

IMPORTANCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

Hugo Corujo Sanseviero¹

Resumen

El presente documento expone aspectos generales sobre la importancia de los Tribunales Constitucionales en América Latina y su relación con el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Palabras clave: Constitución, bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, justicia constitucional.

1. Precisiones previas

El presente trabajo expone, en términos generales, aquellos aspectos que permiten advertir la importancia de los Tribunales Constitucionales para Latinoamérica. Al respecto, corresponde precisar qué se entiende por la expresión Latinoamérica, referida, claro está, a la *América Latina*.

Dicha expresión es empleada sobre todo por influjo de la cultura francesa, y su uso generalizado es relevante para establecer la diferencia entre la cultura de nuestra región y la cultura angloamericana. También es de tener en cuenta que, debido a que en ciertos aspectos nuestra región tiene fundamentos que la relacionan con la península Ibérica, hay quienes han utilizado la expresión *América Ibérica*.

Recordemos que las bases geográficas de Latinoamérica y la historia precolombina denotan fracturas de diverso grado, tanto en América Central como en América del Sur, por la presencia europea y norteamericana. En lo que respecta particularmente a nuestra región, la pugna de intereses entre Portugal, España y Gran Bretaña trajeron aparejada la división de Brasil, Paraguay, Argentina y Uruguay a pesar de la continuidad geográfica.

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Adscripto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Udelar. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UDE. Contacto: hcorujo@hotmail.com

La mayor influencia cultural ha sido la de Occidente, cuyas bases provienen de la antigua Grecia, Roma, judeocristianismo y los germanos.

En la actualidad, la cultura occidental se desenvuelve en un marco de relaciones entre el mercado y la economía, que con frecuencia se vuelve tensa, procurando al mismo tiempo mantener la debida relación entre los derechos humanos y la democracia.

La región de América Latina resulta contradictoria en el espacio y en el tiempo, con clara diferenciación cultural, que no logra alcanzar los niveles científicos y tecnológicos con que cuenta Occidente y, como consecuencia, colocan a nuestra región en más de las veces en una situación de dependencia.

En realidad, las características de nuestra región determinan en parte condiciones para la elaboración y funcionamiento de la normativa constitucional, en un mundo globalizado y con países latinoamericanos que en ciertos períodos han visto comprometida la institucionalidad.

Últimamente, y a modo de ejemplo, la forma del ejercicio del poder en la República de Venezuela parece revelar un proceso de desintegración del Estado, en la medida que el Estado de derecho se percibe como bloqueado por las bases reales en que se ejerce el poder y que preocupa a la comunidad internacional.

2. Consideraciones generales

En principio, es de precisar que el constitucionalismo moderno se desarrolló a partir de las revoluciones americana de 1776 y francesa hacia 1789, teniendo como principal característica el concepto de Constitución como ley suprema, real y que efectivamente contiene normas de aplicación directa tanto a los órganos del Estado como también a los individuos.

Este concepto que fue adoptado por los países de América Latina tuvo mayor influencia a partir de la Segunda Guerra Mundial, arraigando en nuestros países el principio de supremacía constitucional y de lo que se ha llamado justicia constitucional.

Así, por ejemplo, el sistema constitucional de Venezuela se basó en el principio de supremacía constitucional, previendo expresamente la garantía objetiva de la Constitución; al declarar como nulas y sin ningún valor las leyes y demás actos estatales que fuesen contrarios a sus normas. La Constitución es un cuerpo normativo que no solo organiza la estructura del Estado para el ejercicio del poder público, sino que también reconoce y declara los *derechos fundamentales* de los ciudadanos.

Este proceso de desarrollo del sistema de contralor de la constitucionalidad de los actos expedidos por el Estado condujo a los países de América

Latina a realizar dicho control, por sistemas tanto de carácter difuso como también de carácter concentrado.

En efecto, cuando todos los tribunales de un país tienen competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes estamos en presencia del sistema difuso, teniendo en cuenta el método de control de constitucionalidad. Este sistema, conocido como «sistema americano», tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, caracterizado por el caso *Marbury vs. Madison* y que resultó decidido por la Corte Suprema en 1803, teniendo gran repercusión desde el punto de vista político el fallo del juez *John Marshall*. Dicho fallo se daba en momentos de lucha entre los incipientes partidos norteamericanos, federalistas y republicanos.

Cuando John Adams, Presidente *federalista*, se encontraba al final de su mandato procedió a efectuar algunos nombramientos para cargos judiciales y el Congreso cuyos poderes expiraban en el mes de marzo de 1801; aprobó en el mes de febrero dos leyes «Circuit Court Act» para creación de cargos judiciales.

Fue así que el Presidente John Adams se dispuso prontamente a proveer dichos cargos con personas de su confianza, nombrando entre otros a William Marbury como Juez de Paz del Distrito de Columbia, siendo ratificado el nombramiento por el Senado y extendiéndose la preceptiva credencial.

Sin embargo, una vez que asume el poder el nuevo Presidente electo, el *republicano* Thomas Jefferson (1801-1809), ordena a su Secretario de Estado Madison a que no facilitara las correspondientes credenciales a Marbury para ocupar el cargo de Juez de Paz.

