

El control de constitucionalidad en Latinoamérica

Constitutionality control in Latin America



CARLOS ALBERTO FONSECA SARMIENTO

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Máster en Administración Pública por el Instituto
Ortega y Gasset, España.

Recibido con fecha 19 de octubre de 2021 y aceptado por el Comité Editorial con fecha 2 de noviembre de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El tipo de órgano que realiza el control.
- III. El número de órganos que realizan el control.
- IV. La oportunidad del control.
- V. La naturaleza procesal del control.
- VI. La finalidad del control.
- VII. La legitimidad activa en el control.
- VIII. El caso peruano.

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor hace una descripción de los distintos sistemas de control de constitucionalidad incorporados en los países latinoamericanos con el fin de identificar cuáles son las mejores opciones para optimizar la defensa de la Constitución. Con este propósito, el autor identifica los 6 criterios más empleados para clasificar estos sistemas. Finalmente, utilizando estos criterios, el autor hace una evaluación del control de constitucionalidad en el Perú.

Palabras clave: Control de constitucionalidad, tribunal constitucional, control difuso, legitimidad popular.

ABSTRACT:

In this article, the author describes the different constitutionality control systems incorporated in Latin American countries to identify the best options to optimize the defense of the Constitution. For this purpose, the author identifies the 6 most used criteria to classify these systems. Finally, using these criteria, the author makes an evaluation of constitutionality control in Peru.

Keywords: constitutionality control, constitutional court, diffuse control, and popular legitimacy.

I. INTRODUCCIÓN

Constitución y ley no son lo mismo. La Constitución proviene de un poder ilimitado; la ley, de un poder limitado. El control de constitucionalidad justamente busca que la ley no sobrepase sus límites, los que son aquellos establecidos por la Constitución. La Constitución es la fuente originaria del ordenamiento jurídico de un determinado Estado y, como consecuencia de ello, es también su fuente primaria, suprema, principal e inmediata. La Constitución de la mayoría de los Estados del mundo se caracteriza por ser escrita y rígida. En este documento se establecen las primeras, supremas, principales e inmediatas reglas sobre la forma como deben producirse todas las otras categorías normativas que admitirá un ordenamiento jurídico determinado para su funcionamiento. Por esto, todas estas otras categorías normativas —por ejemplo: leyes, resoluciones legislativas, ordenanzas, decretos legislativos, etc.— y su generación son, al final de cuentas, una aplicación de la Constitución.

Aquí puede advertirse la más importante diferencia entre la Constitución y las otras categorías normativas que pudieran existir en un ordenamiento jurídico determinado: la Constitución no está subordinada a otra categoría normativa, mientras que las otras categorías normativas —sin excepción, de modo directo

o indirecto— están subordinadas a la Constitución. La Constitución no constituye aplicación de otra categoría normativa, mientras que las otras categorías normativas son una aplicación —directa o indirecta— de la Constitución.

El reconocimiento del principio de la supremacía normativa de la Constitución exige garantizar la eficacia o aplicabilidad de cada una de sus disposiciones —o artículos—. A esto se denomina "control de la constitucionalidad", pues se somete a un examen de constitucionalidad o de compatibilidad con la Constitución a todas las categorías normativas inferiores, empezando por las leyes. Por la naturaleza y valor que ostenta la Constitución, como garantía de su eficacia, ella misma usualmente dispone de los mecanismos procesales de control. A ellos, la doctrina denomina "jurisdicción constitucional", "garantías constitucionales", "justicia constitucional" o "derecho procesal constitucional".

Como sostenía Seligman:

"las clasificaciones conducen a una definición precisa y previenen contra las vaguedades de la expresión y las confusiones del pensamiento, tienen por otra parte, importantes resultados prácticos, resolviendo cuestiones dudosas; ponen en claro los contrastes y semejanzas, eliminando o combinando lo que

es común, en conclusión sugiere muchas veces una concepción más clara de los temas".¹

Por ello, resulta útil establecer algunas clasificaciones del control de constitucionalidad, pues nos va a permitir identificar la exacta naturaleza del sistema adoptado en el Perú y si hay otros mecanismos más idóneos para optimizar la defensa de la Constitución. Hemos considerado conveniente desarrollar seis clasificaciones, las cuales se sustentan en los siguientes criterios: i) el tipo de órgano que realiza el control; ii) el número de órganos que realizan el control; iii) la oportunidad del control; iv) la naturaleza procesal del control; v) la finalidad del control; y, vi) la legitimidad activa en el control.

