

FD-UY/JU721975/1976C3



1975/1976 VOL. 72 C3

La Justicia uruguaya :

ADMINISTRACION
25 de Mayo 555 - Telé. 91 42 24
Montevideo

COPIA 3

Directores

Dr. EDUARDO ALBANELL MAC COLL †
Dr. OSCAR ARIAS BARBE

LA JUSTICIA URUGUAYA

REVISTA JURIDICA

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

DONADO POR:
Dr. Alberto Boccardo

D O C T R I N A

CORTES CONSTITUCIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN AMERICA LATINA (*)

por el

Dr. ALBERTO RAMON REAL

ex-Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo

S U M A R I O :

ADVERTENCIA PRELIMINAR. — 1) *Presupuestos del control judicial:* constituciones rígidas, poder constituyente distinto de los constituidos, separación de poderes. — 2) *Finalidades:* protección de los derechos humanos y de las estructuras estatales establecidas en la Constitución. — 3) *Caracteres del control en Latinoamérica:* para litigios concretos, con efectos particulares, declarativo y retroactivo. — 4) Se plantea generalmente por vía de excepción y a veces por vía de acción (Uruguay) pero sin alterar sus caracteres. — 5) *Ausencia del sistema europeo, salvo excepciones esporádicas.* — 6) *El sistema es difuso o concentrado* en la Corte Suprema. — 7) *Aumento de importancia del control con las actuales constituciones, extensas y detalladas.* Constitucionalización del derecho administrativo. Formalización del constitucionalismo. — 8) *Control de constitucionalidad de las leyes, básico del Estado de derecho.* — 9) *Constitucionalismo ilusorio y régimen "excepcional" de tiempo de crisis, permanente.* — 10) *Necesidad del control de las "medidas de excepción" de "tiempo de crisis".* — 11) Sin verdadera independencia y sin autoridad real del poder judicial este control es ilusorio. — 12) Resumen de algunos regímenes latinoamericanos típicos de control judicial de constitucionalidad de las leyes. — I) Argentina. — II) Bolivia. — III) Brasil. — IV) Ecuador. — V) El Salvador. — VI) Guatemala. — VII) Honduras. — VIII) Méjico. — IX) Nicaragua. — X) Panamá. — XI) Paraguay. — XII) Perú (imprevisión constitucional). — XIII) Uruguay. — 13) Regímenes especiales de jurisdicciones especializadas: XIV) Colombia. — XV) Venezuela. — XVI) Cuba. El fallido ensayo cubano de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, al estilo europeo. — XVII) Chile. El desaparecido Tribunal Constitucional de Chile. — 14) Conclusiones.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Con este papel de trabajo sólo queremos ofrecer un esquema o "hilo conductor", lo más simple posible, para el estudio comparativo de este manido asunto y no pretendemos originalidad ni erudición, ni, mucho menos, agotamiento de este tema, estudiado por extenso, en profundas y documentadas monografías y en tratados hartos conocidos.

Sin perjuicio de algunas obras de interés nacional, de distintos países, que mencionaremos oportunamente,

(*) Trabajo para las Primeras Jornadas Italo Latinoamericanas de Derecho Comparado. (Buenos Aires, La Plata, 4-9 agosto/1975). Por el Dr. ALBERTO RAMON REAL (de Uruguay), relator latinoamericano del tema. (ex Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, ex Decano de la Facultad y ex Miembro de la Comisión Internacional de Juristas).

queremos citar aquí especialmente las obras de *Linares Quintana* (1), *Cappelletti* (2) y *Véscovi* (3).

— * * * —

1) *Presupuestos del control judicial: constituciones rígidas y poder constituyente distinto de los constituidos.* — El sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes presupone la existencia de *constituciones escritas y rígidas* inmodificables por el procedimiento de sanción, reforma y derogación de las leyes comunes u ordinarias, como consecuencia de la *distinción del poder constituyente*, que sanciona las primeras y los *poderes constituidos* que dictan las segundas y no pueden alterar las primeras.

En *América Latina* se ha seguido tradicionalmente, el modelo revolucionario norteamericano del siglo XVIII, cuna del constitucionalismo contemporáneo; basado en las nociones de soberanía nacional, gobierno republicano, representativo, delegado del pueblo, con poderes separados, limitados en una Constitución rígida, que incluye un Poder Judicial encargado de decir el derecho en los casos controvertidos. El Poder Judicial es independiente y su rango institucional es equivalente al de los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) y, por tanto, es soberano en su esfera, en el sentido de que sus fallos no son pasibles de revisión por otro poder.

En la América hispánica (por lo menos) no ha existido, desde nuestra independencia, *soberanía monárquica ni soberanía del poder legislativo* al estilo inglés, europeo, continental o francés, en el sentido de que uno de los órganos de gobierno tenga preeminencia sobre los otros a título de *poder moderador* o de que alguno de ellos se confunda con otro o dependa de otro (caso del poder judicial con respecto al poder ejecutivo, en Francia).

El poder judicial ejerce su función natural al determinar las normas vigentes y válidas aplicables al caso y descartar tanto las leyes derogadas como las inválidas por contrariar lo dispuesto por las normas superiores, constitucionales que los poderes constituidos no pueden alterar (razonamiento clásico del *chief justice Marshall*) (4). Al ejercer su específica función jurisdiccional el Poder Judicial no invade la competencia de otros poderes, en especial del legislativo, cuya legítima discreción política queda intacta, pero sujeta a los límites jurídicos dentro de los cuales existe.

Por tanto, desde el punto de vista institucional o estructural, aparecen en América Latina las bases jurídicas necesarias para el desarrollo del contralor judicial de constitucionalidad de las leyes, con cierta similitud con el modelo norteamericano.

2) *Finalidades: protección de los derechos humanos y de las estructuras estatales establecidas en la Constitución.* — Y también concurren en América Latina, en general, las finalidades del contralor judicial o jurisdiccional de constitucionalidad, o sea *la protección de los derechos humanos garantidos* en las declaraciones de derechos de rango constitucional (5) y *la protección de la estructura territorial del Estado* (autonomía garantida en la Constitución de provincias o departamentos, defensa de la competencia descentralizada frente al poder central y de la competencia del poder central ante los abusos normativos locales, etc.).

3) *Caracteres del control en Latinoamérica para litigios concretos, con efectos particulares, declarativo y retroactivo.* — Por este conjunto de circunstancias se fue formando una *mentalidad de los juristas, propicia a la regulación* y la práctica del contralor de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial ordinario en ocasión de resolver los *casos concretos* sometidos a su jurisdicción *por iniciativa de las partes o del Juez, con efectos para el caso en que recae el fallo* (y no generales; no hay sentencias de reglamento ni poder normativo de la jurisprudencia) y *con retroactividad*, porque el fallo de inaplicabilidad de la ley es *declarativo* de la irregularidad jurídica originaria de la ley y el papel del juez es el de restablecer el derecho vigente, descartando, para el caso, la norma inválida que lo contraría.