Ante esta situación, Marbury acude ante el Tribunal Supremo solicitando se expidiera el correspondiente mandamiento de comparecencia, a efectos de obligar al Secretario de Estado a extender la credencial necesaria para efectivizar su nombramiento como juez. La cuestión de fondo estaba planteada en cuanto a si una ley que había sido votada por el Congreso, pero que no era acorde a la Constitución, podía aplicarse y continuar vigente aún comprobada su anomalía.

Marshall aplica un razonamiento lógico, considerando que de nada serviría que la Constitución acotara a las diferentes ramas del poder, si el Congreso, por su parte, podía aprobar leyes contrarias a la Constitución. Inmediatamente, se pregunta en cuanto a si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas, para lo cual los órganos jurisdiccionales habrían de determinar qué cosa es ley y qué cosa no lo es, a fin de resolver el derecho aplicable en cada caso.

La conclusión de Marshall, citando el argumento de Alexander Hamilton, contenido en el artículo LXXVIII de «El Federalista», indica que habrá de partir del principio de que el gobierno de los Estados Unidos, atendiendo a su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones. Por tal razón, cuando una ley es contraria a la Constitución no constituye derecho.

De esta forma, los tribunales no solo no están obligados a cumplir una ley contraria a la Constitución, sino que tienen la obligación de reafirmar la Constitución como ley suprema del país.

Este sistema fue adoptado por Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú, México y Venezuela.

En cuanto al sistema de método concentrado, también tuvo influencia en América Latina. En este sistema, el contralor de constitucionalidad de las leyes y otros actos expedidos por el Estado, en contravención a lo establecido por la Constitución, se atribuye a un solo órgano del Estado.

La llamada jurisdicción constitucional es ejercida ya sea por la Corte Suprema de Justicia, Tribunal o Corte Constitucional, formando parte del Poder Judicial. Dicho sistema se conoce como «sistema austríaco», ya que fue adoptado en 1920 por Austria, como así también se desarrolla el «modelo europeo», en que al Tribunal o Corte Constitucional se lo ubica fuera del Poder Judicial.

Es de tener en cuenta que en América Latina se ha ido tomada conciencia que, si bien el principio de supremacía de la Constitución es de fundamental importancia, la realidad práctica muestra que desde el punto de vista jurídico dicho principio puede resultar imperfecto e inoperante.

Para una efectiva protección de la Constitución ante los actos inconstitucionales del Estado o ante cualquier ruptura del ordenamiento constitucional se requiere establecer garantías judiciales.

De cuanto viene de decirse, se advierte claramente que no existe sistema único de justicia constitucional, muy por el contrario, cada país adoptará el sistema que entienda más adecuado al ordenamiento jurídico y estructura organizacional del Estado. El sistema de método difuso es el que más influencia ha tenido en países tanto de la *familia jurídica romana* como del *common law*; mientras que el sistema de método concentrado adquirió su mayor desarrollo en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Este flagelo de la guerra trajo como consecuencia un tercer movimiento constitucionalista, reformulando las normas constitucionales, consagrando nuevos derechos como garantía de protección del hombre y presuponiendo la directa aplicación de la Constitución.

Dadas las características que pueden adoptar estos sistemas de control de constitucionalidad en los distintos países, muchas veces se adoptan sistemas *mixtos*, permitiendo que funcionen ambos sistemas al mismo tiempo.

De esta forma, los tribunales de justicia tienen, por un lado, la facultad de juzgar la constitucionalidad de las leyes y, por consiguiente, pueden decidir en forma autónoma su inaplicabilidad al caso concreto; pero, paralelamente, se cuenta con la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Constitucional para declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales. La declaración de inconstitucionalidad es de su exclusiva atribución y se hace generalmente con efectos *erga omnes*.

Esto ha sido de aplicación en países como Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú, México y Venezuela.

De estos países podemos destacar el caso de Guatemala que, a partir de 1921, consagra en su Constitución (art. 93, c) la facultad de los tribunales para declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los demás poderes del Estado, cuando sean contrarios a la Constitución. A partir de 1965 la Constitución guatemalteca añade al sistema difuso existente un control de constitucionalidad concentrado, facultad que se le confiere al Tribunal Constitucional, siendo el primero creado para ese fin en América Latina.

También podemos citar el sistema mixto utilizado por Perú, ya que desde la Constitución de 1979 se sentaron las bases del método difuso para el control de constitucionalidad, pero dotándolo de un Tribunal de Garantías Constitucionales, a modo del tribunal español, y que en 1993 se convierte en Tribunal Constitucional ubicado fuera del Poder Judicial.

La noción de Tribunal Constitucional aparece, por primera vez, en las constituciones austríaca y checoslovaca de 1920, por iniciativa de Hans Kelsen, lo que dio origen al establecimiento de tribunales constitucionales en Europa central y oriental, en las nuevas constituciones de Albania, Armenia, Bulgaria, Croacia, Hungría, Lituania, Macedonia, Polonia, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia y Yugoslavia.

Conforme a la doctrina procesal constitucional, el modelo austríaco o kelseniano ha sido el punto de partida para la expansión a nivel mundial de los tribunales constitucionales.

La Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920, con las posteriores reformas, desarrolló la organización y funciones del Tribunal Constitucional, estableciendo un sistema en que los tribunales ordinarios no tienen competencia para dirimir la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales promulgados conforme a la ley.

En tal sentido, en caso que el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberán interponer ante el Tribunal Constitucional el recurso de anulación.

Es, en definitiva, el Tribunal Constitucional el único órgano competente para determinar la inconstitucionalidad de las leyes, advirtiéndose la notoria diferencia con el sistema o modelo norteamericano.

La Constitución de Austria confirió al Tribunal Constitucional la facultad de anular la ley en todo o en parte, teniendo su decisión efectos, no solo para el caso concreto, sino también con alcance general para todos los casos futuros, esto es, con efecto *erga omnes*.

Esto difiere del modelo norteamericano en que el hecho de que el órgano que aplica las leyes declare que una norma de carácter general es inconstitucional, faculta a dicho órgano para invalidar la norma general en el caso concreto. Ahora bien, la norma como tal (ley, reglamento) conserva su validez y, en consecuencia, puede aplicarse en otros casos.

Estas cuestiones que tienen relación con las diversas opiniones respecto de la constitucionalidad de una ley (sentido amplio), permitieron advertir que, en algún caso, el órgano jurisdiccional competente podía aplicar la ley por considerarla constitucional, mientras que otro órgano, también competente, podría negarse a aplicarla por inconstitucional; careciendo de decisión uniforme sobre la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley. En suma, se trata de optar por aquel sistema que contribuya en mejor forma a mantener la autoridad de la Constitución.

3. Importancia de la Constitución

Con el nuevo o *neoconstitucionalismo* se ha entendido que la Constitución no es solamente un Código Político, por el que se establece la estructura organizacional del Estado y la forma de ejercer el poder los órganos competentes. La Constitución comprende la declaración de derechos, deberes y garantías para los habitantes del Estado de que se trata, así como también constituye la vía de referencia en materia de principios y valores que deben inspirar al intérprete de la carta constitucional.

Al respecto, Risso Ferrand, con relación a las pautas interpretativas de lo que algunos llaman constitución invisible o no escrita, expresa: «... las enseñanzas del pasado (la tradición, la jurisprudencia, las prácticas constitucionales), las convicciones, valores y opiniones de una sociedad en un momento determinado, el derecho internacional, el derecho comparado y las opiniones de la comunidad internacional, a través de sentencias, declaraciones, etc.» (2017).

Estos aspectos hacen que la Constitución se adapte a las nuevas circunstancias que se presentan con el devenir del tiempo, y que, para atender la realidad cambiante, se requiere de una Constitución viviente, cuya significación sea vital y no formal.

Sin embargo, conociendo que existen en la Constitución derechos reconocidos o preexistentes, como también derechos consagrados, en modo alguno la interpretación que pueda realizarse para regular las nuevas realidades puede implicar un hacer o no hacer contrario al texto constitucional.

De la lectura del artículo 7 de nuestra Constitución se advierte que los derechos reconocidos o preexistentes (vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad) son aquellos que existen en forma previa al establecimiento de la Carta Constitucional, se trata de *derechos inherentes a la persona humana*, que hacen a la *dignidad de la persona*. En tanto, los derechos consagrados por la Constitución son aquellos que tienen por finalidad la protección en el goce del ejercicio de cada uno de los derechos antes referidos y que, en consecuencia, nacen de la propia regulación constitucional.

De ahí la importancia del artículo 72 de nuestra Constitución, que en materia de derechos, deberes, garantías y principios de derecho nos da un concepto amplio, comprensivo, que va más allá del texto escrito, alcanzando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con valor y fuerza, que deriva de la dignidad de la persona humana.

Esta disposición constitucional, que tiene origen en la Constitución de 1918, tuvo por fuente la IX Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1878 y el artículo 33 de la Constitución argentina de 1853, consagrándose para nuestro derecho la filosofía «jusnaturalista».

Correa Freitas ha referido a un aspecto sustancial en materia de aplicación del derecho y particularmente en lo que hace al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, expresando:

El surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como las relaciones entre éste y el Derecho constitucional, ha provocado un severo cuestionamiento al dogma de la soberanía del Estado y la supremacía constitucional, que constituyeron la base fundamental del Derecho Constitucional clásico. Asimismo, la soberanía estatal y la supremacía de la Constitución de cada uno de los Estados, modernamente han ido cediendo terreno ante el fenómeno de la integración regional y la supranacionalidad (2016).

Estos conceptos revelan la importancia de lo que se ha dado en llamar bloque *de constitucionalidad*, cuando nos enfrentamos ante un derecho o principio que derive de la dignidad de la persona, considerados de máximo rango normativo y fuerza jurídica.

En virtud de lo preceptuado por el artículo 72 de la Constitución de la República, es que en nuestro ordenamiento jurídico ingresan derechos, deberes y garantías consagrados en tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica de fecha 22 de noviembre de 1969.

