

II. Supremacía constitucional y modos de hacerla efectiva	41
1. Control legislativo	44
2. Control político	44
3. Control judicial	44
4. Control por la opinión pública	46
5. Ausencia de control	47
6. Sistema mixto de control	47
7. Principio de la legalidad	48
8. Principio de control	48
9. Control abstracto	49
10. Control concreto	50
11. Control difuso	50
12. Control concentrado	51

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y MODOS DE HACERLA EFECTIVA

La supremacía de la Constitución es el principio generador de la legalidad y de la estabilidad jurídica, y encarna la democracia organizada. Además, constituye la más eficiente garantía de la libertad y de la dignidad del individuo al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en la regla que prescribe la carta fundamental.

Ni el Poder Legislativo, ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Judicial, ni ningún otro órgano puede desentenderse de los principios y mandatos constitucionales. Todo debe encuadrarse dentro de sus normas.

Todo derecho está edificado sobre la base de la Constitución. La superioridad de la ley constitucional sobre la ley entraña la nulidad de las leyes ordinarias que contrarían la Constitución y plantea el problema del control de constitucionalidad de las leyes.

Se ha expresado que la Constitución es una superlegalidad, o sea, es la norma suprema del Estado, ya que toda norma debe conformarse a ella. Esta superioridad de las leyes constitucionales sería sólo un principio doctrinario, carente de toda efectividad, si se admitiera que los órganos del Estado pudieran violarlos.

Luego, el legislador ha establecido una sanción para el caso en que tal violación se produzca.

El problema surge, en consecuencia, cuando se parte del principio de que la Constitución contiene un conjunto de normas que el legislador no puede dejar de observar. Si el legislador las desestima o desconoce ¿cuál es la sanción?, y

¿cuál es el órgano encargado de dilucidar si la ley es o no constitucional?

La idea del control de la constitucionalidad tiene vestigios muy remotos. Se encuentran ellos en la Constitución que Sólon diera a Atenas, donde existía Aerópago, tribunal formado por una selección de ciudadanos notables que tenían la facultad de anular las leyes que se opusieran a la Constitución del Estado o fueran perjudiciales a la patria.

Otros antecedentes serían las facultades que ejercían los éforos de Grecia y los tribunales de Roma.

Mas, sin duda, es en la evolución constitucional inglesa donde están concretamente los antecedentes del control de la constitucionalidad y, en particular, en las ideas contenidas en el Agreement of the People o pacto del pueblo de 1647 y en el Instrument of Government, de 1653, de la época de Cromwell. En el primero se distinguen entre principios constitucionales fundamentales y no fundamentales, considerándose que los primeros son aquellos que integran los derechos inalienables de la nación misma y que ningún parlamento puede alterar porque el Parlamento posee un poder limitado. En el segundo de los textos ingleses se prescribe que “son nulas las leyes contrarias a sus disposiciones”. Por eso con razón se ha dicho que “Cromwell trazaba la vía constitucional en la que habían de estar los anglosajones de América cuando formaran una nación independiente, pues el Instrument of Government es el prototipo de la Constitución de los Estados Unidos”.

Pero fue en los Estados Unidos de Norteamérica donde se establecieron los fundamentos que decidieron sobre la constitucionalidad de las leyes, mediante la interpretación que hizo de la carta fundamental el juez John Marshall, quien en 1803 pronunció la palabra definitiva al conocer la causa “Marbury vs. Madison”, y que constituye la base de la jurisprudencia que se elaboró posteriormente sobre esta materia.

Esta sentencia no sólo consagra la facultad del Poder Judicial para determinar la conformidad o no de la ley con la Constitución, sino que, simultáneamente, resume la teoría del control de la constitucionalidad de las leyes.

Para explicar la relación existente entre el régimen constitucional y el control de la constitucionalidad conviene contrastar este régimen con el autocrático.

El régimen constitucional es aquel donde se consagran una serie de principios y de recursos jurisdiccionales que garantizan la juridicidad en las actuaciones del poder público. El régimen autocrático no obedece a norma política o jurídica alguna, no se obliga a observar reglas de conducta establecidas y acomoda sus actos a los dictados del titular del poder. Por su propia naturaleza, en este régimen se confunden con el titular del poder las calidades de controlado y de controlador.