4) *Se plantea por vía de excepción y a veces por vía de acción (Uruguay) pero sin alterar sus caracteres.* Es el sistema conocido en general, como del control de la inconstitucionalidad como *excepción*, (defensa opuesta por una parte en un pleito), pero puede ocurrir que se admita su interposición como *acción* por el titular de un interés directo y personal en que no se le aplique la ley impugnada, como ocurre en el Uruguay, manteniéndose las demás características de alcance particu-

(1) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, T. I, Buenos Aires, 1970, capítulo IV sobre la Constitución como ley de leyes, págs. 533 y sigtes. Contiene valiosísima información doctrinal y de derecho comparado.

(2) CAPPELLETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1973, es un agudísimo estudio comparativo de los rasgos característicos de los sistemas austriaco y americano.

(3) VESCOVI, Enrique, *El proceso de constitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967. Cuaderno N° 18 de la Facultad de Derecho, con la historia los principios rectores del instituto, y el estudio del objeto, contenido, y vías del proceso.

(4) Célebre fallo (leading case), *Marbury v. Madison* 1803; trascrito sustancialmente por Linares Quintana, cit. págs. 557 a 557.

(5) COLLIARD, Claude Albert, *Libertés publiques*, 4ª ed., 1972, pág. 140 explica las innegables ventajas que presenta el control de constitucionalidad confiado a un órgano jurisdiccional, para el respeto de las libertades públicas.

lar, para el caso concreto, declarativo y retroactivo y juzgamiento por el Poder Judicial común.

5) *Ausencia del sistema europeo, salvo excepciones esporádicas.* — En general, no se ha legislado ni practicado el sistema europeo, de cortes constitucionales o tribunales de garantías, especializados en estos asuntos, salvo algunas excepciones esporádicas, que citaremos por curiosidad. No hay acción popular, abierta a los ciudadanos, ni hay fallos de efectos generales, constitutivos y derogatorios para el futuro, de la ley declarada inconstitucional, como en el sistema europeo.

6) *El sistema es difuso o concentrado en la Corte Suprema.* — El contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes, ha sido *difuso o concentrado*, es decir, ya sea atribuido al juez que debe fallar el litigio (civil, penal, administrativo, etc.) en que se plantea la cuestión y tribunales superiores en apelación o *concentrado* en el órgano supremo del Poder Judicial.

El último es el caso del Uruguay, donde es competencia de la Suprema Corte de Justicia declarar la inaplicabilidad de las leyes nacionales y decretos con fuerza de ley de los gobiernos departamentales, que sean inconstitucionales en su forma o en su fondo. Esta variante procura una más rápida certeza del derecho, a través de la unidad de jurisprudencia, si bien en el sistema difuso también prevalece finalmente la opinión de los órganos supremos, a través de sus pronunciamientos finales, mediante los recursos.

7) *Aumento de importancia del control con las actuales constituciones, extensas y detalladas. Constitucionalización del derecho administrativo. Formalización del constitucionalismo.* — Anotamos que las oportunidades de ejercicio del contralor de constitucionalidad se acrecientan mediante la progresiva extensión de las constituciones, que a las clásicas declaraciones de derechos individuales y estructura de los poderes separados (concepto material de Constitución del siglo XVIII) agregan las normas programáticas de seguridad social, las bases del derecho del trabajo y los fundamentos de la función pública y el estatuto de los funcionarios, de la regulación de ciertas actividades monopólicas o peligrosas, para el interés nacional y el detalle de las bases de la organización administrativa (presupuestos, autonomías); *vertical* o por servicios y *horizontal* o territorial, justicia militar, regímenes especiales de expropiación, nuevos organismos de control autónomos funcionalmente, requeridos por el desarrollo administrativo (tribunales de cuentas, tribunales de lo contencioso administrativo, cortes electorales, etc.). La defensa de las autonomías orgánicas, la definición de las esferas de competencia, etc., pueden dar ocasión de problemas de constitucionalidad e incluso de contien-

das de competencia, entre entes y órganos públicos, que son materia de fallo del juez y de constitucionalidad.

La considerable expansión (tanto de la parte *dogmática* como de la *orgánica*) del contenido constitucional, acrecienta las posibilidades de aplicación de nuestro instituto, al aumentar las posibilidades de inconstitucionalidad, que abarcan sectores normativos cada vez más vastos. En el Uruguay es un lugar común hablar de la *constitucionalización del derecho administrativo* (6), en el sentido de que han adquirido rango constitucional formal muchos preceptos y principios que a comienzos del siglo eran ignorados por las Constituciones (los entes autónomos, el procedimiento administrativo, la acción de nulidad de actos administrativos ilegales, las bases del estatuto de los funcionarios, etc., etc.). Lo mismo cabría decir para otras materias.

Cuando un objeto pasa a ser reglado por la constitución formal, se constitucionaliza y las normas respectivas pasan a integrar, formalmente, el derecho constitucional, positivo, como bien enseñó Merkl (7) sea el que fuere nuestro concepto, histórico o tradicional, del derecho constitucional material. El ascenso de una materia, del plano legislativo o reglamentario anterior, al plano normativo constitucional, lleva implícita la garantía de rigidez, de inmunidad frente al legislador ordinario y, por ende de protección o defensa mediante el contralor de constitucionalidad, que protege a la constitución formal.

La existencia de constituciones muy extensas y detalladas amplía las ocasiones de aplicación, técnico jurídica, del instituto del contralor, porque será cada vez más frecuente la confrontación de los textos legales discutidos con reglas escritas y principios implícitos en el vasto contexto constitucional y cada vez menos frecuente la aplicación de conceptos *jus naturalistas* (a veces ideológicos y no formulados) que facilitaron, en el pasado, en Estados Unidos, el llamado "*gobierno de los jueces*", al amparo de constituciones tan sobrias y esquemáticas que invitaron a los magistrados a aplicar su propia ideología anacrónica, atribuyéndola a la Constitución, para detener el progreso legislativo, fruto de la democracia.

8) *Control de constitucionalidad de las leyes, básico del Estado de derecho.* — Quiero destacar en estas palabras introductorias, el papel capital que cumple el contralor de constitucionalidad de las leyes para el

(6) REAL, A. R., Bases constitucionales de la administración pública, Revista de la Facultad de Derecho y C. Sociales, Montevideo, T. X, Nº 1.2, 1959, y Estudios de derecho administrativo, t. I, 1967, págs. 43 y sgtes.

