitucional o de un nuevo Tribunal Constitucional (Lautaro Ríos, Gastón Gómez) para designar la actual tercera etapa en la evolución que esta Judicatura experimente”.⁹ Cabe recordar que el Tribunal Constitucional chileno “fue creado en enero de 1971, disuelto por el régimen militar en 1973, restaurado en marzo de 1981 y refundado en agosto de 2005”.¹⁰ Esta tercera y última etapa es calificada por Cea Egaña como “promisoria”. Por su parte, la renovación del Tribunal Constitucional concluiría cuando se adecue a la reforma constitucional de 2005 la todavía vigente y desfasada Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 1981.

Siguiendo a Zúñiga Urbina,¹¹ las reformas estructurales experimentadas por el Tribunal Constitucional en sus diversas etapas se caracterizan de la siguiente forma:

⁸ Silvero Salgueiro, Jorge, “El simbolismo constitucional chileno”, *La Prensa*, Panamá, 14 de octubre de 2005: <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/10/14/hoy/perspectiva/368199.html>.

⁹ Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de constitucionalidad y sentencia”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Santiago, núm. 34, 2006, p. 9.

¹⁰ Cea Egaña, José Luis, “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, México, 2008, p. 78.

¹¹ Zúñiga Urbina, Francisco, *op. cit.*, nota 10, pp. 9-13.

- La primera etapa corresponde a su creación en 1970. “Es un Tribunal llamado a ejercer un control de constitucionalidad de normas eminentemente preventivo y abstracto, con dualidad de Judicatura Constitucional al conservar el recurso de inaplicabilidad residenciado en la Corte Suprema”.
- La segunda etapa corresponde a la de su reposición en 1981. “El constituyente autoritario conserva el perfil funcional del órgano (control de constitucionalidad de normas preventivo, abstracto y limitado) y la dualidad de Judicatura Constitucional al mantener el recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema”. Con la misma estructura y competencias, al Tribunal Constitucional le cupo actuar bajo dos redimes políticos diferentes. Así, “este Tribunal operó en dos contextos: el del autoritarismo (1981-1990) y el de la democracia restaurada (1990-2005)”. En el primero, el Tribunal “cumplió un rol ambivalente”, en referencia a “la persecución de la oposición política de la época”, y en sentido contrario en “hacer posible que el plebiscito del 5 de octubre de 1988 (en que se determinaba la continuidad del régimen autoritario) y las elecciones de 1989 fueren a lo menos semi-competitivas; coadyuvando así a la transición a la democracia política”. En el segundo contexto, “bajo el régimen democrático restaurado (1990-2005), el Tribunal Constitucional fue en buena medida un enclave autoritario y no sólo una institución contramayoritaria, utilizada recurrentemente por la oposición para intentar detener la legislación y las decisiones del Gobierno”.
- La tercera etapa es la de la “refundación” (2005). El Tribunal Constitucional

...configura hoy una Jurisdicción Constitucional concentrada y completa al menos en lo relativo al control de constitucionalidad de la ley y de los actos normativos, quedando fuera del objeto de control reglamentos parlamentarios y actos normativos de naturaleza reglamentaria de órganos autónomos como Banco Central, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Gobiernos Regionales y Municipalidades.

Entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional destacan, a saber:

- a) un control abstracto, preventivo y obligatorio de normas de tratados internacionales que versen sobre materias propias del dominio del legislador

orgánico; b) un control concreto, represivo y facultativo (vía acción de parte o motivado por el juez que conoce del asunto), consistente en la declaración de inaplicabilidad de la ley por la mayoría de sus miembros; c) un control abstracto, represivo y facultativo (de oficio o vía acción pública) consistente en la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sede de cuestión de inconstitucionalidad por la mayoría de los cuatro quintos de sus miembros, cuando el precepto legal impugnado hubiere sido declarado inaplicable; d) heterocomposición de los conflictos de jurisdicción, impropiamente denominadas contiendas de competencia, sean positivas o negativas, que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia que no sean competencia del Senado; e) un control abstracto-concreto, represivo y facultativo (vía acción de órganos legitimados o de parte), a través de la resolución de las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados que fueren dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, y; f) en el ámbito de su competencia miscelánea se pronuncia sobre la renuncia al cargo parlamentario.