Dicha Convención fue aprobada en nuestro país por el artículo 15 de la Ley N° 15.737 de fecha 8 de marzo de 1985, y se reconoció expresamente la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

4. Jerarquía de los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos

Con la Convención Americana de Derechos Humanos y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha consignado en América Latina la supranacionalidad en materia de derechos humanos, así como también se ha generado el *control de convencionalidad* del ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados. En cuanto a la aplicación de la Convención y forma de realizar el control de convencionalidad se ha dado efectivamente un proceso evolutivo.

En primer lugar, en el caso «Almonacid Arellano y otros vs. Chile» (2006), se establece que el control de convencionalidad no solo debe hacerlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también los jueces y tribunales del Poder Judicial de cada Estado. Para el efectivo control de convencionalidad habrá de tomarse en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo su jurisprudencia.

En segundo lugar, se produjo un nuevo avance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso «Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú» (2006), entendiéndose que los órganos del Poder Judicial deben ejercer el control de constitucionalidad y control de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas del ordenamiento jurídico interno de cada Estado y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tercer lugar, con el caso «Radilla Pacheco vs. México» (2009), la Corte Interamericana da un nuevo paso, sosteniendo que la aplicación e interpretación del derecho interno por cada Estado debe realizarse conforme a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte. Al respecto, reviste importancia lo establecido por el artículo 2 de la Convención, en tanto expresa: «... los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

También revisten importancia los artículos 62 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El artículo 62.3 establece la competencia de la Corte Interamericana para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido a su decisión, siempre que los Estados partes, en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, sea por declaración especial o convención especial.

El artículo 68.1 preceptúa que los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Al respecto, es de tener en cuenta que en América Latina existen distintas categorías de Constitución, en atención a la jerarquía que se le asigna a los tratados, pactos o convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

En primer término, tenemos aquellas constituciones que dan preeminencia a los instrumentos relativos a la materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, tales como las constituciones de Guatemala (1985), Colombia (1991) y Bolivia (2009).

En segundo término, las constituciones que consagran la jerarquía constitucional para los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como son las constituciones de Argentina (1994), Brasil (1988, según enmienda de 1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), República Dominicana (2010).

En tercer término, las constituciones que reconocen a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos jerarquía supralegal, pero infra constitucional, tales como son las constituciones de Costa Rica (1949), Honduras (1982), Paraguay (1992) y El Salvador (2015).

En cuarto término, las constituciones que no hacen referencia expresa a la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como son las constituciones de Perú (1993), Panamá (2004), Chile (2005), Nicaragua (2014) y Uruguay (1967).

Ahora bien, en el caso particular de nuestro Estado, si bien la Constitución uruguaya no establece a texto expreso solución respecto de la jerarquía correspondiente a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que dichas normas convencionales tienen jerarquía

similar a la ley. Esto lleva a preguntarse si una ley posterior en el tiempo podría derogar un tratado internacional en materia de derechos humanos.

Al respecto, es importante la posición adoptada por Correa Freitas, quien entiende que: «... un tratado internacional no podría ser derogado por una ley posterior, ya que, de acuerdo a lo establecido por la Constitución de la República, los tratados, pactos y convenciones internacionales, tienen un procedimiento de elaboración distinto del establecido por la Carta para la ley ordinaria» (2016).

También es de tener especialmente en cuenta que el Estado uruguayo no podría deslindarse de las obligaciones asumidas al ratificar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, mediante la expedición de una ley ordinaria que derogara en todo o en parte un tratado, pacto o convención internacional que hubiere sido objeto de ratificación por ley.

Al respecto, es de tener presente lo preceptuado por el artículo 27 de la Convención antes referida, en tanto establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Se advierte, entonces, la importancia del *control de convencionalidad* que debe ser realizado *ex officio* entre las normas del Derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Nuestra Constitución vigente establece para el control de constitucionalidad de las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción un sistema concentrado. Según lo preceptuado por el artículo 257 de la Carta, compete el conocimiento y resolución *originaria y exclusiva* en la materia a la Suprema Corte de Justicia, pudiendo declarar la inconstitucionalidad de las normas antes referidas.

Ahora bien, cuando se trata de abordar el control de convencionalidad de las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, puede ser hecho por cualquier juez o tribunal; así como también en caso de los actos administrativos, reglamentos y resoluciones, el control de convencionalidad será hecho por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 309 de la Constitución) y jueces y tribunales dentro de su competencia. Sin embargo, la *declaración de inconvencionalidad*, por contrariar instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, es competencia *originaria y exclusiva* de la Suprema Corte de Justicia.

Tal afirmación tiene su respaldo jurídico en el ordinal 1º del artículo 239 de la Constitución de la República, en tanto a la Suprema Corte de Justicia corresponde juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin

excepción alguna, en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados.

5. Noción de Tribunal Constitucional

A efectos de dar una noción general relativa al Tribunal Constitucional seguiré lo reseñado por Louis Favoreau.

Este autor ubica la aparición del Tribunal Constitucional por primera vez en las Constituciones de Austria y Checoslovaquia, tal como se expresó anteriormente, por iniciativa de Hans Kelsen hacia 1920. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se van a crear en Alemania e Italia tribunales similares, extendiéndose luego esta noción a Yugoslavia, Turquía, para aparecer hacia 1958 el Consejo Constitucional francés.