(7) MERKL, Teoría general del derecho administrativo, ed. esp., 1935, págs. 137, 138.

imperio del derecho o Estado de derecho (8) al sustraer, a las mudables mayorías políticas del momento, las bases fundamentales de la organización jurídica que el pueblo, en ejercicio de su poder constituyente, se ha dado, para su convivencia justa y pacífica. La *fundamentalidad y permanencia* de las bases del *constitucionalismo* tienen, en el contralor jurisdiccional, que nos ocupa, el instrumento necesario para su realización.

9) *Constitucionalismo ilusorio y régimen "excepcional" de tiempo de crisis, permanente*. Y, por fin, una observación obvia. Nos ocupamos aquí de los regímenes constitucionales, escritos, como *juristas*. No podemos invadir aquí el campo de la *ciencia política* que también ha cultivado mucho tiempo el autor de este trabajo. Bien sabemos que el *constitucionalismo imitado de ciertos países, suele ser "ilusorio" o "aparente"* (9), mítico; permanece *aletargado, en tiempo de crisis, casi permanente*. Bien sabemos también que las creaciones e instituciones constitucionales de la América anglosajona, son de difícil trasplante y suponen un trasfondo multiseccular de cultura democrática, de desarrollo cívico y de espíritu de acatamiento a la *rule of law*. Pero, repetimos, descartamos, por razones de método, el enfoque socio político, que nos alejaría del tema de estas Jornadas, si bien sería necesario en un estudio integral, realista y positivo, del problema.

(8) REAL, A. R., El "Estado de Derecho" (Rechtsstaat), publicado en el volumen de estudios que la Facultad de Derecho uruguayo dedicó en 1958, a la memoria de Couture.

(9) Así se llamó al pseudo-constitucionalismo de ciertas monarquías autocráticas europeas (ver GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 4ª ed., pág. 574, que califica como "aparición de constitucionalismo", de acuerdo con los historiadores, al período ruso de 1905 a 1917. En América Latina también el formalismo constitucionalista suele ir unido a la carencia de auténtica vida constitucional, por el desborde de ciertos factores de poder, que a menudo dirigen en forma más o menos oculta o sustituyen lisa y llanamente a los mandatarios populares. Ver, ampliamente, DANA MONTAÑO, Salvador M., *Las causas de la inestabilidad política de América Latina*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1966.

(10) REAL, A. R., *Contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XX, Nos. 3-4, julio-diciembre de 1969, págs. 317-318.

"También es urgente instituir por las vías que correspondan y de acuerdo con las recomendaciones de los organismos internacionales tutelares de los derechos humanos, un régimen de contralor (no político) de la regularidad jurídica y razonabilidad de las medidas de excepción, en tiempos de crisis o circunstancias excepcionales, o sea, nuestras desbordadas (en la práctica) medidas prontas de seguridad. Estas se han tornado de hecho, en un régimen de decretos-leyes más lesivo de autonomías y derechos individuales que las propias leyes inconstitucionales y frente al cual no hay remedios rápidos y eficaces, por la falencia de los contralores políticos y la insuficiencia de los contralores jurídicos (so pretexto de la controvertida teoría del acto político o de gobierno, que le permite al Juez adoptar una cómoda actitud prescindente). La Suprema Corte no es competente para declarar la inaplicabilidad de las medidas prontas de seguridad porque no constituyen leyes formales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se desentiende del problema, so pretexto del "acto de gobierno". La víctima de la ilegalidad sólo tiene el

10) *Necesidad del control de constitucionalidad de las "medidas de excepción", de "tiempo de crisis"*.

— En relación con este asunto señaló el autor de este trabajo, en conferencia publicada en la Revista de la Facultad de Derecho de su país en 1969 (10) la peligrosa laguna constitucional, de la falta de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las llamadas "medidas prontas de seguridad", especie de decretos gubernativos de excepción, que puede crear una situación similar al *estado de sitio*, y que no es posible de juicio de constitucionalidad en el Uruguay, por la Suprema Corte (porque no son leyes) ni por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (so pretexto de que son "actos de gobierno"). Así puede asegurarse la inmunidad jurisdiccional del poder público, en sus manifestaciones eventualmente más peligrosas para los derechos humanos y puede crearse una profusa normatividad permanente, paralela a la legislación normal, exenta de control judicial.

11) *Sin verdadera independencia y sin autoridad real del Poder Judicial, este control es ilusorio*. — Además habría que examinar, en concreto, en cada época y país, la independencia real y efectiva de los magistrados, sus modos de elección, de fijación de remuneración, etc. (11), factores que pueden influir todos para que el instituto que nos ocupa sea una realidad bené-

consuelo de intentar la obtención de una reparación patrimonial, a través de un juicio ordinario de responsabilidad, que puede llevar tres instancias, y luego dos más para liquidar los daños y perjuicios. La reparación (si llega) llegará tardíamente; ninguna sanción moral sufrirá los gobernantes arbitrarios durante el ejercicio de su mandato (para tranquilidad de los Jueces que deban enjuiciar sus actos) y, lo que es trágico para el Estado y Derecho, el acto legal, la manifestación de voluntad antijurídica, quedarán intactos, al amparo de la "razón de Estado", que suele ser la razón de la tiranía.

En las conclusiones del Seminario organizado por las Naciones Unidas en Kingston, Jamaica, del 25 de abril al 8 de mayo de 1967 sobre la realización efectiva y la protección de los derechos civiles y políticos, se incluye el numeral IV que dice que son requisitos esenciales para la realización efectiva y la protección de los derechos humanos:

4. Situaciones de emergencia.

"Un sistema eficaz de control sobre la toma y el ejercicio de poderes extraordinarios por el Ejecutivo del Gobierno, cuya función consiste en:

- restringir las circunstancias de emergencia nacional en las cuales el Ejecutivo puede verse investido de tales poderes;
- limitar la medida en que dichos poderes pueden ser aplicados en detrimento de los derechos civiles y políticos del individuo;
- otorgar a los tribunales poderes de supervisión en lo que atañe a la observancia y respeto de estas restricciones y limitaciones, incluyendo el poder de acordar la reparación debida en los casos en que han sido contravenidas."

Hecha esta manifestación de inquietudes ineludibles, volvemos a nuestro asunto principal".

(11) Ver Poder judicial e independencia judicial, por JOSE CASTAÑO Y TOBENAS, Presidente del Tribunal Supremo de España, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1951, págs. 201 y sgtes.

fica o un mito, más imponente que eficiente.