La Constitución chilena dispone que “El Tribunal... fallará de acuerdo a derecho” (artículo 92). Su propia vinculación a la Constitución y a las normas fundamentales es expresa.

2. *México*

La reforma judicial en México se inició en la década de 1980 y continuó de manera vertiginosa en la siguiente. Para Carpizo,

La reforma al Poder Judicial Federal de 1988 fue muy importante... [se] convirtió a la Suprema Corte en un tribunal constitucional... se dieron pasos hacia delante y quedó claro que aún faltaban aspectos trascendentes por dilucidar, los cuales se dejaban para una reforma ulterior como son, entre otros, la reducción del número de ministros de la Suprema Corte [eran 26]; los aspectos de administración y gobierno del Poder Judicial Federal; los efectos erga omnes de la sentencia de amparo y el reforzamiento de los procesos que integran el contenido de la jurisdicción constitucional mexicana.¹²

¹² Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, pp. 808 y 809.

En la reforma de 1995 se redujo a once el número de ministros de la Suprema Corte; se creó el Consejo de la Judicatura Federal como parte del Poder Judicial y como un órgano de gobierno y administrativo salvo respecto a la Suprema Corte, y se revitalizaron los procesos constitucionales (artículo 105) al crearse una nueva garantía procesal de defensa constitucional, el recurso de inconstitucionalidad, al reformularse la controversia constitucional, y al reglamentarse de modo más efectivo el juicio de amparo.¹³

La reforma al artículo 105¹⁴ constitucional marcó un antes y un después en el control de constitucionalidad en México. Para Huerta Ochoa, el control jurídico “se refiere al establecimiento de mecanismos tendientes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas, tanto en los actos de creación como en los de su aplicación”.¹⁵ En ese sentido, con respecto a la acción de inconstitucionalidad mexicana, la autora citada manifiesta: la misma

...presenta dos peculiaridades, la primera radica en que su resolución permite declarar la invalidez de la norma que se impugna, aun cuando la determinación de los efectos de dicha declaración sea otra cuestión. El otro aspecto que distingue a esta forma de control de las otras previstas en nuestra Constitución es que se trata de una forma de control abstracto, lo cual se percibe tanto en la legitimación para el ejercicio de la acción como en el hecho de que no se requiere de la aplicación de la norma, ni de la existencia de agravios para ejercitarla. Es por ello que se puede considerar como una forma de control de la validez de las normas.¹⁶

Los cambios continuaron en 1999, cuando

...el Presidente de la Suprema Corte, con el apoyo de los demás Ministros, logró convencer al Presidente de la República y al Congreso de la Unión

¹³ Sobre estos cambios véase *ibidem*, pp. 831-842.

¹⁴ Una posición crítica sobre la acción de inconstitucionalidad en México, en Brage Camazano, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 105, julio-septiembre de 1999, pp. 211-232.

¹⁵ Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, 2003, p. 930.

¹⁶ *Ibidem*, p. 943.

de la aprobación de una reforma constitucional que revertía algunos aspectos importantes de la reforma judicial de 1994, sometiendo al Consejo de la Judicatura Federal al control de la propia Corte. De este modo, la Suprema Corte recobró parte de la autoridad e influencia dentro del Poder Judicial de la Federación que había perdido a manos del Consejo.¹⁷

En la actualidad, el proceso de cambios ha dejado la impresión de que el ganador institucional fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así,

para todos resulta evidente el nuevo papel que juega la Suprema Corte de Justicia en el entramado institucional del país... este nuevo escenario es resultado de la transición y recomposición de las fuerzas políticas. Pero también es cierto que es producto de un conjunto de cambios en el diseño de las propias instituciones judiciales que iniciaron desde 1987 y continuaron con las reformas de 1994, 1996 y 1999. Detrás de estas reformas hay una clara intención para consolidar la jurisdicción constitucional.¹⁸