Debemos advertir que hacemos estas clasificaciones con fines didácticos, pero es posible y frecuente que su incorporación a los sistemas de jurisdicción constitucional nacionales genere otro tipo de variantes: por citar un ejemplo, hay muchos países donde coexiste un control jurisdiccional judicial con uno no judicial. Esto significa que no necesariamente estos criterios y clasificaciones son cancelatorios o excluyentes entre sí.

II. EL TIPO DE ÓRGANO QUE REALIZA EL CONTROL

El control de constitucionalidad puede ser clasificado según la naturaleza del órgano que desarrolla el control. Si es ejercido por un órgano encargado de la función legislativa —usualmente de origen electivo—, vamos a encontrarnos ante un "control político"; pero si es desarrollado por un órgano encargado de realizar función jurisdiccional, entonces califica como un "control jurisdiccional". En este último caso, el órgano podría ser judicial o extrajudicial, según sea parte o no de la estructura del Poder Judicial. En el caso de pertenecer al Poder Judicial, puede ser especializado en la materia constitucional o no.

- a) **Control político:** cuando el órgano encargado del control constitucional es el propio Parlamento o un órgano derivado de éste, nos encontraremos ante un control político, pues la compatibilidad de la ley con la Constitución no será necesariamente apreciada en términos jurídicos; sino, prioritariamente en términos de oportunidad. Por ello, los miembros de un órgano de control político no necesariamente son profesionales del Derecho.

El control político no es el mecanismo más idóneo para garantizar la supremacía normativa de la Constitución porque, al constituir una fórmula cuyo propósito es evitar que la labor legislativa sea deslegitimada, éste se resiste a cuestionar el Principio de Soberanía Parlamentaria e insiste en colocar a la ley y a su autor —el Poder Legislativo— como los protagonistas del Estado de Derecho, desconociendo que la ley y la Constitución son categorías normativas jerárquicamente distintas, donde la primera está subordinada a la segunda. Son cada vez menos los Estados que recogen el control político, pero aún existen algunos.

Un caso notorio es el de la Constitución de Cuba de 2019. En dicho país, el Poder Legislativo recae en la Asamblea Nacional del Poder Popular, a la cual le corresponde, según el artículo 108, literales e), g) y h) de la Constitución:

- (...)
e) ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley;
(...)
g) revocar total o parcialmente los decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos, acuerdos o disposiciones generales

1. Edwin Seligman, *Essais sur l'impôt*, Tomo II (París: Giard & Brière, 1914), 123; citado por Guillermo Ahumada, *Tratado de Finanzas Públicas*, Tomo I (Buenos Aires: Plus Ultra, 1969), 184.

que contradigan la Constitución o las leyes;

h) revocar total o parcialmente los acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que contravengan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes, o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país; (...)."

El modelo cubano es sin lugar a dudas un ejemplo vigente de cómo no debe implementarse el control de constitucionalidad. Si quien expidió la ley cuestionada es quien también debe decidir si dicho cuestionamiento es fundado, probablemente este ejercicio de control va a ser inútil, pues serán en todo caso criterios de oportunidad y no de naturaleza jurídica los que podrán provocar una reconsideración de los aspectos cuestionados de la ley. En la medida en que el Poder Legislativo no tiene límites reales impuestos por la Constitución y no hay un órgano ajeno al Poder Legislativo capaz de fiscalizar sus extralimitaciones, la Constitución deja de ser una norma distinta y superior a la Ley.

- b) Control jurisdiccional judicial no especializado: cuando el órgano a quien corresponde el control es el Poder Judicial, pero dentro de éste no se ha previsto la creación de un ente especializado en los temas de jurisdicción constitucional.

Esto ocurre cuando la máxima instancia judicial, es decir, la Corte Suprema, tiene competencia para el control de constitucionalidad así como para otros asuntos jurisdiccionales; o cuando cualquier juez o tribunal puede declarar la inaplicabilidad de una ley por su incompatibilidad con la Constitución, ante un caso concreto que es sometido a su conocimiento.

La Constitución de Uruguay de 1967 adopta este sistema. En efecto, el Capítulo IX de

la Sección XV, referido al Poder Judicial, le asigna en forma exclusiva y excluyente el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Específicamente, se dispone lo siguiente:

"Artículo 256°.- Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes".

"Artículo 257°.- A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas".

"Artículo 258°.- La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1°) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2°) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral 2°, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia".

