

CONTROL DE SUPREMACÍA DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS: UNA VISIÓN SISTEMÁTICA

José Luis Cea Egaña*

I. GÉNESIS DEL CONTROL DE REGULARIDAD O SUPREMACÍA

Comienzo el análisis recordando el control como núcleo, elemento y finalidad irremplazables en la Teoría de la Separación de Poderes que Montesquieu bosquejó en 1748.

Esa idea central era, sin embargo, poco operativa, pues suponía que órganos diversos, y obrando con resguardos procesales o de procedimiento, surtirían el efecto de hacer respetar la libertad individual que se reclamaba. Ya he advertido, empero, que el complemento de esa Teoría, es decir, la exigencia de los frenos y contrapesos entre las instituciones constitucionales, elaborada por J. Madison, A. Hamilton y W. Jay en 1789-1790, fue la que infundió carácter práctico a la simple División de Poderes. Sin el aporte del constitucionalismo norteamericano es claro que el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, se iba a mantener, por largo tiempo, en el nivel de un exasperante postulado doctrinario.

* JOSÉ LUIS CEA EGAÑA. Profesor Titular Universidad de Chile y Universidad Católica de Chile.

Una y otra expresión teórica asumen o suponen un cúmulo de requisitos para operar, como es debido, en la realidad política y constitucional. Tal es la suma de técnicas del constitucionalismo¹, de las cuales realzo aquí el pluralismo en la Sociedad Civil y la autonomía de esta Sociedad frente al Estado-Gobierno.

Fue en 1803, en el Caso *Marbury vs. Madison*², que la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América introdujo un cambio sustancial: reafirmar la supremacía de la Constitución frente a la ley, reputando inconstitucional aquella que vulnerara a la Carta Fundamental y, para ese designio, implantar la revisión judicial de la ley para comprobar que se ajustaba al Código Político. En la mente del *Chief Justice* John Marshall, lo recordado quería decir que la Constitución era un código de Derecho superior a y mejor que la ley; que era la Suprema Ley del territorio o del país, a la cual estaban sometidos todos los actos legislativos; que, como tal, ella era el paradigma, o sea, la idea o, mejor aún, el ideal de Derecho, y también después el parámetro con el cual comparar la legalidad para reputarla o no legítima³.

Por otra parte, en Europa occidental, hasta 1920 nadie en la Judicatura ni el Parlamento había puesto en duda la soberanía del legislador y la supremacía de la ley⁴. El Parlamento era, siguiendo la tradición inglesa, soberano y se hallaba, como tal, más allá del control de sus actos. Siendo el representante de la Nación o del Pueblo, era el soberano quien obraba a través del Parlamento, como si fuera por sí mismo, presumiéndoselo infalible.

En 1920, como he dicho, y reafirmado en 1929, se introdujo en la Constitución de Austria, a instancias principalmente de Hans Kelsen, el control de regularidad de la ley. Pero era un control con dos rasgos capitales exclusivos, en virtud de los cuales resultaba necesario diferenciarlo del modelo norteamericano. El primero de tales rasgos se hallaba en el control, ejercido por una Magistratura

¹ Véase Norberto Bobbio: *El Futuro de la Democracia* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996), pp. 40 ff.

² 1 Cranch 137.

³ Georges Burdeau es el autor de esta hermosa idea, densa y a veces difícil de entender y operacionalizar, pero siempre útil para distinguir el Derecho como formulación normativa en textos escritos, por un lado, del Derecho en cuanto expresión de la justicia y los valores consecuentes a la realización de aquella, de otro. Consúltese, del autor citado, *l Tratado de la Ciencia Política*, V. 2 (México D.F., UNAM, 1980), pp. 67 ff.

⁴ Enrique Álvarez Conde y Enrique Arnaldo Alcubilla: "Autonomía Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional", en Francesc Pau i Vall, *op. cit.*, pp. 41 ff.

especial, ajena al Poder Judicial, llamada **Tribunal Constitucional**. El segundo de esos rasgos consistía en que esta Magistratura obraba como **legislador negativo**, o sea, eliminando de la ley los preceptos considerados inconstitucionales⁵.