3. Paraguay

En 1992, una Convención Nacional Constituyente, electa democráticamente, elaboró una nueva Constitución, que estableció el marco jurídico fundamental para regir el proceso de apertura democrática iniciado en 1989.¹⁹ La Corte Suprema de Justicia sufrió transformaciones institucionales. Se creó la Sala Constitucional, y se hizo funcionar a la Corte en pleno y en salas. El número de ministros aumentó de tres a nueve.

El capítulo sobre el Poder Judicial de la Constitución paraguaya de 1992 empieza con el siguiente enunciado: “El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir” (artículo 247). Esta declaración tiene un importante impacto sobre el rol de

¹⁷ Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial en México: ¿de dónde viene?, ¿hacia dónde va?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2003, p. 254.

¹⁸ Caballero, José Antonio, López-Ayllón, Sergio y Oñate, Alfonso, “La Suprema Corte y el sistema nacional de impartición de justicia ¿adónde va la reforma judicial?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, México, 2008, pp. 39 y 40.

¹⁹ Silvero Salgueiro, Jorge, “La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, 1998, p. 503.

la Corte Suprema de Justicia, en especial de la Sala Constitucional, en el sistema del control constitucional del poder.

Entre las atribuciones de la Corte se encuentran: *a)* ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial; *b)* dictar su propio reglamento interno; *c)* conocer y resolver los hábeas corpus; *d)* conocer y resolver en el recurso de casación; *e)* entender en las contiendas de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios.

Por su parte, la Sala Constitucional tiene atribuciones para: *a)* conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo, que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y *b)* decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas e interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.²⁰

En Paraguay, la reforma de 1992 no introdujo un control abstracto de constitucionalidad, sino que mantuvo el sistema de control concreto de las leyes que estaba vigente desde 1967. Sin embargo, una diferencia sustancial reside en que durante el régimen político autoritario de Stroessner (1954-1989) los mecanismos normativos de control de constitucionalidad no tenían eficacia, siendo meramente declarativos. En cambio, luego de la apertura democrática y bajo la nueva Constitución, la Corte empezó a ejercer —a petición de parte— un control normativo sobre los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Las sentencias de la Corte Suprema que declaran la inconstitucionalidad de leyes o decretos del Poder Ejecutivo, aunque con el limitado efecto inter partes y sólo disponiendo la inaplicabilidad de la norma contraria de la Constitución, es hoy una cuestión rutinaria en el foro paraguayo.²¹

²⁰ Silvero Salgueiro, Jorge, “El rol de la sala constitucional en la democracia paraguaya”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, 2008, p. 549.

²¹ Silvero Salgueiro, Jorge, “Justicia constitucional y amparo en Paraguay”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. III, México, 2008, pp. 757-590.

4. Perú

El Tribunal Constitucional de Perú, instituido por la Constitución de 1993, no puede entenderse sin referencia al modelo anterior. Fue la Constitución de 1979 la que innovó en el sistema constitucional peruano estableciendo el Tribunal de Garantías Constitucionales. García Belaúnde refiere que era

...fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de este tipo que se hace al continente americano. Además, dicha Carta dio origen a lo que he llamado el modelo dual o paralelo, pues en ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado. Este esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de 1993.²²

En la vida institucional del Tribunal Constitucional se distinguen cuatro etapas.