12) *Resumen de algunos regímenes constitucionales latinoamericanos típicos de control judicial de constitucionalidad de las leyes.*

I) *Argentina.* — Su sistema, semejante al norteamericano, inspirador de la Constitución argentina, es *judicial difuso*, porque *todos los jueces pueden ejercerlo*, aunque se puede llegar a la *Suprema Corte* mediante el *recurso extraordinario* (art. 14 de la ley número 48) (12); se plantea solamente en *vía indirecta incidental o de excepción*, pues se rechaza la procedencia de las acciones directamente declarativas de inconstitucionalidad, porque el art. 2º de la ley Nº 27 prescribe que los tribunales federales sólo ejercen su jurisdicción en "casos contenciosos". Las cuestiones constitucionales integran las causas judiciales en cuanto sea necesario para fallar el pleito entre las partes litigantes.

Solo el titular actual de un derecho es reconocido como sujeto legitimado para provocar el control.

Y los efectos del fallo se limitan *al caso concreto y a las partes del litigio*. Pero, como bien anota *Bidart Campos* (13) "la ejemplaridad de las sentencias de la Suprema Corte las proyecta más allá del caso, logrando la *reiteración* del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina tiene gran prestigio y sus fallos se citan con valor de integración del texto constitucional".

En el derecho principal argentino, del que se ocupará el Profesor Vanossi, se registran algunos cambios importantes con respecto al modelo nacional. Además del sistema orgánico *difuso* para la excepción rige el concentrado para *la acción o demanda*, cuando ésta se admite (Buenos Aires, Santiago del Estero, Chaco, Mendoza).

Y el efecto *general, erga omnes*, derogatorio de la norma inconstitucional, en virtud de sentencia del Superior Tribunal provincial se prevé en las Constituciones de Chaco, Neuquén y Santiago del Estero. Se admite la declaratoria de suspensión de vigencia de la ley, después del tercer pronunciamiento (Río Negro) o se prescribe el cese de vigencia de la norma inconstitucional después de dos declaraciones de inconstitucionalidad, previa publicación, etc. (Chubut).

El control solo procede, cuando la ley inconstitucional *lesione al titular actual de un derecho*, a petición de la parte interesada, en causa judicial. Discrepa razonablemente *Bidart Campos* (14) con la exigencia de petición de parte, porque por ser la constitucionalidad una cuestión de derecho, el Juez debe resolverla "supliendo la omisión o error de las partes: *iura*

D. LXXII

novit curia. El juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar.

La jurisprudencia exceptúa del control las "cuestiones políticas" como la declaración de estado de sitio o de guerra, la intervención federal, etc. (15). Si bien no juzga el acierto, oportunidad o conveniencia de la ley, juzga la *razonabilidad* de las leyes (16) o sea "la proporción entre el fin querido y la medida adoptada para lograrlo" (Bidart Campos).

Dejando de lado el controvertido tema de la inmunidad jurisdiccional de las "cuestiones políticas", compromiso inevitable y universal entre el poder y la justicia, para que el primero no arrase a la segunda, puede decirse que la República Argentina tiene un bien desarrollado sistema de control de constitucionalidad que ha contribuido, con una rica jurisprudencia, a interpretar e integrar el derecho constitucional del país (17).

(12) Ver BIELSA, R., *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Jurisdicción de la Corte Suprema, 2ª ed., 1958.

(13) BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, 1972, pág. 64.

(14) BIDART CAMPOS, op. cit., págs. 66-67 y 756.

(15) BIDART CAMPOS, op. cit., págs. 758-761.

(16) LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Buenos Aires, 1970.

(17) Ver, F. S. PEREZ, *Traído sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema y del mismo autor La Constitución Nacional y la Corte Suprema con la jurisprudencia sobre los artículos de la carta política*, 3. t., Buenos Aires, 1962, VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación T. I, Derecho Constitucional*, 1970. Para las constituciones provinciales, ver la recopilación de MIQUEO FERRERO, *Constituciones provinciales argentinas*, T. I, Buenos Aires, 1964 y LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, págs. 31 a 33.

Antes de concluir con Argentina queremos destacar por compartirla, la acertada crítica de Linares Quintana a la Constitución de Santiago del Estero de 1939, en cuanto facultaba al Tribunal Supremo a declarar la caducidad de la ley, en la parte afectada por la declaración art. 126, inc. 1º, apartado C): "Tal norma es violatoria del art. 5 de la ley suprema nacional, en cuanto repugna a la forma representativa republicana de gobierno (uno de cuyos pilares es la división de los poderes) y a uno de los principios esenciales de la Constitución nacional, que las constituciones provinciales están obligadas a respetar".

Y luego comenta así el art. 138 de la Constitución de Río Negro, en cuanto faculta al Tribunal a suspender la vigencia de la norma declarada inconstitucional por tercera vez; "En verdad que atribuir al poder judicial la función de derogar la norma jurídica o de suspender su vigencia, importa asignar a dicho poder jurídico funciones propias de los poderes políticos y, por ende, violar el principio de la división de los poderes. Podrá estar o no de acuerdo con que constituciones como la italiana consagren principio tan discutible; pero de lo que no cabe duda es que el poder constituyente provincial, limitado por la Constitución argentina, no puede establecerlo en nuestro país, sin violar el art. 5, que impone a las provincias que sus constituciones estén de acuerdo con la forma representativa republicana —uno de cuyos principios definitorios por excelencia es el de la división de los poderes— y con los principios de la Constitución nacional, uno de los cuales, sin lugar a dudas, es el que acabamos de mencionar."

II) *Bolivia* ha admitido un sistema *concentrado* de control judicial de constitucionalidad, en vía incidental, en causas judiciales donde se plantea el problema. Se ha atribuido a la Corte Suprema "conocer en única instancia en los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones" (13).

III) *Brasil*. — En Brasil tradicionalmente ha regido, bajo el régimen republicano, un sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes para los litigios concretos en que se suscite el problema de constitucionalidad. El sistema es *difuso* en primera instancia y *concentrado* en el recurso extraordinario. La Constitución de 1969 (19) mantiene la solución repetida en anteriores Constituciones (1937, 1946, 1967) consistente en otorgar recurso extraordinario para ante el Supremo Tribunal Federal cuando la sentencia de primera instancia "declara la inconstitucionalidad de un tratado o de una ley federal, juzga válida una ley o un acto de gobierno local impugnado sobre la base de la Constitución o una ley federal" (art. 119). Y el Senado Feral puede "suspender la ejecución, en todo o en parte, de la ley o el decreto juzgados inconstitucionales por decisión definitiva, del Supremo Tribunal Federal" (art. 42 apartado VII).

Es, pues, un órgano político (Senado) el que puede conferir efectos generales a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Estamos dentro del modelo judicialista tradicional.