Así es como en el régimen autocrático no puede existir un efectivo control de la constitucionalidad, que es propio del régimen constitucional.

El control de la constitucionalidad existió y existe aún en regímenes autoritarios y totalitarios. La Constitución de China Comunista, la de Yugoslavia, el gobierno fascista de Mussolini, tenían instituido el control de la constitucionalidad; pero este control dichos regímenes lo usaban a su arbitrio.

El control constitucional que tienda efectivamente a asegurar el respeto y la jerarquización de la norma jurídica debe tener cabida en un genuino Estado de derecho, significa un régimen constitucional democrático.

El control de la constitucionalidad tiene por objeto fijar límites a la omnipotencia legislativa y a garantizar el respeto al orden constitucional. Y por sobre todo esto el control de la constitucionalidad tiende al mantenimiento de un determinado orden de valores: los valores sociales fundamentales consignados en la Constitución.

Existen varios sistemas de control de la constitucionalidad: control legislativo, control político, control judicial, control por la opinión pública, ausencia de control, sistema mixto de control.

1. *Control legislativo*

Aquí se confía la guarda de la integridad constitucional al propio órgano Legislativo. Se critica que funciona como un autocontrol, que se confunden en un mismo órgano las calidades de controlado y controlador. Un propio órgano es parte del juez.

Este sistema se adoptó por primera vez en Francia en 1790, a instancia del abate Sieyès, y perduró hasta la Tercera República. Fue prohijado por la Constitución de Weimar, la de Bulgaria de 1947, la de Hungría de 1949, la de Yugoslavia de 1953.

2. *Control político*

Este sistema, que cuenta con muchos adeptos, se aplica en la actualidad, entre otros países, en Francia. La Constitución de la Quinta República de 1958 creó el Consejo Constitucional, formado por nueve miembros: tres designados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Duran nueve años en sus cargos, y se renueva por terceras partes al cabo de tres años; su presidente es nombrado por el presidente de la República.

Este Consejo tiene facultades de carácter electoral y de contralor preventivo de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

Lo estableció también la Constitución española de 1931, que creó también el Tribunal de Garantías Constitucionales, de corte político.

Existe en Alemania, Italia y Colombia.

3. *Control judicial*

Es el sistema de control jurisdiccional y que abarca, a su vez, formas y sistemas diversos.

Puede revestir dos formas: entregado a un tribunal especial, creado para estos efectos, o bien facultar a los tribunales

ordinarios de justicia, o a su exponente máximo, para que lo ejercite. En el primero de los casos está Austria, en cuya Constitución de 1920, en que le corresponde especial intervención en su redacción a Hans Kelsen, se creó la Alta Corte Constitucional, que entre otras atribuciones tenía la de declarar de oficio la inconstitucionalidad de cualquier precepto legal, siempre y cuando una ley sirviera de base a sus propias decisiones.

La Constitución de Baviera de 1947 establece un tribunal especial. La Constitución de Cuba entregó el control de la constitucionalidad de las leyes al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

En el segundo caso, o sea, facultar a los tribunales ordinarios para que tengan el control de la constitucionalidad, podemos citar a los Estados Unidos de Norteamérica, en donde los tribunales de justicia, tanto estatales como nacionales, y, muy en especial, la Corte Suprema Federal, se pronuncian sobre la validez de la legislación general, en relación con la carta fundamental.

El artículo VI, parte segunda, de la Constitución norteamericana, afirma la supremacía de la Constitución, pero no dice en forma expresa a quién corresponde velar por la aplicación de todas las normas de esa ley suprema.

La Corte Suprema interpretó que era ella a la que correspondía velar por la Constitución.

La doctrina mantenida hasta la fecha es que la Corte Suprema interpreta las leyes aprobadas por el Congreso, vela por que no se violen los principios de la Constitución y puede declarar inconstitucional cualquier ley si opina que es contraria a los principios de la carta fundamental. Además, según, el párrafo 2 del artículo VI, se preceptúa que, en caso de discordancia, la Constitución, los tratados y las leyes de los Estados Unidos prevalecerán sobre las leyes de los estados y locales.