En primer lugar, una etapa funcional que va desde junio de 1996, fecha en que dicho órgano se instaló, hasta mayo de 1997, con la arbitraria destitución de tres magistrados. Una segunda etapa hasta noviembre del 2000, durante la cual el Tribunal funcionó con solo cuatro magistrados y, por tanto, no podía resolver procesos de inconstitucionalidad. En estas dos primeras etapas el Tribunal funcionó severamente limitado. Una tercera etapa se inicia con la restitución —en noviembre del 2000— de los tres magistrados destituidos, cuando ya había sido vacado del cargo el ingeniero Alberto Fujimori. Y la última empieza en mayo del 2002, cuando se nombran cuatro nuevos magistrados del Tribunal. Desde esa fecha la actuación del Tribunal ha sido muy importante e incluso calificado como un “tribunal activista”.²³

Entre las novedades introducidas por la Constitución de 1992 Eguiguren²⁴ resalta que “se ampliaron las garantías constitucionales, sumándose

²² García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, 2003, p. 50.

²³ Abad Yupanqui, Samuel B., “Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 162 y 163.

²⁴ Eguiguren, Francisco, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1998, pp. 50-53.

al hábeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad, las nuevas acciones de habeas data y de cumplimiento”. Asimismo, las competencias del Tribunal Constitucional fueron ampliadas. En detalle, siguiendo al citado autor, son:

- Conocer, en instancia única, de la acción de inconstitucionalidad, contra normas de rango legal... cuando, en la forma o el fondo, vulneran la Constitución.
- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Con ello el Tribunal Constitucional se convierte en instancia final de fallo en estos procesos y se suprime el inconveniente (y dilatorio) reenvío a la Corte Suprema anteriormente existente.
- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución.

Eguiguren destaca también que “la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas”. Sobre los efectos de la sentencia, la reforma constitucional de 1993 estableció que “La sentencia del tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley, se publicará en el Diario Oficial, produciendo, al día siguiente de su publicación la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo”. Otras disposiciones de interés son: “La acción popular prosigue bajo competencia exclusiva del Poder Judicial”. “El Poder Judicial, a través de cualquier juez y en todo tipo de procesos, debe preferir la norma constitucional e inaplicar al caso concreto la norma inferior que la vulnere (control difuso)”.

En la opinión de Eguiguren, “las novedades introducidas a nivel constitucional lucían, en general, bastante positiva...”. Sin embargo,

...el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional No. 26345 (del 10-1-95) dispuso que para declarar inconstitucional una norma se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del Tribunal Constitucional. Bastaba recurrir a la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, recordando los múltiples casos en los que dicho Tribunal no pudo dictar sentencia, para constatar que el imponer un número de votos (incluso superior al anterior) que conlleva poco menos que la unanimidad de los magistrados, tenía el inocultable propósito de dificultar grandemente la expedición de sentencias de inconstitucionalidad.

La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, califica al Tribunal Constitucional como el “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”. “En otras palabras, en el Perú el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución”.²⁵

En definitiva, al Tribunal Constitucional peruano “le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también velar por la vigencia y eficacia de los derechos humanos (artículo 2o. del Código Procesal Constitucional)”.²⁶

III. LAS TRANSFORMACIONES FUNCIONALES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Las reformas constitucionales y los procesos de cambios políticos que tuvieron lugar en los cuatro países en estudio dieron como resultado en común una renovación de la jurisdicción constitucional, que se extendió en dos ámbitos: en términos estructurales, se modificó el diseño institucional del Estado a fin de fortalecer al actual titular de la jurisdicción constitucional, sea una corte, una sala constitucional o al propio tribunal constitucional; en términos materiales, se ampliaron las atribuciones del titular de la jurisdicción con nuevos o renovados procesos constitucionales, que favorecieron un control más intenso de constitucionalidad de las leyes y fijaron mejores mecanismos para salvaguardar la defensa de los derechos fundamentales.

Independientemente de la solución particular, de tipo estructural y material, que adoptó cada país, se observa que en tres de ellos (Chile, México y Perú) se introdujo un control abstracto de normas. Paraguay no avanzó hasta dicha fase de control, pero materializó el control concreto de normas jurídicas inferiores a la Constitución. Ahora bien, las modalidades procesales varían, así como los alcances del control de constitucionalidad, pero al final se obtiene un diseño que permite a un juez constitu-

²⁵ Abad Yupanqui, Samuel B., “Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, p. 152.