IV) *Ecuador*. — Como curiosidad mencionamos la Constitución de Ecuador de 31 de diciembre de 1946 reformada el 19 de octubre de 1948 que luego de proclamar, enfáticamente la supremacía constitucional ("la Constitución es la ley suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones, pactos o tratados públicos que, de cualquier modo estuvieren en contradicción con ella o se apartaren de su texto"), viene a quitarle toda trascendencia a tal declaración el establecer que "sólo al Congreso corresponde declarar si una ley, o decreto son inconstitucionales".

No obstante se prevé que en caso de incurrirse en vicio de forma en la formación de la ley, "la Corte Suprema suspenderá los efectos de la promulgación y lo pondrá en conocimiento del Congreso siguiente". Las resoluciones de la Corte y del Congreso no tienen efecto retroactivo (art. 76). De modo que, en caso de vicio de forma no se exige petición de parte interesada y se produce una suspensión de efectos, general. También se prevé la intervención *consultiva* de la Corte Suprema (art. 67) cuando el Poder Ejecutivo considere inconstitucional un proyecto. Si también la Corte considera

inconstitucional el proyecto, éste se archivará. En caso contrario, sigue su trámite.

V) *El Salvador*. — La Constitución de 1950 atribuye a la Corte Suprema de Justicia "conocer en los juicios de amparo y recursos de casación" (art. 89, 1ª) y el art. 221 dice que "La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos" y el 222 "Toda persona puede pedir amparo ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la presente Constitución". Por tanto, dado que los derechos establecidos por la Constitución "no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio" (art. 221) procede el recurso de amparo si es la ley la que viola esos derechos. Es un sistema judicial, movido a instancia de parte afectada y por tanto de alcance particular.

VI) *Guatemala*. — En la Constitución de 1956 prevé el amparo para mantener las garantías individuales y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución (art. 79) y declara su procedencia para que, en casos concretos se declare que una disposición o resolución del Congreso no es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional.

Se atribuirá la jurisdicción respectiva a los tribunales que creará la ley.

VII) *Honduras*. — En su Constitución de 19 de diciembre de 1957 atribuye a la Suprema Corte de Justicia "conocer en los recursos de amparo y revisión con arreglo a la ley" y "declarar la inconstitucionalidad de las leyes" (art. 232 inc. 7º y 11º) y bajo el título "inconstitucionalidad y revisión" destina a la declaratoria de inconstitucionalidad *cuatro de los artículos del capítulo, 236 a 239, copiados, literalmente, de la Constitución uruguayo de 1952* (arts. 256 a 259), que siguen en vigencia, con los mismos números, en la Constitución uruguayo en vigor desde 1967.

Nos remitimos a la transcripción y comentario del texto original uruguayo.

VIII) *Méjico*. — Después de ensayar, sin éxito, el sistema de *control político* (20) a cargo de un supremo

(18) Constitución promulgada el 4 de agosto de 1961, Revista Argentina de Ciencia Política, año II, Nº 3, 1961, pág. 127. Expresa el Prof. Ciro Félix Trigo, Rev. cit. pág. 100, que el número 149, que lleva el texto constitucional citado (catorce constituciones en 125 años) "patentiza la frecuencia con que se han modificado las normas supraleales, sujetas a constantes mutaciones y en cierta medida a una vigencia más teórica que práctica".

(19) LINARES QUINTANA, op. cit., pág. 570. Concuerdan art. 101, párrafo III, letras b y c de la Constitución de 1937, arts. 101 y 64 de la Constitución de 1946, 114 y 45 de 1967.

(20) LINARES QUINTANA, Derecho Constitucional, cit. pág. 594. Ver ampliamente DE LA CUEVA, Mario, La Constitución de 5 de febrero de 1857 en "El constitucionalismo de mediados del siglo XIX" publicación de la U.N.A.M., T. II, pág. 1287 y sgtes., Méjico, 1957.

poder conservador (Const. de 1836) adoptó el sistema de control judicial en el preciso artículo 101 de la Constitución de 1857, mantenido con el N° 103, en la Constitución de 1917: "Los Tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I) Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II) Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III) Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal".

El medio procesal para ejercitar el control es el juicio de amparo que se mueve a petición de parte agraviada y se decide por sentencia que "sólo se ocupe de casos particulares". "Se evitaba la declaración de nulidad de una ley, que había sido la causa de pugnas frecuentes entre los poderes" (21). Estamos, pues, en presencia de una solución que se aproxima al tipo judicialista, norteamericano, si bien en realidad es de tipo mixto, o intermedio, entre el control por vía de acción y de excepción, por el órgano de control y por el modo como se resuelve la cuestión de constitucionalidad (22). El art. 107 de la Constitución mejicana vigente mantiene las expresadas soluciones (art. 107).

IX) Nicaragua, en su Constitución de 1950 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia decidir sobre "el valor legal (sic) de los actos legislativos que el Poder Ejecutivo objetare como contrarios a la Constitución o que sometiere al Tribunal Supremo (para obtener de éste un pronunciamiento sobre su valor constitucional" (art. 229, inc. 17).

El art. 324 sienta el principio de la supremacía constitucional y el 325 proclama la nulidad de las leyes reglamentarias de garantías y derechos constitucionales en cuanto los disminuyan, restrinjan o adulteren.

X) Panamá en su Constitución de 1946, reformada en 1956, atribuye a la Corte Suprema el cometido de guardar la Constitución a cuyo efecto decidirá sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Poder Ejecutivo como inconstitucionales por razones de fondo o de forma "y sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que, por las mismas causas, impugnase ante ella cualquier persona". Anotamos la amplitud en cuanto al sujeto promotor, la concentración orgánica y la ausencia de previsión del alcance del fallo.

XI) Paraguay, en la Constitución del 25 de agosto de 1967, estableció en su art. 200 una solución parecida a la uruguaya, de tipo judicialista, con concentración orgánica en la Corte Suprema; el procedimiento se inicia por acción ante la Corte o por excepción en cualquier instancia elevándose antecedentes sin suspensión del juicio.

El fallo solo tiene efecto con relación al caso concreto en que se declara la inconstitucionalidad de la ley.

XII) Perú. — La Constitución de 1933, modificada en 1936, 1939, 1940 y 1955, no contiene precisiones sobre nuestro tema. En 1954, Pareja Soldan (23) reclamaba una reforma que, entre otras cosas, introdujera el "control judicial de las leyes, o sea la capacidad de dejar de aplicar las leyes inconstitucionales".

XIII) Uruguay. — Durante un siglo las constituciones de Uruguay, no contuvieron disposiciones expresas sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales, suscitándose la controversia entre quienes la admitían, como una función natural del Poder Judicial, y quienes negaban su procedencia basados (discutiblemente) en la potestad parlamentaria de interpretar la Constitución.