En la mayoría de los países americanos la función contralora es la facultad de los propios tribunales ordinarios. Señala

lamos algunas Constituciones que entregan esta importante función al Poder Judicial:

- a) Bolivia (artículo 127, número 5, y artículo 228).
- b) México (artículo 105).
- c) Panamá (artículo 188).
- d) Uruguay (artículos 232 y 234).

En Chile existe el recurso de inaplicabilidad consagrada en el artículo 80, que faculta a la Corte Suprema para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes en los casos particulares de que conozca o le sean sometidos en recursos interpuestos en juicio ante otro tribunal y los declara inaplicables para ese solo caso.

El control jurisdiccional puede ser por la vía de la acción y por la vía de la excepción. Por el primero, la solicita cualquier persona, y es un verdadero proceso que se intenta contra la ley. Si ella es declarada contraria a la Constitución se produce la nulidad de manera general. Por el segundo, es indispensable un proceso seguido ante un tribunal ordinario, en el cual se va a hacer aplicación de la ley que se supone inconstitucional. La parte perjudicada hace valer la excepción y solicita que el tribunal no la aplique por ser contraria a la carta fundamental. Si se admite el recurso, la ley se deja de aplicar, en caso particular; pero ella no es anulada y puede ser aplicada en otros casos.

En Inglaterra, donde la Constitución es el resultado del derecho ordinario del país, es también, en suma, una Constitución elaborada por los jueces.

4. Control por la opinión pública

O sea, confianza en la opinión pública. Este sistema fue adoptado en Francia en 1791, que dejó confiada la guarda y control de la Constitución “A la fidelidad del cuerpo legislativo, del rey y de los jueces: a la vigilancia de los padres de familia, de los esposos y de las madres; a la elección de todos los ciudadanos y al valor de todos los franceses”.

5. Ausencia de control

Si existe un sistema que no anula ni hace inaplicable la ley contraria a la Constitución, el control desaparece o no existe. En estos casos no existe un verdadero control sino una apariencia de él.

Este es el sistema que adoptó la Cuarta República en Francia, en la Constitución de 1946 (artículos 90 a 95), lo que permitió a autores como R. Malazieux y J. Rousseau afirmar que hay ausencia de control.

En efecto, “El Comité Constitucional” que preside el presidente de la República y que integran personalidades, es el encargado del control de la constitucionalidad o, más bien dicho, de la legalidad de la Constitución, toda vez que, si bien puede plantearse el examen de la constitucionalidad de la ley, no lo es menos que si las asambleas insisten positivamente sobre la ley, se produce una reforma de la carta fundamental, conservando, como se ve, la ley en su plena vigencia.

6. Sistema mixto de control

El control de la constitucionalidad de las leyes es entregado conjuntamente a los tribunales ordinarios y a un órgano netamente político.

Es el sistema adoptado en la Constitución de Chile (artículos 80 y 82).

El control también es *a priori* o preventivo y *a posteriori*. La Constitución de Francia establece el primero de estos controles al disponer en el artículo 61: “las leyes orgánicas antes de ser promulgadas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de cobrar vigencia deberán ser sometidas al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará respecto a su conformidad con la Constitución”.

A este mismo fin, las leyes pueden ser remitidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el presidente de la República, el primer ministro o el presidente de cualesquiera de las dos asambleas.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, el Consejo Constitucional debe resolver en el plazo de un mes. Sin embargo, a petición del gobierno, si hay urgencia, el plazo puede reducirse a ocho días.

En estos mismos supuestos la intervención del Consejo Constitucional suspende el plazo de promulgación.

Artículo 62:

Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigor.

Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. Obligan a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

El control de constitucionalidad puede tener efectos absolutos y relativos. En los casos de control político, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales. Cuando el control es jurisdiccional, por regla general tiene efectos relativos. Sin embargo, algunas Constituciones han adoptado un sistema diferente y atribuyen al Poder Judicial una verdadera facultad derogativa de la ley, como es el caso de Italia, Venezuela y los Estados Unidos de Norteamérica.

7. Principio de la legalidad

No es otra cosa que el cumplimiento que realiza la administración como mera ejecutora de la ley.

Este principio fue formulado y desarrollado por Raymond Carré de Malberg en su obra *Contribución a la teoría del Estado*.

La administración debe estar sometida a la ley. Sus actos deben ajustarse a la ley.