Es preciso hacer notar que el control jurisdiccional no especializado se encuentra en aquellos países que han adoptado el sistema estadounidense o de la revisión judicial —sea de modo exclusivo o complementario al sistema europeo—, el cual permite a cualquier juez o tribunal del Poder Judicial fungir de juez constitucional y declarar la inconstitucionalidad de una ley dentro de un proceso que está conociendo.

- c) Control jurisdiccional judicial especializado: éste ocurre cuando, dentro del Poder Judicial, existe uno o más órganos destinados exclusivamente al control de constitucionalidad y los demás asuntos vinculados a la justicia constitucional. Como la labor de interpretación constitucional exige un conocimiento avanzado del Derecho Constitucional, algunos Estados juzgan necesario que este control sea practicado por personas con dedicación exclusiva a esta materia pero dentro de la estructura de su Poder Judicial.

Un caso que podemos citar de este modelo es el adoptado por la Constitución de Paraguay de 1992, donde, dentro de la Corte Suprema, existe una Sala Constitucional en quien recae el control de constitucionalidad. El artículo 258, en su primer párrafo dice:

“De la integración y de los requisitos.- La Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros. Se organizarán en salas, una de las cuales será constitucional. (...)”.

Posteriormente, el artículo 260 dispone las competencias de esa Sala Constitucional:

“Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

- d) Control jurisdiccional extrajudicial: éste se produce cuando se ha establecido un

órgano *ad hoc* para el control de constitucionalidad, el que es autónomo e independiente tanto del Poder Judicial como de los demás Poderes del Estado. Aquí estamos ante los Tribunales Constitucionales, cuyos primeros antecedentes fueron los promovidos por el jurista Hans Kelsen en las Constituciones de Checoslovaquia y Austria de 1920.

En Latinoamérica, la tendencia es la utilización de un sistema de control jurisdiccional extrajudicial, principalmente para el conocimiento del proceso de inconstitucionalidad. Entre los últimos Tribunales Constitucionales creados bajo esta orientación, podemos citar al establecido por la Constitución de República Dominicana de 2010, cuyo artículo 185, numeral 1, declara que:

“Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia:

1.- Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido (...)”.

III. EL NÚMERO DE ÓRGANOS QUE REALIZAN EL CONTROL

El control de la constitucionalidad puede ser encomendado a un solo órgano o a varios. En el primer caso, estamos ante un "control concentrado" y, en el segundo, ante un "control difuso".

- a) Control concentrado: éste ocurre cuando la Constitución designa a un solo órgano como el competente, en forma exclusiva y excluyente, para conocer todos los casos en que se cuestione la constitucionalidad de las leyes. En algunos casos, la Constitución va más allá y no solo los procesos de inconstitucionalidad, sino cualquier otro proceso constitucional como amparo y hábeas corpus y, en general, cual-

quier asunto vinculado a la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales allí indicados son atribuidos a un solo órgano.

Uno de los casos más emblemáticos en Latinoamérica es el modelo recogido por la Constitución de Costa Rica de 1949²; pues, en sus artículos 10 y 48, concentra la jurisdicción constitucional en una Sala de la Corte Suprema:

“Artículo 10°.- Corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. (...)”.

“Artículo 48°.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia

de la Sala indicada en el artículo 10°”.

- b) **Control difuso:** éste se produce cuando la Constitución permite que cualquier juez o Corte de cualquier instancia pueda ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. El gran problema que presenta este mecanismo es que, mientras no exista un órgano en el que se cierre la interpretación final sobre la constitucionalidad de una ley, podrá acontecer que un órgano jurisdiccional establezca para un caso que una ley es inconstitucional, mientras que otro órgano jurisdiccional —de igual o distinta jerarquía— diga lo contrario respecto de la misma ley pero para otro caso. Esta fue la principal crítica de Kelsen³ al sistema estadounidense y la razón por la que optó por concentrar la jurisdicción constitucional en un Tribunal Constitucional al diseñar su modelo.

Uno de los países que solo tiene control difuso es Argentina. Como señala Haro al referirse al control de constitucionalidad en la Argentina:

“(..), siguiendo al constitucionalismo de los EE.UU., el control de constitucionalidad ha sido confiado a todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero (sistema difuso), estableciendo como intérprete final a la Corte Suprema de Justicia como cabeza del Poder Judicial de la Nación (artículo 116, CN).”⁴