Las constituciones mencionadas, de 1830 y 1917 recién fueron modificadas en ese aspecto por la de 1934, cuyo texto se mantuvo en 1942.

En 1952, se establecieron las disposiciones todavía vigentes, que configuran un régimen algo particular, de control judicial cuyo promotor puede ser quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, mediante acción ante la Suprema Corte de Justicia o por vía de excepción, oponible en cualquier procedimiento judicial. También el juez o tribunal, que entendiere en cualquier procedimiento judicial o el Tribunal, de lo Contencioso Administrativo, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad. En este caso y en el de la excepción, se suspenden los procedimientos y se elevan actuaciones a la Suprema Corte.

El sistema es concentrado en cuanto a la decisión, pues a la Suprema Corte le compete el conocimiento y resolución originaria y exclusiva en la materia (artículo 257).

Los motivos de impugnación y de declaración de la inconstitucionalidad pueden ser de forma o de contenido (art. 256).

Además de las leyes nacionales pueden ser declarados inconstitucionales en la misma forma los decretos de los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley en la jurisdicción (art. 260).

El fallo sólo produce efectos en el caso concreto en que se haya pronunciado (art. 259).

(21) DE LA CUEVA, cit., pág. 1330. Para una amplia documentación sobre el tema ver BURGOA, Ignacio El juicio de amparo, (págs. 188 y sgtes. sobre El amparo contra leyes), Méjico, 1962.

(22) CAPPELLETTI, op. cit., pág. 51, en nota.

(23) PAREJA SOLDAN, Las Constituciones del Perú, Madrid, 1954, pág. 356.

Por ley N° 13.747 de 16 de julio de 1969, fue reglamentado este procedimiento, según lo manda el art. 261 de la vigente Constitución de 1967. Las características de estas Jornadas y el carácter necesariamente sintético de este trabajo, nos impiden entrar en detalles con respecto a la citada ley. Solamente señalamos el deber de la Suprema Corte de comunicar sus sentencias de inconstitucionalidad a la Asamblea General y en su caso, a la Junta Departamental, que hubiere dictado el decreto declarado inconstitucional.

Cabe agregar que, se ha hecho amplio uso de este medio de defensa de los derechos y de las autonomías institucionales, con resultados, en general, positivos para el mantenimiento y desarrollo del orden constitucional (24).

13) *Regímenes especiales de jurisdicciones especializadas.* — Hemos dejado para el final un grupo de países que tienen o han tenido sistemas de organización especiales del instituto que nos ocupa, que tienen alguna similitud con el modelo europeo, austriaco, español, etc. Ya hemos visto el caso de algunas provincias argentinas, cuya solución es impugnada por Linares Quintana, por contrariar el sistema de la Constitución nacional.

XIV) *Colombia.* — La Constitución de Colombia (25) contiene un título XX que se titula "De la jurisdicción constitucional". El art. 214 le confía a la Corte Suprema "la guarda de la Constitución".

Y, concretamente, le comete:

1ª) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;

2ª) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos, 76, ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano...

El inc. 11 del art. 76 se refiere a las autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y el 12 es el que comete al congreso, "revestir *pro tempore* al presidente de la república de precisas facultades extraordinarias". Y el art. 80 regula un procedimiento abreviado de sanción de normas sobre planes de desarrollo económico y social.

Continúa el art. 214 con la siguiente disposición, que somete, como sigue al control de constitucionalidad, a muy importantes decretos, que en otros países podrían estar exentos del control jurisdiccional (decretos de ex-

cepción en caso de guerra exterior o conmoción interior, estado de sitio, y sobre estado de emergencia):

"En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en sala plena, previo estudio de la Sala Constitucional, compuesta de magistrados especialistas en derecho público (decr. 432 de 1969)."

Es interesante que aún estas facultades extraordinarias de "tiempo de crisis" soporten el control jurisdiccional.

El principio de la supremacía constitucional es típidamente afirmado en el art. 215, que dice:

"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (art. 54 del acto legislativo número 1 de 1945)."

La materia está ampliamente regulada por el decreto 432 de 1969 relativo al funcionamiento de la *sala constitucional de la Suprema Corte de Justicia.*

La función de guarda de la Constitución se confía a la Corte Suprema en sala plena, *previo estudio de la sala constitucional, compuesta de magistrados especialistas en derecho público* (art. 1º) los que integran también la sala plena, para la deliberación y fallo.

El control sobre los "decretos legislativos" dictados por el gobierno en ejercicio de las facultades de los arts. 121 y 122, se ejerce *de oficio*, pues esos actos deben remitirse a la Corte al día siguiente de su expedición "para que decida definitivamente sobre la constitucionalidad de ellos" (art. 13).

Se ordena la publicidad del decreto en la secretaría para que tanto el procurador general de la nación como *cualquier ciudadano* puedan intervenir por escrito en memorial dirigido a la sala constitucional "para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto" (art. 14).

Bien se ve que es un "proceso al acto" y no un litigio "entre partes". Es la causa pública, el interés objetivo del pueblo en el reino de la legalidad, lo que está en juego.

(24) V. más ampliamente VESCOVI, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, cit. en nota 3 y SAMPAY, Arturo E. *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1957.

(25) *Constitución política de Colombia*, compilada por José ORTEGA TORRES, Bogotá, 1972.

También se establece la sana doctrina, de que la Corte no está limitada por las impugnaciones efectuadas (art. 29):

"Conciérne a la Corte Suprema de Justicia, confrontar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas, con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y si encontrare que han sido transgredidas por el proyecto, la ley o el decreto, normas constitucionales distintas de las indicadas en la objeción, intervención o demanda, o que la violación de ellas se ha realizado por causa ó en forma diferente de la invocada, procederá a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad."

Y, por fin el art. 34 modificado por decr. 41 de 1971, art. 1º dispone: "La sentencia preferida en asuntos de constitucionalidad será publicado al día siguiente al de su fecha. Cumplida dicha formalidad, el fallo quedará ejecutoriado, deberá cumplirse y comunicarse al gobierno por conducto del ministro ó jefe de departamento administrativo correspondiente".

Las disposiciones citadas no aclaran los alcances del fallo pero dados los antecedentes expuestos y puesto que en ningún lugar se alude a litigios ó casos concretos, entre partes, creemos que estamos ante una declaratoria de invalidez de efectos generales.

XV) *Venezuela.* — En Venezuela el fallo en materia de acción de inconstitucionalidad tiene efectos "erga omnes" y cualquier ciudadano con capacidad jurídica, así no tenga interés directo, puede suscitar el conflicto de inconstitucionalidad. Sin embargo, cuando se trata de excepción de inconstitucionalidad, es imprescindible que el afectado la oponga incidentalmente y la decisión sólo tendrá efectos entre las partes (26).