Como desarrollo de este proceso es que en las décadas del 70 y 80 surgen los Tribunales Constitucionales de España y Portugal, sumándose luego los Tribunales Constitucionales de Albania, Armenia, Bulgaria, Croacia, Hungría, Lituania, Macedonia, Polonia, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia y Yugoslavia.

Ahora bien, es de precisar que no fue fácil introducir la noción de tribunales constitucionales en Europa, ya que hubo resistencia para admitir una institución compuesta por jueces, no magistrados profesionales, designados por autoridades políticas mediante criterio de designación distinto al utilizado para los magistrados- funcionarios. Estos últimos lograban sus ascensos en forma progresiva, haciendo carrera hasta llegar a la cúspide jerárquica.

Por otra parte, a los juristas norteamericanos les extrañaba más el hecho de que se pudiera en muchos casos acudir ante el Tribunal Constitucional, sin que un litigio concreto hubiera tenido lugar, y movilizara la jurisdicción del Tribunal Constitucional ante el planteo de un recurso directo contra una ley.

También desde la ciencia política se ponía en tela de juicio la naturaleza política de los tribunales constitucionales al considerar que el invalidar las leyes del Parlamento y desarrollar cada vez más la técnica de las reservas de interpretación resultaba que los tribunales constitucionales, en realidad, participaban en la elaboración de las leyes como una especie de *colegislador*.

Al respecto, Favoreau, citando a Hans Kelsen, expresa: «... la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo, por decirlo así, nada más que la elaboración con un signo negativo, pues ella misma tiene una función legislativa» (1997). Claro está que el autor refiere al concepto de legislador negativo.

Sin perjuicio de las dificultades que existieron para el establecimiento de tribunales constitucionales, no es desconocida por la doctrina en general su importancia, en tanto guardianes de las normas fundamentales que regulan la vida en sociedad, contribuyendo a precisarlas, hacerlas eficientes y garantizando su aplicación. No cabe duda que sus decisiones tienen repercusiones de consideración tanto respecto al ordenamiento jurídico como en lo político, ya que también les incumbe la tarea de que evolucione el texto constitucional, con el fin de adaptarlo a los cambios de la sociedad, provocando las revisiones necesarias.

El Tribunal Constitucional se caracteriza por ser originario, exclusivo en su naturaleza, es estructuralmente distinto de las jurisdicciones ordinarias, no se ubica en la cima de la estructura jurisdiccional, sino que se ubica fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de este, y sin utilizar su dotación de personal ni logística.

Su composición no se acomoda a las jurisdicciones ordinarias, tienen jurisdicción especializada, consagrándose exclusivamente al conocimiento de las cuestiones constitucionales.

En el modelo europeo de justicia constitucional se ve más bien como un cuarto poder. A modo de ejemplo, en la República Federal de Alemania el Tribunal Constitucional no es solamente una jurisdicción, sino que también es un órgano del Estado (poder constitucional), desempeñando un papel similar al de los otros poderes del Estado.

Se fortalece así la teoría de separación de poderes, en la medida que se encarga de que cada uno de ellos observe los límites de su competencia.

Al respecto, Favoreau refiere a la explicación dada por Vezio Crizafulli hacia 1968, con relación al Tribunal Constitucional italiano, quien expresaba lo siguiente:

(...) es cierto (...) que el Tribunal no entra, no solamente en el orden judicial, sino también en la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término, es decir, en el conjunto de los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales. (...) El Tribunal Constitucional (...) permanece fuera de los poderes estatales tradicionalmente conocidos: forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto de la Constitución en todos los campos (1997).

6. Control judicial de constitucionalidad de las leyes por Corte Suprema de Justicia o por Sala Constitucional en América Latina

Para este análisis tomaremos como ejemplo algunos Estados en que el control judicial concentrado de constitucionalidad es atribuido en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia o bien a una Sala Constitucional.

En primer lugar, tenemos a Guatemala que, a partir de la Constitución de 1965, fue el primer país latinoamericano en instaurar, conjuntamente con el método difuso, el método concentrado de control de constitucionalidad. Dicho control fue atribuido a una Corte Constitucional creada a tal fin y conforme al modelo europeo.

Conforme a la Constitución de 1985, los poderes de control de la Corte Constitucional se ejercen al presentarse la acción directa de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones de carácter general, como pueden ser los actos ejecutivos, y que sean objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional tiene la facultad de suspender provisionalmente los efectos de la ley o acto cuya inconstitucionalidad se reclama durante el proceso, tratándose de un caso de inconstitucionalidad notoria y que pueda aparejar gravamen irreparable. La acción directa de inconstitucionalidad solo puede ser presentada por determinados funcionarios y autoridades, teniendo la decisión de la Corte efectos generales, *erga omnes*, y cuando se decida la suspensión provisoria antes referida debe publicarse en el Diario Oficial.

En segundo lugar, podemos citar aquellos países como Panamá, Honduras y Uruguay, en los que la Constitución atribuye a la Corte Suprema el carácter de único juez para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos.

En Panamá la Constitución atribuye a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo del control de constitucionalidad de la legislación, alcanzando no solo a las leyes y demás actos de similar rango normativo, sino también a los actos administrativos y decisiones judiciales.