2. Hacemos la advertencia de que la Constitución de Costa Rica de 1949 ha sido objeto de varias reformas. Con relación a los artículos 10 y 48 que estamos citando, sus textos vigentes corresponden a los establecidos mediante las modificaciones constitucionales decretadas por las Leyes 5701 de 5 de junio de 1975 y 7128 del 18 de agosto de 1989.
3. Kelsen señaló lo siguiente: *“No se consideró aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro arriba mencionado, de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, era demasiado grande; porque en Austria (...), las autoridades administrativas no tenían poder para verificar la constitucionalidad de las leyes y por lo tanto estaban obligadas a aplicar una ley aún si una corte, ejemplo, la Corte Suprema hubiera declarado una ley como inconstitucional. Se debe agregar que en Austria (...), había otros tribunales además de los ordinarios, especialmente administrativos, que ocasionalmente tenían que aplicar las mismas leyes que los tribunales ordinarios. Por tanto, no estaba descartada una contradicción entre tribunales administrativos y tribunales ordinarios. (...)”.* Hans Kelsen, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparativo de las constituciones austriaca y norteamericana”, *Ius Et Veritas* 6 (1993): 83. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15379>
4. Ricardo Haro, *El control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Zavalia, 2° ed., 2008), 64.

Efectivamente, la Constitución de Argentina de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 no contiene una norma específica sobre control de constitucionalidad, por lo que éste ha sido prácticamente un desarrollo jurisprudencial. La creación jurisprudencial se ha elaborado en base al artículo 31 de la Constitución referida a la naturaleza de Ley Suprema de la Constitución; al artículo 43, que en su primer párrafo admite la posibilidad que cualquier juez pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley; y, finalmente, al artículo 116 sobre las competencias generales de la Corte Suprema y los demás órganos judiciales. Para una mejor comprensión, los citamos:

“Artículo 31°.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

“Artículo 43°.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías recono-

cidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (...)”.

“Artículo 116°.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, (...)”.

Es preciso advertir que, desde el siglo XIX, la jurisprudencia argentina reconoce a todos los jueces el control difuso. Uno de los más célebres es la sentencia del 14 de Abril de 1888, en el caso *Municipalidad de la Capital c/. Isabel de Elortondo*⁵, en el que la Corte Suprema declara:

*“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, (...)”*⁶

Y, como sostiene Haro, esa posición se ha mantenido hasta ahora, como es el caso de la sentencia del 21 de marzo de 2000⁷, en el que la Corte Suprema dijo:

“Todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero, pueden y deben por expreso

5. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con la Relación de sus Respectivas Causas*, eds. Antonio Tarnassi y José Domínguez, Tercera Serie - Tomo III (Buenos Aires: Félix Lajouane, Librero-Editor, 1889), 162 y ss. Acceso el 26 de enero de 2022, <http://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=33&pagina=162#pagina=162>

6. Ricardo Haro, *El control de constitucionalidad*, 65.

7. Fallo 323:518, Antonio Humberto González c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Acceso el 26 de enero de 2022, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=7548>

*mandato de la Ley Fundamental, interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, en las causas cuyo conocimiento les corresponde.*⁸

IV. LA OPORTUNIDAD DEL CONTROL

El objeto de control es la ley, pero el momento en que éste se realiza puede ser antes o después de constituir formalmente una norma jurídica.

- a) Control previo: éste se produce cuando, antes que se concluya el procedimiento completo de aprobación y vigencia de una ley, ésta es objeto de un control de constitucionalidad. Esto significa que, realmente, estamos ante el control de un proyecto de ley; por ello, también se conoce como control preventivo.

Un ejemplo de este tipo de control es el establecido en el artículo 93 de la Constitución de Chile de 1980, el cual prescribe:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...)

3° Resolver las cuestiones sobre la constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

(...)

En el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que re-

ciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República (...).”

Con relación al control preventivo que hace un órgano jurisdiccional, sea éste un Tribunal Constitucional o el propio Poder Judicial, es preciso hacer notar que, cuando se ha debatido su utilización dentro de un sistema de jurisdicción constitucional, la principal crítica que se formula es que afectaría el principio de separación de poderes, pues el órgano jurisdiccional tendría injerencia sobre el proceso de formación de una ley; y, en todo caso, se estaría realizando una función consultiva y no jurisdiccional, ya que se estaría emitiendo un dictamen sobre una propuesta normativa que aún no tiene naturaleza de norma jurídica y, consecuentemente, no despliega todavía efectos vinculantes.

- b) Control posterior: Este es el típico control de constitucionalidad, pues justamente se realiza luego de la entrada en vigencia de una ley, ya sea en abstracto, en un proceso de inconstitucionalidad o para un caso concreto —por ejemplo, mediante una excepción de inconstitucionalidad o una consulta—.