²⁶ Landa, César, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, México, 2008, p. 241.

cional pronunciarse sobre la validez de una norma dictada por el Poder Legislativo y, en su caso, por el Poder Ejecutivo.

A partir de esta comprobación en la jurisdicción constitucional, los jueces ya no son más “la boca de la ley” en el sentido expresado por Montesquieu, que aplican la ley sin mayores cuestionamientos, sino que juzgan a la ley en sí misma en relación con una norma suprema y, con la excepción de Paraguay, sin tener un caso concreto. Formas usuales de tomar una decisión judicial, como el típico silogismo jurídico de subsumir el hecho a la norma, pierden vigencia y son de poca ayuda a la hora de resolver “casos abstractos”. Ante esta situación, indudablemente, los jueces y demás operadores del sistema judicial se preguntan por nuevas formas de tomar decisiones.

Asimismo, las referidas reformas estructurales son diferentes a cualquier otra, porque cambian el lugar que corresponde al juez constitucional en el sistema de división de poderes y, no pocas veces, producen una crisis sobre la posición de las cortes y tribunales constitucionales en la estructura de poder del Estado. ¿Son parte de la trilogía? ¿Están afuera de la misma? En sus relacionamientos con los otros poderes se cuestiona si el poder jurisdiccional de derogar normas legales sitúa a los jueces constitucionales por encima de los demás poderes y, por tanto, si la clásica idea de equilibrios entre los poderes está superada. Ante un mundo cambiado, y con un sentido pragmático, las cortes y tribunales entienden que deben andar con cuidado en la reflexión sobre estos temas, pues las contrarreformas constitucionales podrían estar a la vuelta de la esquina.

Por otro lado, las reformas estructurales tienen sus limitaciones. Cuando introducen un nuevo orden de competencias, sólo están autorizando un nuevo tipo de atribuciones para los jueces constitucionales, pero no las decisiones en sí mismas, las cuales tienen que ser tomadas por ellos en cada oportunidad. Al juez constitucional le corresponde analizar el caso en abstracto y dictar sentencia fundando su decisión. La *ratio decidendi* en cada oportunidad procesal es exclusiva de su competencia. Es aquí donde a partir del entendimiento funcional de su tarea se empezará o no a construir una jurisprudencia constitucional que dé contenido a las escasas atribuciones constitucionales.

Los jueces constitucionales, si bien tienen la atribución de, según el caso, derogar o inaplicar una norma legal, no lo hacen a rajatabla, sino que ejercen dicha atribución a fin de salvaguardar un derecho fundamental, a impedir un abuso de poder, o finalmente para resguardar la supre-

macía constitucional. Los jueces deciden con base en el derecho lo que es o no derecho.

Esta visión hasta aquí descrita de las transformaciones funcionales de hecho están operando en los países de estudio. No es casualidad que el ministro de la Suprema Corte de Justicia, José Ramón Cossío Díaz,²⁷ en una especie de catarsis pública, expresara al inicio de una conferencia internacional: “No es posible seguir entendiendo la división de poderes como la entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones”. A partir de ahí, y manteniendo a dicho principio como “una idea rectora del constitucionalismo”, cuestionó la labor de los tribunales constitucionales, desplazándolos de la posición automática de ser “la boca que pronuncia la palabra de la ley” a una posición dinámica de “vinculación con el resto del entramado político”, no sin advertir “y en esto debemos ser cuidadosos”. No satisfecho con esta perspectiva de cambio operacional, Cossío señaló que esta “condición actual tiene muchos inconvenientes”. Pues “hemos abandonado la idea de Kelsen de legislador negativo... no somos legisladores negativos porque no solo expulsamos normas, sino que le damos sentido operativo a la Constitución”.