El control de constitucionalidad podrá ser promovido por vías de acción popular o incidental, planteada esta por un órgano estatal inferior competente para ejercer jurisdicción. En ambos casos, la decisión que adopte la Corte Suprema de Justicia tiene efectos generales, *erga omnes*, obligatorios y no queda sujeto a ningún tipo de control.

En Honduras, la Constitución de 1982 atribuye el control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, estableciendo el método concentrado, pudiendo conocer en los asuntos que se presenten por acción directa de personas interesadas o por la vía incidental promovida en proceso ordinario, mediante revisión que haga el juez competente.

En nuestro país, la Constitución vigente atribuye a la Suprema Corte de Justicia competencia originaria y exclusiva para el control de constitucionalidad de las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales con

fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 y 260), ejerciendo dicho contralor tanto por razones de forma como de contenido.

La solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos antes referidos y su inaplicabilidad podrá plantearse por vía de acción directa ante la Suprema Corte de Justicia, por todo aquel que se considere lesionado en su interés *directo, personal y legítimo*. También podrá promoverse por vía de excepción o defensa, planteada en procedimiento judicial por el interesado, como asimismo por vía de oficio solicitado por juez, tribunal o Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Tanto en vía de excepción o defensa como de oficio se procederá por juez o tribunal competente a suspender el procedimiento en curso y elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

La decisión de la Suprema Corte de Justicia en nuestro sistema refiere al caso concreto y, en consecuencia, tiene efectos solo en los procedimientos en que fueron adoptados.

En tercer lugar, tenemos los países en que el poder de declarar la inconstitucionalidad y la desaplicación de las normas contrarias a la Constitución se atribuyen a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En Paraguay, conforme a la Constitución de 1992, se mantiene el sistema concentrado para el control de constitucionalidad, pudiendo presentarse la solicitud tanto por vía de acción como de excepción planteada en cualquier instancia. La competencia para resolver la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición que se presume contraria a la Constitución es atribuida en forma exclusiva a la Sala Constitucional y la decisión tendrá efectos para el caso concreto y al peticionante.

También El Salvador cuenta con una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que tiene competencia para conocer y resolver las peticiones de inconstitucionalidad que se formulen contra leyes, decretos, reglamentos y los procesos de amparo, *habeas corpus*, entendiendo también en las controversias entre los órganos legislativos y ejecutivos basadas en la Constitución.

En Costa Rica, por la reforma constitucional de 1989, se creó la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, teniendo competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las normas, independientemente de su naturaleza jurídica, a excepción de los actos jurisdiccionales del Poder Judicial.

En los sistemas concentrados de los países antes referidos no se presenta un Tribunal Supremo o Corte Constitucional con poder exclusivo para actuar como *juez constitucional* al decir de Louis Favoreau, en tanto

dichos órganos no se encuentran situados fuera de la órbita de la jurisdicción ordinaria.

Por último, es de destacar el sistema de control de constitucionalidad adoptado por Perú, que en la Constitución de 1979 estableció las bases del sistema difuso de control de constitucionalidad y creó el Tribunal de Garantías Constitucionales siguiendo el modelo español. Recordemos que el Tribunal Constitucional de España, cuyo primer Presidente fue Manuel García Pelayo, es de naturaleza especial ya que no está encuadrado en la organización judicial común y se encuentra ubicado en la Constitución en Título distinto al del Poder Judicial.

En Perú, con la reforma constitucional de 1993, se procede a eliminar el Tribunal de Garantías Constitucionales y se sustituye creándose el Tribunal Constitucional, separado del Poder Judicial.

A este tribunal le compete el control de constitucionalidad respecto de las leyes y actos de similar rango normativo, cuando se presenten acciones de inconstitucionalidad, por parte de determinados funcionarios o por determinado número de ciudadanos.

7. Relevancia del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico interno

Como punto de partida, es de tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia en el ámbito regional, para realizar el control de convencionalidad de las normas constitucionales, legales y reglamentarias.

Respecto de nuestro Estado, dicho control estará referido a conocer y decidir si el ordenamiento jurídico vigente es compatible o no con la Convención Americana de Derechos Humanos. En caso de advertir contradicción entre la norma jurídica interna y dicha Convención, la Corte Interamericana tiene la facultad de declarar la inconvencionalidad de la norma en cuestión.

Es de precisar que la Corte Interamericana en su evolución jurisprudencial, concretamente en el caso «Radilla Pacheco vs. México» en el año 2009, afirmó que los jueces de los Estados partes no solamente deben tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo hace la propia Corte, entendiendo que es la intérprete última de la Convención Americana.

Sobre estas bases, se impone analizar, aunque sucintamente y a modo de ejemplo, lo que ha ocurrido en nuestro derecho con relación a la Ley N° 15.848 de fecha 22 de diciembre de 1986, esto es, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, respecto de los delitos que fueron

cometidos por militares y policías en el período comprendido entre los años 1973 y 1985.

El artículo 1º de dicha norma legal refería a la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, motivada «... como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional...».