Por ejemplo, la Constitución de Guatemala de 1985 reconoce el control posterior de la constitucionalidad de las leyes, tanto en situaciones abstractas como concretas y bajo distintas circunstancias dentro del proceso; además que lo reconoce tanto de modo concentrado ante la Corte de Constitucionalidad como de modo difuso ante

8. *Ibid.*

cualquier Tribunal en donde se cuestione la constitucionalidad de la ley. Así lo disponen los artículos 266 y 267, como a continuación señalamos:

“Artículo 266°.- Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

“Artículo 267°.- Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

V. LA NATURALEZA PROCESAL DEL CONTROL

El control de constitucionalidad puede ser clasificado con un criterio procesal dependiendo de la etapa del proceso donde es requerido el control. En consecuencia, resulta descriptivo identificar si éste se hace como una acción, excepción o mediante consulta.

a) Control como Acción: cuando una persona, en la demanda que presenta ante el órgano jurisdiccional competente, solicita el control de constitucionalidad de una norma. Esto podría ocurrir cuando se solicita la expulsión de la norma en un proceso abstracto —como son los procesos de inconstitucionalidad— o cuando se pide únicamente la inaplicación de la norma para el caso concreto —por ejemplo, en un proceso de amparo o también bajo la figura de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, como ocurre en Argentina, pero también teniendo como presupuesto un conflicto específico que afecta al accionante—.

b) Control como Excepción: cuando, en un caso concreto, una de las partes invoca que la ley que pretende aplicarse a su caso es inconstitucional y, en consecuencia, solicita al órgano jurisdiccional que conoce su caso que prefiera la norma constitucional y no aplique la ley en cuestión. El sistema de jurisdicción constitucional puede establecer que el órgano jurisdiccional designado para resolver esta cuestión de constitucionalidad —que puede ser el órgano que originalmente conoció el caso u otro especializado— emita su decisión con efectos particulares o generales.

c) Control como Consulta: cuando el propio órgano encargado de resolver el conflicto jurisdiccional —y sin necesidad que ninguna de las partes lo invoque— considera que es necesario previamente que se dirima si la norma a aplicar es compatible con la Constitución y, para ello, formula la consulta ante el órgano competente, usualmente, un Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

La Constitución de Honduras de 1982 es un buen ejemplo de un sistema de control constitucional que incluye todas estas opciones. En su artículo 185 se declara lo siguiente:

“La declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, podrá solicitarse por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:
1.- *Por vía de acción que deberá entablar ante la Corte Suprema de Justicia;*
2.- *Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial;*
y,
3.- *También el juez o tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral anterior, se suspenderán los procedimientos elevándose las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia”.*

VI. LA FINALIDAD DEL CONTROL

El control de la constitucionalidad puede versar sobre la norma en sí o su aplicación a un caso específico.

- a) Control abstracto: tiene como propósito el control objetivo de la ley; es decir, verificar si es compatible con la Constitución sin tener en consideración la verificación de un hecho donde haya sido necesario aplicar dicha ley cuestionada. En caso de decretarse la inconstitucionalidad, la ley es expulsada del ordenamiento jurídico.
- b) Control concreto: cuando la razón del control se ha generado por una situación particular donde surge la disyuntiva de aplicar la Constitución o la ley. En caso de declararse inconstitucional, la ley no se aplica para el caso objeto de discusión pero la ley sigue vigente y despliega todos sus efectos para aquellos otros casos en que no ha sido cuestionada. Aquí justamente surgen los problemas de falta de uniformidad al poder coexistir dentro de una jurisdicción dos fallos absolutamente opuestos, pudiendo ocurrir que las situaciones de hecho para las que se plantearon el control sean similares —siendo lo únicamente distinto el criterio de los jueces que conocieron tales casos—.

VII. LA LEGITIMIDAD ACTIVA EN EL CONTROL

El control de la constitucionalidad puede ser un privilegio de pocos o un derecho de todos. En función de ello, estaremos ante una legitimidad restringida o popular.

- a) Legitimidad restringida: estamos ante este tipo de control cuando se establece una lista cerrada de sujetos autorizados a solicitar el control de constitucionalidad. También se considera que hay legitimidad restringida cuando se establecen determinadas condiciones para calificar como demandante —por ejemplo, acreditar interés legítimo, personal y directo—; sin embargo, respecto de esta situación, los órganos

jurisdiccionales —al menos en Latinoamérica— tienen distintas posiciones.