Sólo desde mediados del siglo XX los países de Europa occidental comenzaron a enriquecer sus Constituciones con la fórmula austríaca, aunque incorporándole modificaciones. Sin embargo, más que ese proceso interesa realzar que las nuevas Constituciones de Italia, Alemania y Francia implantaron la reforma con una idea nueva y sustancial. ¿Por qué? Debido a que el Tribunal Constitucional no puede ser sólo un legislador negativo, un árbitro entre los órganos colegisladores en conflicto, una Magistratura constitucional competente nada más que para custodiar la supremacía orgánica del Código Político, sobre la base de suprimir normas en gestación calificadas de inconstitucionales. En efecto, los Tribunales aludidos pasaron, además y desde entonces, a tutelar el respeto de la Parte Dogmática, obrando como contralores del legislador en relación con la **protección y promoción de la dignidad y los derechos humanos**⁶.

Puede ser sintetizado ese cambio radical aseverando que, en virtud de él, se pasó, lentamente es cierto, de una justicia constitucional únicamente política, a una justicia constitucional más que nada humanista. En ambos campos y pese a la oposición de los “jacobinos” o partidarios de la soberanía parlamentaria irrestricta, la **doctrina de los *acta interna corporis***, diseñada por los juristas alemanes hacia 1850, quedaba desestimada⁷.

La Declaración Universal de 1948 y los Tratados sobre Derechos Humanos consolidaron esa tendencia. El Tratado de Amsterdam o de la Unión Europea marca otro momento culminante⁸. En fin, el Tratado de Roma de 1998, constitutivo de la Corte Penal

⁵ Hans Kelsen (1931): *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid, Ed. Tecnos, 1995); del mismo autor, (1931): *Teoría General del Estado* (México D.F., Editora Nacional, 1965), pp. 370 ff.

Cf. Karl Schmitt (1929): *La Defensa de la Constitución* (Madrid, Ed. Tecnos, 1983).

⁶ Antonio Baldassarre: “Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado” en Francesc Pau i Vall (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997), pp. 190 ss.

⁷ Luis López Guerra: “El Control del Derecho Parlamentario”, de Juan Carlos da Silva Ochoa (coordinador): *Las Fuentes del Derecho Parlamentario* (Vitoria, Parlamento Vasco, 1996), pp. 283 ff.

⁸ Véase R. Blanpain (editor): *Institutional Changes and European Social Policies After the Treaty of Amsterdam* (The Hague, Kluwer Law International, 1998).

Internacional, se erige en cima de este proceso, anhelando, por mi parte, que pronto alcance el *quórum* de ratificación que le otorgue vigencia.

Quedan así las Constituciones situadas en su posición, nueva y dominante. Son, como había anhelado Herman Heller, Constituciones que van adquiriendo la cualidad de vivas por ser vividas en su Parte Dogmática, con garantías y control judicial del respeto, no sólo por el legislador, de sus principios y normas⁹.

De la Soberanía de la Ley se ha llegado a la Supremacía de la Constitución. Desde la legalización del ordenamiento jurídico se ha avanzado a la Constitucionalización del Derecho. De la Constitución como enunciado programático de reglas positivas se transita a la Constitución en cuanto expresión de valores, con fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador.

II. SISTEMAS DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

En el marco de consideraciones expuestas cabe ahora sistematizar un tópico que es complejo y variadísimo. Por ejemplo, se ha demostrado que no hay dos Tribunales Constitucionales en el mundo que tengan la misma composición¹⁰; tampoco existe unidad en el régimen aplicable para que la designación de sus ministros sea idéntica; en definitiva, no existe un ideal, frío y objetivo, de universal y severa aplicación, pues siempre resulta decisiva la impronta cultural de cada Estado-Nación, huella que es imborrable e irreplicable. Algo semejante puede ser dicho a propósito de la competencia y el procedimiento de dichas Magistraturas.