8. Principio de control

Los actos administrativos deben estar sujetos a control a fin de analizar si ellos se encuentran dentro de las facultades y competencias que las leyes les atribuyen.

Este control es de carácter exclusivamente jurídico.

El control de los actos administrativos adquiere diversas formas:

- a) Según su oportunidad.
- b) Según su naturaleza.
- c) Según su amplitud.

Según su oportunidad, los actos administrativos pueden ser preventivos y *a posteriori*. El control preventivo se realiza antes de que el acto sea obligatorio. *A posteriori*, cuando existen recursos que puedan atacarlo.

Según su naturaleza pueden ser jurídicos o de mérito. Los primeros, cuando se verifica la constitucionalidad y legalidad de ellos. Los segundos, según sea la mayor o menor conveniencia del acto mismo. Aquí se juzga la eficacia o ineficacia del acto. Este control está sujeto a los principios del derecho administrativo.

Según su amplitud se clasifican en generales y específicos. Los generales se refieren a los actos administrativos que tienen relación con cualquier servicio público. Los específicos tienen relación con un servicio público determinado.

En lo que se refiere al órgano de control de los actos administrativos, puede ser realizado por el propio servicio, mediante sus departamentos de inspección, jurídicos o fiscalías. Esto se denomina autocontrol.

También se puede realizar el control por intermedio de un organismo autónomo. Por último, existe el control jurisdiccional, mediante tribunales especiales.

9. *Control abstracto*

La denominación control abstracto viene del hecho que se acude al tribunal pertinente fuera de todo litigio preexistente para presentar un recurso contra alguna norma legal.

Este control de la constitucionalidad se ejerce generalmente a iniciativa de los órganos políticos.

10. *Control concreto*

Este control se ejerce a iniciativa de órganos jurisdiccionales, como cuando con motivo de un proceso ordinario se cuestiona la constitucionalidad de una norma legal que deba aplicarse en el proceso. Entonces como procedimiento incidental se introduce en el procedimiento ordinario.

Este sistema de control se aplica en los Estados Unidos de Norteamérica, con un matiz, que es fundamental: el proceso constitucional no puede ser resuelto más que por la Corte Constitucional (técnica del control concentrado).

En consecuencia, el juez ordinario suspende la decisión en el proceso ordinario y reenvía el proceso constitucional, que nace a partir de un litigio determinado, al juez constitucional, y no retorna el proceso hasta la decisión del juez constitucional. De aquí se deriva la denominación de control concreto.

Tanto el sistema de control abstracto como el concreto anula la ley con efectos *erga omnes*.

11. *Control difuso*

Según este sistema, cualquier juez tiene competencia para actuar como juez constitucional, pudiendo, en consecuencia, anular una norma por ser contraria a la Constitución.

Este sistema se aplica en los Estados Unidos de Norteamérica, basado en los preceptos del artículo III, sección 2o., y artículo VII, sección 2o. de su Constitución.

Este mecanismo se conoce con el nombre de *judicial review* o caso incidental de revisión, y su origen se encuentra en el caso “*Marbury vs Madison*”.

Aquí la salvaguardia de la Constitución se atribuye al organismo judicial ordinario y se realiza sobre normas que tienen carácter definitivo, nacionales o internacionales. Se desconoce el control preventivo.

12. *Control concentrado*

El sistema de control concentrado otorga en forma exclusiva el control de constitucionalidad a un organismo judicial determinado y especializado.

Puede ser una corte constitucional o tribunal constitucional o una sala constitucional que forme parte de la Corte Suprema de Justicia.

A este sistema de control se le denomina kelseniano, austriaco o europeo. Se estableció por primera vez en Austria (1929) a iniciativa de Hans Kelsen.

La influencia de Kelsen en este sentido ha sido determinante. Este sistema implantado en Austria (1920 Alta Corte Constitucional), aparece luego en España (II República, Tribunal de Garantías Constitucionales y 1978, Tribunal Constitucional), Italia (1947, Corte Constitucional); Alemania (1949, Corte Constitucional); Grecia (1975, Tribunal Superior Especial); Portugal (1982, Tribunal Constitucional, reforma Constitución de 1976); Perú; Chile; Ecuador; Guatemala; Brasil; Colombia; Paraguay; Panamá; Uruguay, y México.