Un caso de legitimidad restringida es el adoptado por el primer párrafo del artículo 103 de la Constitución de Brasil de 1988, la cual señala lo siguiente:

“Puede interponer la Acción de Inconstitucionalidad:

- 1.- El Presidente de la República;
- 2.- La Mesa del Senado Federal;
- 3.- La Mesa de la Cámara de los Diputados;
- 4.- La Mesa de la Asamblea Legislativa;
- 5.- El Gobernador del Estado;
- 6.- El Procurador General de la República;
- 7.- El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;
- 8.- Los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;
- 9.- Las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional”.

Con relación a aquellos países que exigen la acreditación del interés directo, personal y legítimo como condición para ser demandante, puede advertirse que en algunos países el criterio jurisprudencial es interpretar restrictivamente —por ejemplo, en Uruguay—; mientras que en otros países se interpreta extensivamente —por ejemplo, en Honduras—.

Recordemos la primera parte del artículo 258 de la Constitución de Uruguay de 1967, el cual señala lo siguiente:

“La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimos (...).”

La posición de la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha sido restrictiva y no ha promovido la optimización del control constitucional justamente porque se ampara en la voluntad de los constituyentes de no

permitir la acción popular. Como señala Rocca, la Corte:

“(...) ha entendido reiteradamente que es menester que quien invoque la inconstitucionalidad en el caso concreto se repunte lesionado en su interés directo, personal y legítimo ya que las normas específicas sobre contralor de regularidad de las leyes no consagran un régimen objetivo, sino que protegen la situación subjetiva de quien se reputa agraviado por la ley.”⁹

Es por eso que en su Sentencia N° 163/91, la Corte declaró que:

“No alcanza para promover el contencioso constitucional con la mención de estar afectado por la ley, sino que tal extremo debe ser acreditado, desde que se refiere a la titularidad sustancial del accionamiento promovido. Si se admitiese la legitimación material a quien dice, pero no acredita ser titular de un interés directo personal y legítimo afectado, de hecho se estaría habilitando la acción popular que expresamente se quiso rechazar (...). La gravedad y trascendencia de todo contencioso constitucional requiere cuando menos que quien lo promueva demuestre la existencia de un interés directo, personal y legítimo para ello, que lo habilite para promoverlo, como lo dispone el art. 258 de la Carta.”¹⁰

Una posición contraria encontramos en la jurisprudencia hondureña. En el anteriormente citado artículo 185 de la Constitución de Honduras de 1982 —al igual que en la Constitución uruguaya— también se exige un interés directo, personal y legítimo para promover por vía de acción la declaración de inconstitucionalidad de la

ley. Es más, el artículo 79 de la Ley sobre Justicia Constitucional —Decreto N° 244-2003— de Honduras, expresamente dispone, en la parte pertinente lo siguiente:

“De los requisitos de la inconstitucionalidad por vía de acción: La demanda de inconstitucionalidad por vía de acción deberá contener:

(...)

5.- Explicación clara y precisa del interés directo, personal y legítimo que motiva su acción; así como la explicación del concepto que motiva su acción de inconstitucionalidad; (...).”

Sin embargo, el criterio jurisprudencial ha sido privilegiar la admisión de la demanda, principalmente cuando la ley cuestionada trata sobre un asunto de interés público que puede calificar como interés difuso —por ejemplo, en los temas medioambientales—. En consecuencia, ante tales casos, no obstante que el sistema de control constitucional hondureño exige que el solicitante considere que se ha lesionado su interés directo, personal y legítimo, se consideran acreditadas esas condiciones con el solo hecho de ser una persona. A título de ejemplo, podemos citar la Sentencia expedida el 4 de octubre de 2006 por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, en el caso RI 172-06, Clarisa Vega de Ferrera en representación de 20 personas y de la Asociación Hondureña de Periodistas Ambientales y Agroforestales y del Comité para la Defensa y Desarrollo de la Flora y Fauna del Golfo de Fonseca, en la cual declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley General de Minería. La Corte señaló que estaba acreditada la legitimidad por el interés difuso que existía ante la aprobación de una Ley vinculada al medio ambiente.

9. María Elena Rocca, *Estudio sobre Jurisprudencia Constitucional. Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad de la ley* (Montevideo: Impresora Constituyente, 1999), 39.

10. *Ibid.*, 40.