Por Sentencia N° 365 de fecha 19 de octubre de 2009 en el caso «Salsagaray Curuchet. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 3 y 4 de la Ley Nro. 15.848», la Suprema Corte de Justicia expresó que la Corporación compartía la línea de pensamiento por la que las convenciones internacionales en materia de derechos humanos se integran a la Constitución de la República por vía del artículo 72, procediendo a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley N° 15.848.

Es de tener especialmente en cuenta que el artículo 3º establecía la obligación para los jueces intervinientes en los casos comprendidos por dicha ley requerir del Poder Ejecutivo un *informe* determinando si el hecho investigado lo consideraba comprendido o no en el artículo 1º de la Ley de Caducidad.

Entre los fundamentos expuestos en el Considerando de la sentencia, la Suprema Corte de Justicia expresó, en líneas generales, que el artículo 3 era inconstitucional por violar el principio de separación de poderes, ya que le atribuyó al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial (artículo 233 de la Constitución).

Ahora bien, el Fiscal de Corte planteó la derogación tácita de la ley impugnada por la Ley N° 18.026, que sancionó normas relativas a crímenes y delitos internacionales. Pero, a juicio de la Suprema Corte de Justicia, no podría considerarse tal derogación puesto que la prohibición de otorgar amnistías para dichos crímenes opera para el futuro. Esto, sin perjuicio que, en el caso, no se considera que la Ley N° 15.848 sea una ley de amnistía.

Más adelante, el Cuerpo expresa que la interpretación realizada es al solo efecto de resolver el caso, pero que la «... opinión que se forme cada Magistrado que esté llamado a aplicar estas normas acerca de su eficacia temporal permanece, enteramente, en el ámbito de su plena independencia técnica».

También se considera la violación de los artículos 4 y 82 de la Carta, ya que, al no consagrarse la amnistía, no puede caducar el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado (artículo 1º de la Ley N° 15.848), expresando que ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta

con previsión constitucional que autorice a desconocer los artículos de la Constitución antes referidos.

La sentencia también considera los efectos del referéndum contra la Ley de Caducidad votado en el año 1989, expresando que no puede desconocerse que los artículos de la Ley N° 15.848, tachados de inconstitucionalidad, fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha ley. Sin embargo, considera que: «... el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta».

Otro aspecto recogido en la sentencia refiere a que el problema trasciende el ámbito interno, compartiendo la Corporación la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por vía del artículo 72. En esta sentencia se advierte el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Es clara la complejidad que reviste la solución de los casos que requieren la necesaria consideración y profundo análisis de normas del ordenamiento jurídico interno e internacional.

En tal sentido, y en oportunidad del tratamiento del proyecto del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional) en el mes de julio de 1998 en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, se hicieron consideraciones en cuanto a que, en circunstancias excepcionales, los gobiernos democráticos se ven obligados a adoptar ciertas medidas con el propósito de poner fin a situaciones de tensiones sociales y de inestabilidad institucional. Esto referido a opciones políticas de gobiernos legalmente constituidos, por lo que tales opciones no deberían ser menoscabadas por actos subsiguientes adoptados al amparo de las disposiciones de este Estatuto.

8. Reflexiones finales

No cabe duda que el proceso de internacionalización del derecho en materia de derechos humanos ha permeado el Derecho Constitucional de los Estados, trayendo aparejada restricción al concepto de soberanía absoluta de estos, en la medida que el foco para el análisis de las normas aplicables a cada situación a resolver deberá estar puesto en la persona como titular de derechos que hacen a su condición humana.

De ahí la relevancia del *control de convencionalidad* que habrá de realizarse mediante interpretación del derecho positivo interno, pero en armonía con las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Un aspecto no menor es la consideración que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de tener en cuenta la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realiza dicho Cuerpo, con importante aporte jurisprudencial. Pero no es menos cierto que ningún juez es infalible, razón por la cual resulta de fundamental importancia el desarrollo de Tribunales o Cortes Constitucionales en América Latina.

El desafío de los nuevos tiempos, en un mundo en que los cambios se producen con gran velocidad y afectando a la sociedad toda, consiste en que los Estados a nivel nacional adopten sistemas de control de constitucionalidad y convencionalidad. Dicho contralor debe garantizar los derechos, mediante interpretaciones constructivas, con el mayor grado de apego a los principios de *justicia, razonabilidad, equidad y el debido proceso*.

En este contexto, entiendo que reviste especial importancia el establecimiento de tribunales o cortes constitucionales, como instrumentos que complementen la competencia de los tribunales o cortes supremas de justicia del Poder Judicial, permitiendo desarrollar la justicia constitucional en los Estados de América Latina.

En líneas generales, siguiendo las enseñanzas de Francisco Fernández Segado podemos considerar algunos aspectos a tener en cuenta para proceder a tal desarrollo. (Fernández, 1997, pp. 639-661).

En primer término, e independientemente de la denominación que se le pueda dar al órgano de justicia constitucional, importa atender a su estructura. Ya Hans Kelsen entendía que no era conveniente que los componentes del Tribunal Constitucional fueran en número excesivo.