Existen, sin embargo, ciertas tendencias o uniformidades que pueden ser agrupadas para su comprensión y evaluación mejor. Tal vez, podríamos llamarlas **constantes constitucionales** en el rubro. Por eso, permítasenos analizar el asunto refiriéndolo, nada más, que a los principales sistemas vigentes en la materia.

⁹(1934) *Teoría del Estado* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968), pp. 270-271.

¹⁰ Véase Francisco Fernández Segado: "El Procedimiento de Elección de los Magistrados Constitucionales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 77 (1993), pp. 145 ff.

En síntesis y esencialmente, esos sistemas pueden ser agrupados en las tres categorías siguientes: el régimen norteamericano, el régimen europeo y el régimen mixto.

1. Régimen Norteamericano

Reducido a su núcleo sustancial, en él hallamos los rasgos característicos que se enuncian a continuación¹¹:

- Control difuso, aunque la Corte Suprema Federal pone orden mediante el *stare decisis* o precedente rigurosamente respetado por ella misma y todas las magistraturas inferiores.
- Tal control se extiende a la inconstitucionalidad de fondo y de forma.
- El es aplicable únicamente a los actos legislativos ya dictados y en vigor, excluyéndose el control preventivo o *ex ante*, llamado también control *a priori*.
- Eminentemente casuístico y concreto, no general ni abstracto, ese control exige que la comparación se efectúe entre la Constitución y una ley específica en relación con un problema judicial pendiente, de lo cual se sigue que no se trata, solamente, de un examen de Derecho estricto.
- Ejercido con sujeción al procedimiento común y no a reglas especiales, tal control se percibe como competencia de todo órgano judicial estatal en cuanto guardián de la Constitución.
- Por otra parte, las acciones que dinamizan el control son deducibles, exclusivamente, por las partes en un litigio, de manera que la sentencia que se dicta resuelve sólo un proceso concreto, limitación que se supera por el valor de los precedentes, ya aludidos.
- El efecto de la sentencia es *ex nunc* o para el futuro, exclusivamente, excluyéndose el efecto retroactivo.

Finalmente, ese efecto se halla circunscrito al precepto legal tachado, o a una parte de él con autonomía conceptual, de modo que

¹¹ La literatura en el tema es abundantísima. Por eso, me limito aquí a citar dos fuentes cuya concisión, claridad y cierta novedad merece destacarlas. Ellas son Louis Favoreu: *Los Tribunales Constitucionales* (Barcelona, Ed. Ariel, 1994), y Francisco Fernández Segado: "Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad", en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 1997), pp. 45 ff.

no es susceptible de extensión a disposiciones legales conexas o complementarias de aquél.

2. Régimen Europeo

Las características principales de ese régimen son las que enuncio en los párrafos siguientes¹²:

- Existe control concentrado en una magistratura especial, generalmente llamada **Tribunal Constitucional**, o bien, en una sala de la Corte o Tribunal Supremo.
- Dicho control abarca tanto los aspectos formales o sustantivos de la supremacía.
- El es aplicable, principalmente, a los proyectos de ley o de tratados internacionales en trámite parlamentario de aprobación. Excepcionalmente, quedan dentro de la revisión judicial los decretos supremos u otros actos estatales subconstitucionales e infralegales.
- Eminentemente abstracto, ese control se despliega en el sentido de confrontar el texto y contexto de la Constitución con los de la ley, prescindiendo de los sujetos involucrados y de los hechos que configuran el caso concreto, de manera que en su exterioridad, al menos, es de índole jurídico-positiva y nunca de naturaleza y significado político.
- El control es ejercido con sujeción a un procedimiento especial, breve o sumario, lo cual no significa que el pronunciamiento respectivo sea rápido, rasgo que suscita, sin embargo, duda acerca de si se trata o no de un proceso.
- Es deducible sólo por los órganos constitucionales habilitados, mediante requerimiento, o por imperativo de la propia Constitución, v.gr., tratándose de los proyectos de leyes orgánicas o, más recientemente, por acción pública de los afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales, o sea, la usualmente llamada **acción de amparo o de protección**.
- Finalmente, la resolución que decide el asunto tiene efecto *erga omnes* o general, pero circunscrito en su alcance nada

¹² A las obras ya citadas cabe agregar Álvaro Rodríguez Bereijo: "La Justicia Constitucional en los Sistemas Políticos Contemporáneos", III *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (1999), pp. 13 ff.

más que al o los preceptos legales tachados como contrarios al Código Político.