Al respecto, señaló en el considerando cuarto:

“(...) la legitimación entonces se justifica si tomamos en consideración que los recursos mineros no son renovables, lo que trae como consecuencia que su explotación indiscriminada, sin reportar rentabilidad aceptable y beneficios conlleva al empobrecimiento anticipado de las generaciones futuras, por lo que en este orden de ideas la Sala estima que en defensa de estos derechos, cualquier persona, sin distinción alguna, se encuentra legitimada y por ende comprometida para comparecer ante los órganos jurisdiccionales competentes. En virtud de todo lo expuesto es necesario entonces el reconocimiento de un jus standi apropiado para que toda persona natural en forma individual u organizada tengan acceso a la tutela judicial en defensa de los derechos que conciernen a la colectividad hondureña, derecho que se expresa en términos de legitimación como un interés difuso que no es abstracto sino real y concreto”¹¹.

En consecuencia, la posición jurisprudencial hondureña es que el *jus standi* o capacidad para comparecer como parte en un juicio, que por mandato constitucional requiere acreditar el interés directo, personal y legítimo, merece una interpretación flexible y extensiva cuando el asunto controvertido compromete intereses difusos; es decir, que conciernen a la sociedad en general y a cada uno de sus miembros, por el sólo hecho de serlos.

- b) Legitimidad popular: existe este tipo de control cuando cualquier ciudadano, por el solo hecho de serlo, tiene el derecho a ejercerlo. América Latina ha sido el esce-

nario donde mayor desarrollo ha existido respecto de la Acción Popular desde que fue originada en Colombia y Venezuela. Es así como, al día de hoy, entre otros países que la han incorporado a su sistema de justicia constitucional, podemos mencionar a Panamá y Ecuador.

La Constitución de Panamá de 1972 dispone en su artículo 206, numeral 1:

“La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1.- La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona”.

Por su parte, la Constitución de Ecuador de 2008, en sus artículos 436 y 439, establece lo siguiente:

“Artículo 436°.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(..)

2.- Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”

“Artículo 439°.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cual-

11. Puede leerse el texto completo de esta sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia hondureña en el siguiente enlace, vigente al 26 de enero de 2022: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwijuevo58_1AhVVK7kGHbA5DLoQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Ffelaw.org%2Ffr%2Fsystem%2Ffiles%2Fhn.minera.decreto.doc&usq=AOvVaw3teoD1-LP5BIOQZJITIAvF

quier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

Pero debemos resaltar el caso colombiano, pues tiene el régimen más elaborado y antiguo sobre la acción popular de inconstitucionalidad. Se considera como el primer antecedente de este tipo de control constitucional a la Constitución de Cundinamarca de 1811, que en su artículo 9, dispuso lo siguiente:

“Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la representación nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial que sea contra el tenor de la Constitución”.

Como sostiene Tobo Rodríguez:

“La facultad reconocida a cualquier ciudadano para demandar un acto por inconstitucional, buscando su exclusión del ordenamiento jurídico, tiene fundamento en la necesidad colectiva y el interés común para defender la vigencia, integridad y supremacía de la Constitución Política.”¹²

Por ello, desde 1811, en Colombia se ha institucionalizado el control popular al punto que la actual Constitución de Colombia de 1991 le reconoce la condición de derecho fundamental de naturaleza política. Efectivamente, su artículo 40, dentro del Capítulo I, “De los derechos fundamentales”, bajo el rótulo “Derechos del ciudadano”, reconoce que:

“Todo ciudadano tiene derecho a par-

tipar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

6° Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

(...)”.

El artículo 241 reconoce diferentes situaciones en las que los ciudadanos pueden interponer estas acciones populares:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1° Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

4° Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5° Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

10° Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. (...)”.

12. Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006), 203.

VIII. EL CASO PERUANO

Teniendo en cuenta estas clasificaciones, podemos describir los tipos de control de constitucionalidad incorporados en el Derecho peruano.

Por un lado, existe un control judicial —que puede convertirse en extrajudicial si llega al Tribunal Constitucional— difuso, posterior, que puede ser realizado mediante acción o excepción, concreto y popular —en el sentido de que cualquier persona vulnerada en sus derechos fundamentales por la aplicación de una ley está en la capacidad de solicitarlo, a través de un proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento y mediante cualquier otro proceso judicial no constitucional—.

Por otro lado, existe un control extrajudicial, concentrado, posterior, mediante acción, abstracto y con legitimidad restringida mediante el proceso de inconstitucionalidad.