A mí me parece —señaló Cossío— que desde el propio Kelsen, esta figura de legislador negativo nunca operó, nunca tuvo una condición de ejercicio claro. Eso se debe a que los tribunales constitucionales, en la medida que interpretan la Constitución, y en la medida que abren y cancelan opciones, siempre han sido legisladores positivos. Lo que me parece que Kelsen no vio... es el problema central de los tribunales, desde el momento que están interpretando normas jurídicas, y particularmente normas constitucionales, están generando una condición muy importante de reconstitución social, que es lo que al final de cuentas demandamos de la política en cualquier sociedad más o menos racionalizada. Me parece que ahí es donde tenemos una primera tensión. Tenemos una representación en que queremos seguir viéndonos como boca que pronuncia la palabra de la Constitución, cuando en realidad estamos actuando mucho más a fondo: estamos determinando funciones constitutivas o estamos realizando funciones constitutivas del orden jurídico, de la Constitución y, por ende, de la sociedad.

²⁷ Cossío Díaz, José Ramón, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de los poderes”, conferencia impartida por el autor en el XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, septiembre de 2006, transcrito en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 103-110.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Fix-Fierro²⁸ presentó un trabajo cuyo propósito fue “ofrecer una perspectiva que sitúe a la jurisdicción constitucional en un contexto de explicación tanto de sus funciones políticas como jurídicas en la sociedad contemporánea”. Desde un marco teórico aportado por Niklas Luhmann, Fix-Fierro desarrolló la idea de Constitución “como estructura de acoplamiento entre los sistemas político y jurídico”, lo cual “contribuye a mantener la diferenciación entre los sistemas, especificando su interrelación”. Desde este enfoque, “la función de la Constitución no es sólo negativa o restrictiva, sino también positiva o promocional”.

Para Fix-Fierro,

...la función general de un tribunal constitucional en un régimen democrático consiste en una operación de doble transformación: primero, de los intereses sociales y los disensos en directivas y lineamientos para las operaciones internas del sistema jurídico: segundo, de los requerimientos de generalización y congruencia internas del sistema jurídico en valores y lineamientos generales para la política. Ello ocurre bajo la premisa que el tribunal no obstaculice innecesariamente ni las operaciones del sistema político ni las del sistema jurídico. En el primer caso hablamos de judicial self-restraint o de autolimitación judicial, y en el segundo, de especialización en cuestiones constitucionales. Dicho en otros términos: la efectividad de los tribunales constitucionales está condicionada no sólo por el respeto a la autonomía de la política —es decir, en primer término, a la del legislador—, sino también por el de la autonomía del sistema jurídico.

Asimismo, expresó Fix-Fierro: “Una vez que existen condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho, la jurisdicción constitucional puede contribuir... a su propia estabilidad y a la del conjunto de las instituciones”.

En Chile, el propio Tribunal parte de una concepción dinámica y viva de la Constitución como concepto fundamental del Estado de derecho contemporáneo, la cual le permite ejercer sus funciones de cara a la realidad del país. Así, expresó en su Memoria 2006 luego de la reforma constitucional de 2005:

²⁸ Fix-Fierro, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación de la democracia”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, 2008, pp. 43-54.

El principio de la Constitución viva porque es vivida en la práctica por todos los sujetos interesados es, sin duda, un elemento esencial de la democracia efectiva. Esa idea de la Carta Fundamental, unida a su imperatividad directa como fuente, primera y principal, del ordenamiento jurídico vigente en Chile, configuran conceptos básicos del constitucionalismo contemporáneo, cuya consecuencia primordial es la vigencia real del Estado de Derecho en la plenitud de sus exigencias sustantivas y procesales. Al Tribunal incumbe el deber de velar por el respeto del espíritu, el contexto y la letra de cuanto fluye de la Constitución. La hace sometiéndose él mismo, siempre lealmente y con rigor, a los mandatos del Código Político, respetando a los órganos constitucionales en el desempeño de su competencia y buscando siempre hallar la fórmula que concilie el ejercicio de esas potestades con el sentido genuino de sus valores, principios y normas.²⁹