3. Régimen Mixto

Se ha ido convirtiendo en la norma común o general en la materia, probablemente como secuela de la evaluación de las experiencias resultantes de los dos regímenes anteriores. Consiguientemente, es también la modalidad más reciente, pero, por su rasgo mixto, la más proclive a la ausencia de una idea estructurante que le infunda sistematicidad. Las características principales del régimen mixto aparecen resumidas en los párrafos siguientes¹³:

- Trátase de un control menos concentrado y, por lo mismo, más difuso, rasgo que se explica por la necesidad de aplicar, todos los órganos públicos, sin excepción, la Constitución de manera inmediata y preferente.
- El control es de forma y fondo, a raíz de haberse rechazado la doctrina de los *acta interna corporis*.
- Abarca la revisión judicial de los actos legislativos en su acepción genérica y más amplia, incluyendo las leyes en sus diversas categorías, los tratados internacionales solemnes, pero también los acuerdos o medidas simplificadas cuando regulan materias propias del dominio legal.
- Es un control abstracto y no concreto, en el sentido ya explicado.
- Se ejerce con sujeción al procedimiento civil común, pero existen legislaciones que lo regulan con sujeción a procedimientos especiales, más simplificados según cual sea el órgano que lo lleva a la práctica.
- La acción para activar el control es deducible por órganos estatales, por el ministerio de la Constitución o a raíz de accionar los particulares afectados.
- Tiene efecto *ex nunc* y, excepcionalmente, también *ex tunc*.
- En su alcance se extiende a principios y normas conexas o complementarias de los preceptos legales tachados como inconstitucionales.

¹³ Complementando la bibliografía general ya mencionada, vean el conjunto de monografías en el tópico publicadas en *1 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (1997).

III. ELEMENTOS PARA UNA EVALUACIÓN

Con el propósito de completar la visión trazada, deseamos referirnos a ciertas uniformidades o rasgos constantes de los tres regímenes descritos y a los desafíos que tenemos para consolidar, en América Latina, un control de regularidad constitucional que sea efectivo y eficaz.

Comenzamos insistiendo en la gran diversidad de rasgos que identifica a cada uno de esos regímenes. A las características ya resumidas, y que así lo demuestran, se pueden agregar muchos más, sobre todo en relación con la competencia de los Tribunales Constitucionales. Por eso, afirmamos que no hay en el rubro un sistema que sea el mejor, en sí, pues esta cualidad depende de las circunstancias, trayectorias y otras condiciones propias de cada Estado-Nación.

Por otra parte, es cierto que el control tiene que ser ejercido con independencia y atentos, más que nadie los jueces, a la nueva idea de Constitución que fue descrita. Eso es lo que Louis Favoreu llama **el deber de ingratitud** de los ministros del Tribunal Constitucional con respecto a los órganos que los designaron¹⁴. Tal expresión significa, por lo tanto, que tales ministros deben fidelidad al espíritu y finalidad del Código Político; a su contexto más que al texto; por último, también a la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental y de sus reformas, todo ello y más obrando siempre con independencia, especialmente de cara a quienes participaron en el nombramiento de ellos.

Continuamos observando que asistimos a una revolución pacífica en el tema estudiado. Ella consiste, como escribió Otto Bachof¹⁵, en que, si por siglos los derechos humanos eran, realmente, lo que se determinaba en la ley, aunque existiera ya una Constitución, ahora la ley es tal y vale sólo en la medida que regula el ejercicio de los derechos humanos respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental.

En consecuencia, puede añadirse, presenciamos la entronización de una nueva legitimidad: la legitimidad constitucional en re-

¹⁴ Consúltese su monografía "Los Tribunales Constitucionales", reproducida en García Belaúnde *et al.*, *op. cit.*, pp. 12 ff. Revísese también José Ángel Martín: *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998), pp. 31 ff.