Desde 1803, con el conocido fallo de la Corte Suprema estadounidense *Marbury contra Madison*, existía una sustentación coherente del Principio de Supremacía Normativa de la Constitución; sin embargo, aunque parezca difícil de comprender, este principio recién fue incorporado y comprendido cabalmente en nuestro país con la Constitución de 1979.¹³

Como señala Eguiguren Praeli:

“ninguna de las numerosas constituciones del siglo pasado [refiriéndose a las del Siglo XIX] ni las Cartas de 1920 ó 1933 recogieron la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes o «judicial review». Ni siquiera se consignaron normas que consagraran expresamente la supremacía constitucional, con la sola excepción de la efímera Carta de 1856 cuyo artículo 10° establecía «es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución»; sin embargo, ella tampoco contempló ningún mecanismo o procedimiento para declarar o conseguir tal nulidad.”¹⁴

Es así como el Principio de Supremacía Normativa de la Constitución se incorpora por primera vez a nivel constitucional en el Perú con los artículos 87 y 236 de la Constitución de 1979, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 87°.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica. La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los de su difusión oficial.”

“Artículo 236°.- En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.”

13. Con anterioridad a la Constitución de 1979, el Principio de Supremacía Normativa de la Constitución estuvo incorporado en dos leyes pero fue “letra muerta”. La primera fue el artículo XXII del Título Preliminar del derogado Código Civil de 1936, cuyo texto fue el siguiente: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. La segunda fue el artículo 8 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, aprobada mediante el Decreto Ley 14605, la cual prescribía: “Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”. Por otro lado, en el artículo 133 de la Constitución de 1933, se reconoció la jerarquía de la Constitución y las leyes sobre las normas de inferior jerarquía permitiendo una acción popular para controlar la constitucionalidad y legalidad de estas normas. Se señala al respecto: “Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

14. Francisco Eguiguren Praeli, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: Las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”, *Lecturas sobre temas constitucionales* 7 (1991), 18.

El citado artículo 236 introduce el control de la constitucionalidad de modo difuso. Pero este principio no solo fue recogido en los artículos 87 y 236 de la Constitución de 1979. También lo estuvo en el Título V —Garantías Constitucionales—, en su artículo 295, tercer párrafo, el cual prescribió:

“Hay acción ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.”

Como puede advertirse, para normas de inferior jerarquía a la ley sí se reconoció la legitimidad popular. Por otro lado, el artículo 298, numeral 1, creó otra figura novedosa para nuestro Derecho: el control de la constitucionalidad de normas con rango de ley de modo concentrado, ante un órgano extrajudicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales:

“El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y (...).”

Podemos concluir entonces que, a partir de la Constitución de 1979 y con sus artículos 87, 236, 295 y 298 se reconoce plenamente el Principio de Supremacía Normativa de la Constitución y su operatividad, a través del control de la constitucionalidad, se expresa de tres formas: de modo incluyente ante el Poder Judicial en determinados procesos —actualmente, además de *hábeas corpus* y amparo, el *hábeas data* y el de cumplimiento—; de modo exclusivo ante el Poder Judicial mediante un proceso denomi-

nado “acción popular” respecto de las normas de inferior jerarquía a ley; y de modo exclusivo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales —ahora Tribunal Constitucional— mediante un proceso denominado “acción de inconstitucionalidad”. Lo importante es que, a partir de esta Constitución, se elige el camino progresivo pero irreversible de comprender la fuerza normativa de todas y cada una de las cláusulas que conforman la Constitución.

A partir de la Constitución de 1979, ya no hay dudas: la Constitución es una categoría normativa diferente —por ser la superior— y, por ello, exige utilizarla como referencia para el control de las demás categorías normativas. El “Poder Constituido” es un poder limitado y los diferentes mecanismos que se hubieran reconocido para el control de la constitucionalidad justamente buscan recordar y reforzar esta idea básica pero muchas veces olvidada por los gobernantes de turno: mediante leyes no se puede modificar la Constitución —salvo, claro está, que la aprobación de esas leyes siga el proceso de reforma constitucional—.

Nuestra actual Constitución de 1993 repite los principios y mecanismos sobre control de la constitucionalidad que su antecesora de 1979 en los artículos 51, 138 —segundo párrafo— y 200.

Solo un comentario final: si todos tenemos el deber de defender la Constitución y se debe optimizar su protección, ¿no sería más idóneo permitir la legitimidad popular en el control de constitucionalidad como lo hace la mayoría de los países de Latinoamérica?

El mito del colapso procesal no ha ocurrido con la Acción Popular respecto de normas con inferior jerarquía a ley. La fuerza normativa de la Constitución exige la búsqueda de la mayor amplitud de su protección procesal. El control de constitucionalidad debería ser un derecho fundamental de carácter político de todo ciudadano.