La Constitución venezolana dispone que la Suprema Corte es el más alto Tribunal de la República y funcionará en salas cuya integración y competencia determinará la ley (arts. 211 y 212).

El art. 215 en sus numerales 3º y 4º es clarísimo en cuanto atribuye expresamente a la Suprema Corte de Justicia la jurisdicción anulatoria sobre las leyes nacionales y estatales que colidan con la Constitución:

3º) Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución.

4º) Declarar la nulidad total o parcial de las leyes estatales de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados ó Municipios que colidan con esta Constitución."

La citada obra del Prof. La Roche contiene una exposición de motivos y proyecto de ley de la jurisdic-

ción constitucional. La exposición señala que la Constitución de 1893 (art. 110 ordinal 8º) atribuyó a la Alta Corte Federal la competencia para declarar "cualsea la ley, decreto o resolución vigente, cuando están en colisión las nacionales entre sí o éstas con las de los Estados, o las de los mismos Estados, o cualquiera con esta Constitución". Se destaca que es ésta "una muy progresiva modalidad del control de constitucionalidad al conceder a la Corte Federal la facultad de declarar la nulidad de las normas inconstitucionales y no simplemente su inaplicación al caso controvertido", que "se adelantaba en muchos años a la evolución que después ha tenido lugar allende fronteras" si bien careció de desarrollo legislativo y se afirmó trabajosamente en la jurisprudencia.

XVI) *El fallido ensayo cubano de Tribunal de Garantías Constitucionales, al estilo europeo. La Constitución de la República de Cuba, que entró en vigencia a partir del 10 de octubre de 1940, bajo el título XIV, Del Poder Judicial, incluía una Sección II Del Tribunal Supremo de Justicia (art. 172) que "se compondrá de las Salas que la ley determine". El inc. 2º del art. 172 dice: "Una de estas Salas constituirá el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Cuando conozca de asuntos constitucionales será presidida necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrada por menos de quince magistrados".*

El art. 182 establece, como sigue, la amplia competencia del Tribunal, en sus párrafos a) y b):

Art. 182. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer de los siguientes asuntos:

a) Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan ó adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado.

b) Las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio.

Y el 183 se refiere a la legitimación activa para proponer la intervención del Tribunal.

Sin necesidad de prestar fianzas, el Presidente de la República, los miembros del Consejo de Gobierno, legisladores, miembros del Tribunal de Cuentas, Alcaldes y Concejales, los Jueces y Tribunales, el Ministerio Fis-

(26) LA ROCHE, Humberto. El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos, ed. por Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela, pág. 164.

cal las Universidades, los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la ley, toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional. Las personas no comprendidas en algunos de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales siempre que presten fianza.

En el mismo capítulo XIV, bajo el título "De la Inconstitucionalidad" aparece la Sección VII que determina quienes pueden pedir la declaración de inconstitucionalidad, como excepción y como acción de parte interesada y aún como *acción popular*: "por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales".

Es importante anotar que el acto legislativo o reglamentario declarado inconstitucional se considera nulo y sin efecto desde la publicación de la sentencia:

El art. 194, abría ampliamente la legitimación para pedir la declaración de inconstitucionalidad, incluso a "veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales".

Prohíbe la aplicación de la ley, decreto-ley o decreto declarado inconstitucional bajo pena de inhabilitación, obliga a la autoridad que dictó la disposición a derogarla de inmediato. La disposición anulada queda sin valor ni efecto desde la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal (efecto *ex nunc*, sin retroactividad; el acto judicial viene a ser *constitutivo*, altera el orden jurídico; participa del poder legislativo, al revés de lo que ocurre en el sistema americano).

El art. 195 manda publicar en el periódico que corresponda las sentencias del Tribunal Supremo y del de Garantías.

Tomamos estos datos del "Digesto Constitucional Americano" publicado por Antonio Zamora (27).

En la publicación de la Constitución cubana reformada después de la revolución castrista, en 1959 (7 de febrero), contenida en "Las Constituciones vigentes" de Juan Ovidio Zabala (28) concuerdan con los citados, los arts. 150 inc. 1º y 2º (conc. con el 172 de 1940), 160 conc. con el 182 de 1940) y 161 (conc. con el 183, suprimiéndose del inc. a) entre los posibles promotores de la intervención del Tribunal a los miembros del Senado y de la Cámara de Representantes y sustituyéndose "los Gobernadores, Alcaldes y Concejales", por "los comisionados provinciales y municipales".

Los nuevos arts. 172 y 173 concuerdan con los arts. 194 y 195 de 1940, cuyo texto reproducen.

Naturalmente, al reservarse el órgano gubernativo de facto ejercicio del poder constituyente, no tiene sentido ni utilidad práctica el instituto de la declaración

de inconstitucionalidad, por la extrema confusión de poderes y de jerarquías normativas que tal hecho supone, además de la carencia (por el régimen de partido único y "dictadura del proletariado") del ambiente vital de pluralismo democrático, y de tolerancia con la disidencia y respeto de los derechos de las minorías, que los institutos de garantía suponen.

Lináres Quintana (29) se ocupa del "Régimen político de Cuba" y recuerda que la Constitución de Cuba de 1940 rigió durante doce años, hasta que el 10 de marzo de 1952 un golpe militar, dirigido por Fulgencio Batista, instaló a éste en el poder, iniciándose la dictadura.

En 1954 (19 de diciembre) el único candidato Fulgencio Batista fue elegido Presidente y ya en diciembre de 1956 se produjo la invasión Fidel Castro, y el 1º de enero de 1959 renunció y huyó Batista y a partir de ese momento se instaró el actual régimen cubano, que sustituyó la Constitución de 1940 por la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, que a pesar de aparentar el mantenimiento de separación de poderes "concentra las funciones ejecutivas, legislativas e inclusive la constituyente en el consejo de Ministros" poder supremo y omnipotente.

Agrega Lináres Quintana que el consejo de ministros puede reformar total o parcialmente la ley fundamental (arts. 232 y 233), además de ejercer el poder legislativo (art. 119), de modo que la Constitución deja de ser un obstáculo al Ejecutivo de facto (no legitimado democráticamente por elecciones) el cual ya en 1970 habría reformado en veintidós oportunidades la ley fundamental "y todas las enmiendas han estado dirigidas a aumentar la concentración del poder en manos del grupo gobernante, eliminando todo respeto a los derechos humanos" (30). Es evidente que bajo una dictadura comunista pierde todo sentido el problema de las garantías constitucionales y del respectivo Tribunal, porque el hecho "revolucionario" se impone por encima de cualquier normatividad que lo pueda obstaculizar. Por tanto la institución, en cuanto permanezca, sólo será una mera ficción formal, sin trascendencia práctica.