En el caso peruano, se observa —según refiere el presidente del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo— que se consideran a los clásicos cánones interpretativos establecidos por Savigny como “necesarios, pero insuficientes” para la toma de decisiones del tribunal. Por dicho motivo, el propio tribunal desarrolló “una serie de principios ad hoc” que “cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto”. Entre estos principios se encuentran el principio de corrección funcional y el de función integradora. El primero “exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado” (STC 0020-2005). El segundo entiende que “el producto de la interpretación sólo podrá ser válido si contribuye a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad” (STC 4596-2006).³⁰

En el caso paraguayo, la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha identificado como “Guardián de la Constitución”, sobre todo cuando ha tenido que dilucidar el alcance del control de constitucionalidad referente a actos de gobierno, actos discrecionales, cuestiones no justiciables y cuestiones políticas. En todas ellas ha negado la

²⁹ Memoria 2006, Tribunal Constitucional chileno: <http://www.tribunalconstitucional.cl>.

³⁰ Landa, César, *op. cit.*, nota 26, p. 237.

posibilidad de que el máximo Tribunal de Justicia quede al margen del tratamiento de dichos temas, y ha creído oportuno reiterar que es indispensable la verificación y revisión de cualquier tipo de acto con respecto a las disposiciones constitucionales a fin de corroborar algún tipo de lesión o vulnerabilidad a la Constitución. Desde esta visión, ha transformado las relaciones entre los poderes del Estado, entendiendo que su función es la de salvaguardar la supremacía de la Constitución aun cuando se trate de actos cometidos por los otros poderes.

Así, en el acuerdo y sentencia 184, del 31 de julio de 1995, la Sala Constitucional sostuvo:

En nuestra opinión no pueden existir cuestiones no judiciales. Ningún acto, proviniera de quien proviniera, puede escapar a la posibilidad de ser sometido al control de constitucionalidad, por parte del órgano encargado del cumplimiento de dicha función por mandato constitucional. En un Estado de Derecho los actos de las autoridades públicas deben estar encuadrados en el marco legal, y en particular, constitucional. La verificación de este hecho, provocado por quien tiene derecho a ello, no puede ser soslayado en ningún caso.³¹

En el citado fallo se expresó también:

En el Estado de Derecho, nada existe fuera de la ley; todos los órganos del Estado están sometidos a ella. Por consecuencia, si todos se hallan sometidos a la ley, está dicho que no puede existir ninguna decisión que no pueda ser confrontada con la ley, a fin de la determinación de su adecuación o no a ella. En otras palabras, en un Estado de Derecho es inconcebible la existencia de cualquier órgano por encima o al margen de la ley. De ahí que todos los actos resulten justiciables, y para el efecto existe una ley Suprema que es la Constitución. Y en ella, de manera intergiversable se estatuye que el Poder Judicial es el custodio de esta Constitución.

En el acuerdo y sentencia 415, del 2 de diciembre de 1998, la Sala Constitucional se pronunció sobre los actos discrecionales y actos de gobierno:

La administración pública no sería actividad jurídica estatal, si el llamado acto discrecional no conviviera en el seno del derecho, presupuesto de toda

³¹ Los fallos se encuentran transcritos en Sapena, Josefina, *Jurisprudencia constitucional*, Asunción, 2000. También en Corte Suprema de Justicia, *Fallos institucionales*, tomos I y II, Asunción, 2000.

administración. El acto de gobierno es siempre acto estatal, por lo que deberá estar inmerso dentro del orden normativo del Estado. Tanto los actos de gobierno como los discrecionales se manifiestan dentro de un sistema jurídico. Acto jurídico del poder administrador es ejercicio de sus funciones de dirección y acto discrecional es acto jurídico del poder administrador en ejercicio de sus facultades autorizadas. Estos dos aspectos conviven y existen por derecho, y consecuentemente, deben ser revisados toda vez que se alejen de esa sustancia.