Por lo general, cuentan con número no inferior a seis y en casos excepcionales mayor a quince miembros. Así, por ejemplo, Austria (1920) y Alemania (1949) cuentan con 8 miembros, Italia (1947) con 15 miembros, Francia (1958) integrado por 9 miembros y los ex Presidentes de la República como miembros de pleno derecho, Portugal (1976) cuenta con 13 miembros y España (1978) se integra con 12 miembros.

Otro aspecto está referido a la conveniencia de contar con número par o impar de miembros, a efectos de sortear la dificultad de un posible empate, como también la consideración del voto de calidad del Presidente del órgano. En tal sentido, Sandulli se inclinaba en favor de la posición jurídica de igualdad de los magistrados (*primus inter pares*). También reviste

importancia asegurar la significación integradora del Tribunal o Corte Constitucional, procurando su equilibrio.

Para ello, se requiere que la propuesta de los magistrados se realice por distintos poderes del Estado, con especial cuidado en regímenes parlamentarios en que un mismo partido, eventualmente con mayoría en las Cámaras y que forma Gobierno, pudiera controlar plenamente la designación de los magistrados.

Las propuestas de miembros para integrar el Tribunal o Corte Constitucional pueden ser realizadas en un número determinado, tanto por el Presidente de la República, Cámara o Congreso de Diputados y Senado, Corte de Casación, Consejo de Estado, Corte Suprema, Asamblea Nacional, etcétera.

De esta forma se pretende quedar a resguardo de una politización partidaria del sistema de justicia constitucional que, sin implicar ausencia de valoración política, en los hechos, pueda ser convertida la naturaleza de las resoluciones del Tribunal o Corte Constitucional. Es decir, que, tratándose de decisiones de conocimiento técnico- jurídico, pasen en definitiva a configurar manifestaciones de voluntad política.

Es de tener especialmente en cuenta que la función de la justicia constitucional requiere profundo conocimiento técnico, pero, a la vez, fina sensibilidad política.

Esto ha sido expuesto con total claridad por Fernández Segado, quien expresa: «... no se trata de una concepción “purista y asexuada” de los magistrados, lo que no debe entenderse en el sentido de que propugnemos una perfecta sintonía del tribunal con las mayorías parlamentarias dominantes...» (1997).

De acuerdo a estos requerimientos, para el ejercicio de la función del Tribunal o Corte Constitucional, habrán de determinarse requisitos de edad, período de duración del desempeño del cargo, forma de renovación del tribunal, posibilidades de reelección de los magistrados, garantía de inamovilidad, inviolabilidad, independencia económica, establecimiento de régimen de incompatibilidades y responsabilidad entre otros aspectos. Esto a fin de garantizar la *imparcialidad*.

Reviste fundamental importancia la cualificación técnico-jurídica para las personas propuestas a conformar el Tribunal o Corte Constitucional que, por lo general, recae la designación en magistrados, fiscales, profesores de las universidades, abogados, funcionarios públicos de reconocida competencia en el área jurídica y con determinada cantidad de años de ejercicio profesional que denoten experiencia.

Finalmente, considerando que en nuestro país no existe Tribunal o Corte Constitucional, a la luz de las exigencias de mayores garantías para el cumplimiento normativo en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resultaría menester estudiar la posibilidad de su establecimiento.

Conocido es que no existe un modelo ideal, razón por la cual habrá de estudiarse qué tipo de órgano resulta conveniente para complementar la función de control de constitucionalidad y convencionalidad, atendiendo a que la declaración de inconventionalidad, según el ordinal 1º del artículo 239 de la Constitución, corresponde a la Suprema Corte de Justicia.

A tal efecto, habrá de definirse si el Tribunal, Corte o Consejo Constitucional estaría ubicado fuera del Poder Judicial o no, con competencia originaria y exclusiva o como un tribunal de alzada, respecto de las decisiones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia.

Por último, entiendo que, para explorar estas posibilidades de establecimiento de un Tribunal Constitucional, se requiere del acuerdo mayoritario de las diversas fuerzas políticas, reforma constitucional mediante. La importancia de tal decisión exige la madurez del sistema político, debiendo despojarse de intereses político partidarios subalternos y, en consecuencia, aunar esfuerzos en procura de alcanzar la *seguridad jurídica*, consciente de la relación entre la justicia constitucional y la democracia.

Referencias

- Correa Freitas, R. (2016). «Supremacía constitucionalidad y control de convencionalidad en el Uruguay», *Estudios de Derecho Administrativo*, (13), 5-42.
- Favoreau, L. (1997). «Los Tribunales Constitucionales», en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dickinson S.L., 100-119.
- Fernández Segado, F. (1997). «La jurisdicción constitucional en España», en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dickinson S.L., 639-661.
- Gómez Pérez, M. (2002). «La protección de los derechos humanos y la soberanía nacional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación KAS, 361-374.
- Kelsen, H. (2017). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Editorial Iustitia.
- Leiza Zunino, P. (2016). «La interpretación de la Constitución frente al control de convencionalidad», en *Estudios de Derecho Administrativo*, (17), 59-107.

- Risso Ferrand, M. (2017). *Guía para la resolución de casos de Derecho Constitucional y derechos humanos*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Tredinnick Abasto, F. (2002). «Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación KAS, 347-359.