XVII) *El desaparecido Tribunal Constitucional de Chile.* — Se trata de un órgano jurisdiccional, pero de origen mayoritario político y con competencia limitado.

(27) ZAMORA, Antonio, *Digesto constitucional americano*, Buenos Aires, 1958, pág. 186 y 287.

(28) ZABALA, Juan Ovidio, *Las Constituciones vigentes*, T. I, Buenos Aires, 1958.

(29) LINARES QUINTANA, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, T. III, pág. 661 y 662.

(30) LINARES QUINTANA, op. cit. pág. 662, conforme Comisión Internacional de Juristas, *El imperio de la ley en Cuba*, pág. 291.

Por reforma constitucional de 23 de enero de 1970 (31) destinada a regir a partir del 4 de noviembre de dicho año, se instituyó en Chile un *Tribunal Constitucional* (arts. 78 a 78b y 78c, incorporados a la Constitución). Este cuerpo tuvo corta vida, en virtud de los sucesos que conmovieron a la nación trasandina.

El Tribunal de compondría de cinco Ministros, tres designados por el Presidente, con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros. Durarían cuatro años en sus funciones.

Entre las potestades del Tribunal, dos se relacionan especialmente con nuestro asunto, pero tienen alcance limitado:

1º) Resuelve las cuestiones sobre constitucionalidad de proyectos de ley o tratados sometidos al Congreso, a pedido del Presidente de la República, de las Cámaras o de más de un tercio de miembros de las mismas, antes de la promulgación. Se trata de una intervención preventiva, semejante a la del Consejo Constitucional francés, cuya decisión si es que el precepto es constitucional, obliga al Poder Judicial. La Corte Suprema no puede declararlo inconstitucional por el mismo defecto que fue materia de la sentencia.

2º) Resolver las cuestiones que se suscitan sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley. Anotamos que en la misma reforma de 1970 (art. 43 inc. 15) se constitucionalizó la delegación legislativa, autorizante para el dictado de decretos con fuerza de ley. Es para el juzgamiento de estos actos que funciona el Tribunal porque no se le confía el juzgamiento de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias, de modo que la reforma no tuvo amplitud similar a la del sistema europeo o venezolano.

La iniciativa del procedimiento es también interorgánica (gubernativa o legislativa) y no se atribuye, como garantía, a los ciudadanos ni a los interesados o afectados por el acto en cuestión, tiende a resolver conflictos internos de los poderes públicos.

Puede plantear la cuestión de constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley el *Presidente de la República*, dentro del plazo de treinta días de su rechazo por inconstitucional, por la Contraloría. O sea que el Presidente "apela" al Tribunal contra la oposición del Contralor. También pueden formular la impugnación *cada una de las Cámaras o más de un tercio de sus miembros cuando la Contraloría haya "tomado razón"* (es decir, aceptado) *de un decreto con fuerza de ley* que se impugne como inconstitucional.

En este caso es la mayoría o la minoría parlamentaria la que "apela" esta vez contra una supuesta omisión del Contralor.

Este sistema solo puede tener un valor reflejo o indirecto como garantía.

La función del Tribunal es también aquí *preventiva*, pues las disposiciones del proyecto de decreto con fuerza de ley que se juzguen inconstitucionales no pueden convertirse en derecho positivo, lo mismo que las leyes proyectadas que hubieren corrido igual suerte (art. 78 inc. c). Pudo ser ésta una manera de cohesitar normas dudosas, excluyéndolas del contralor jurisdiccional de la Corte Suprema, obligada por el fallo, favorable a la constitucionalidad del Tribunal.

Por fin anotamos que, con las limitaciones anotadas, subsistió en Chile por el art. 86 inc. 2º la potestad de la Corte Suprema de *declarar inaplicable para el caso* cualquier precepto legal contrario a la Constitución, en los casos *particulares* en que conozca o le fueren sometidos en juicio que se siguiere ante otro Tribunal. Es la declaratoria de inconstitucionalidad *por vía incidental* y de alcance concreto, propia del sistema "americano", ya existente bajo la Constitución chilena de 1925 (32).

14) *Conclusiones.* — 1º) Un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es esencial para la existencia de un Estado de derecho.

2º) La determinación de las normas válidas aplicables a los casos juzgados, de acuerdo con los principios de jerarquía normativa y preeminencia de las disposiciones superiores sobre las inferiores, es inherente a la función del poder judicial en régimen de separación de poderes.

3º) La expresada función técnico jurídica del poder judicial no afecta ni invade la competencia política legislativa, sino que la ciñe al marco de su legitimidad constitucional.

4º) El expresado procedimiento significa una garantía para los derechos humanos y las estructuras estatales que solo cumple cabalmente sus fines si su iniciativa está a disposición de los gobernados y entidades autónomas y los pronunciamientos jurisdiccionales son declarativos y tienen efecto retroactivo.

5º) La existencia de Tribunales Especiales de Garantías o Cortes Constitucionales, encargados de anu-

(31) EVANS DE LA CUADRA, Relación de la constitución política de la República de Chile. Texto completo y actualizado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

(32) Ver SILVA BASCUNAN, Alejandro, Tratado de derecho constitucional, T. II, Santiago, 1963, pág. 432 y sgtes. BERNASCHINA GONZALEZ, Mario, Manual de Derecho Constitucional, tomo II, Santiago, 1968, pág. 467 y sgtes. BERTELSEN REPETTO, Control de constitucionalidad de la ley, Santiago, 1969.

lar por vía de acción, para el futuro, con efectos generales, las disposiciones inferiores a la Constitución, que la contraríen, puede constituir un estimable progreso jurídico en los países donde ha imperado el dogma de la soberanía legislativa, carentes de control judicial y de sistema jurisprudencial de creación del derecho, pero no debe interferir ni impedir la defensa individual por vía de acción o excepción, para los casos concretos, que necesariamente ha de culminar en un fallo declarativo y retroactivo, para que se realice el pleno restablecimiento de la normalidad jurídica en los casos controvertidos.

6º) En el estado social de derecho contemporáneo y bajo constituciones rígidas y detalladas, el control de constitucionalidad cumple una función benéfica para el imperio del derecho y no supone gobierno de los jueces ni conservadorismo jurisprudencial de privilegios propietarios y empresariales, sino tutela jurídica de los derechos constitucionales, que comprenden los inherentes a la personalidad humana y al régimen republicano de gobierno y los del pueblo trabajador a la justicia económica y la seguridad social.

I
ar
al
de
la
qu
su
el
ent
qu
la
ent
pea
el c
ent
duc
sona
gene
(o l
(orc
y p
agra
arrr
en p
can t
parac
uso c
D. L.