Por otro lado, cuando en dos ocasiones, el 23 de abril de 1996, y posteriormente, el 20 de mayo de 2000, el proceso de transición a la democracia se vio violentamente amenazado por intentos de quiebre institucional, la Corte Suprema de Justicia emitió sendos comunicados públicos en los que advertía de “las graves consecuencias de una ruptura de la legalidad democrática”, y se declaró a sí mismo en “custodio de la Constitución”, y condenó “el uso de la fuerza como método de acceso al poder”.³²

Entonces, las transformaciones funcionales de la jurisdicción constitucional en los casos tratados plantean nuevos desafíos al interior del sistema constitucional desechando viejos paradigmas y favoreciendo una nueva visión de la Constitución. Todo ello requiere de una teoría del derecho que funde, legitime, cuestione procesos, elabore perspectivas, tanto positivas como negativas, y acompañe críticamente las reformas estructurales y los cambios funcionales. En ese sentido, es halagador que la reflexión académica sobre estos temas ya empezó —como los casos citados más arriba— y, en cierta medida, se estén abordando los temas más urgentes.³³

IV. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Habermas expuso las bases de una teoría del derecho del siguiente modo:

³² Corte Suprema de Justicia, *Fallos institucionales*, t. I, Asunción, 2000, pp. 383 y 607.

³³ Estas tareas de conocimiento y reflexión aquí mencionadas ya empezaron a ser asumidas en otros países latinoamericanos no tratados en este estudio. Para el caso argentino, véase Bazán, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 25-62.

A diferencia de las teorías filosóficas de la justicia, la teoría del derecho se mueve dentro de los límites de los órdenes jurídicos concretos. Sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc. A diferencia de la filosofía, la teoría del derecho no podrá preterir sobre todo aquellos aspectos que resultan de la interna conexión entre derecho y poder político, y en primera línea la cuestión de la autorización judicial de la utilización estatal de la fuerza legítima. Por otro lado, la teoría del derecho coincide con la dogmática jurídica en privilegiar la perspectiva del juez. Esto se explica por la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto. Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis jurídico. Pero la elección de esta perspectiva de investigación sólo significa una fijación metodológica, no una restricción del análisis al ámbito de la administración de justicia. En lo que a contenido se refiere, la teoría del derecho abarca también al legislador y a la Administración, es decir, a todos los subsistemas ocupados reflexivamente de la generación y reproducción del derecho, como también al sistema jurídico en sentido lato. De la dogmática jurídica se distingue por la pretensión de suministrar una teoría del orden jurídico en conjunto. A tal fin tiene en cuenta las perspectivas de los demás participantes, al incluir en su propia perspectiva explicativa, que no es otra que la del experto en derecho, los papeles del legislador político, de la Administración y del miembro de la comunidad jurídica (tanto del “cliente” de las burocracias estatales como del ciudadano) sin necesidad de abandonar por ello en ningún momento esa perspectiva... la teoría del derecho es en primera línea teoría de la jurisdicción y de la jurisprudencia y del discurso jurídico.³⁴

Entonces, una teoría funcional de la jurisdicción constitucional se elabora como una teoría del derecho, cuyo punto de fuga o lugar donde confluyen los elementos de análisis está situado en la fase dinámica de la jurisdicción constitucional, allí donde se transforma funcionalmente el rol institucional. Es aquí donde se pueden observar potencialidades y límites de la reforma estructural. El ámbito de las atribuciones se convierte en un medio para desarrollar una comprensión analítica del sistema constitucional.

Sin duda, las funciones de una jurisdicción constitucional deben guardar una relación de coherencia con las funciones de la Constitución en el

³⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, 2000, pp. 265 y 266.

Estado constitucional de derecho. El Estado precede históricamente a la Constitución, pero ésta constituye al Estado en un Estado constitucional de derecho. A partir de este proceso, la Constitución inaugura un nuevo orden estatal regido por normas fundamentales, y se asegura que los miembros de la sociedad encuentren las condiciones adecuadas para repeler los abusos del poder. En esta racionalidad constitucional es que la jurisdicción constitucional está llamada a cumplir una función garantista. Esta tendencia constitucional es parte del programa por un “ejercicio razonable del poder”, según lo expresara Valadés.