¹⁵ *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1987), p. 41.

emplazo de la legal, con el respeto y promoción de la dignidad y los derechos humanos en lugar de la Razón de Estado o Parte Orgánica del Código Político. Obras imperecederas en la teoría del Derecho, como la de Max Weber¹⁶, han quedado, en este sentido, parcialmente sobrepasadas por el gran cambio descrito.

Enfrentamos nuevos peligros para la institucionalización del control de regularidad constitucional de los actos legislativos. Por ejemplo, las recientes Constituciones de Europa Central facultan a los Parlamentos para revocar las sentencias de los Tribunales Constitucionales, reunido que sea el *quórum* necesario para la reforma constitucional. También se plantea, aunque todavía de *lege ferenda* y afortunadamente sin éxito, la acusación constitucional, por la Cámara Política, de los ministros de esa Magistratura. Por supuesto, innovaciones de la naturaleza aludida conllevan, inevitablemente, la erosión de la independencia de la revisión judicial de las leyes.

En otro orden de ideas cabe afirmar que es un peligro también la sobrecarga de amparos o recursos cautelares deducidos, a menudo sin fundamento sólido. Reconozco en este acceso a la justicia constitucional un lado positivo, pues revela la mayor vivencia y vigencia sociológica de la Constitución, a la vez que una mejor tutela de los derechos asegurados en ella. Pero debemos crear conciencia en punto al desprestigio que los abusos siempre ocasionan a las instituciones, llevando a modificarlas, más de una vez, de manera inconveniente y regresiva.

Han surgido nuevos tipos de sentencias, secuela de la creatividad demostrada por la judicatura constitucional. Trátese de las sentencias de adición e intermedias, las cuales no son argumentadas sobre la base de la relación, recíprocamente excluyente, de la nulidad-validez del acto legislativo, sino que de otros parámetros más flexibles y constructivos¹⁷. Por supuesto, tales sentencias tienen valor real y seguirán siendo importantes, en la medida que el legislador haga, pronto y bien, cuanto en ella se insta a que realice.

En esta categoría de fallos situamos, precisamente, los pronunciados por nuestro Tribunal Constitucional instando al legislador a obrar para salvar las insuficiencias, por ejemplo, de determinación

¹⁶ *II Economía y Sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969), pp. 706 ff.

¹⁷ Eliseo Aja (editor): *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998), pp. 258 ff.; Alexandre Viala: *Les Reserves d'Interprétation dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (París, LGDJ, 1999), pp. 188 ff.

y especificidad, de las cuales adolecen ciertos preceptos legales, haciendo que respeten el dominio máximo legal y la reserva, dispuesta por la Constitución, en tal materia¹⁸.

Empero, siempre será razonable tener presente los criterios aplicados por la jurisprudencia norteamericana, es decir, el *self restraint*, junto a otras pautas, v.gr., no entrar a decidir cuestiones puramente políticas, atenerse a la razonabilidad invocada por el legislador para calificar la oportunidad o el mérito de dictar una ley, etc.¹⁹. Pero esto y mucho más es, al tenor de lo reiteradamente advertido, asunto de cultura constitucional más que de argumentación académica o constructivismo político.

Finalmente, va abriéndose paso el acceso a la jurisdicción internacional, cierto que sólo en calidad de supletoria o complementaria de la Magistratura de cada Estado. Pero, en vano intento de obstruir tal avance, todavía se argumenta con la añeja noción de la soberanía absoluta, en su vertiente territorial. Confiamos en que así no se podrá obstaculizar tal proceso²⁰.

¹⁸ La última decisión del Tribunal Constitucional aplicando este criterio es la dictada el 26 de junio de 2001 (Rol N° 325). Revítese, al respecto, el considerando 47 de tal sentencia.

¹⁹ Véase Patricio Zapata Larraín: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994), pp. 6 ff.

²⁰ Héctor Gross Espiell: "Algunas Cuestiones Relativas al Derecho Interno en la Jurisprudencia Consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *III Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1999), pp. 349 ff.