

VII Jornadas Argentinas - I Encuentro Latinoamericano

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESIDENTES HONORARIOS

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

AUGUSTO M. MORELLO

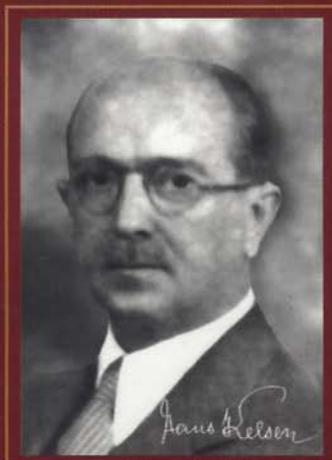
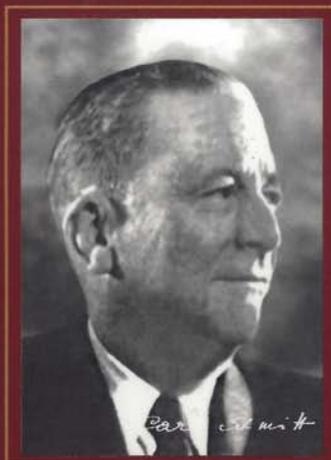
LINO E. PALACIO

21 y 22 de Agosto de 2003 - ROSARIO - ARGENTINA

PRESIDENTE: Néstor P. Sagüés SECRETARIO: Maximiliano Toricelli

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN IBEROAMÉRICA



**LOS ORÍGENES DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN IBEROAMÉRICA
(1931-1979)**

**LOS ORÍGENES DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN IBEROAMÉRICA
(1931-1979)**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

2

Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Lima Perú
2003

1ª edición: julio de 2003.

© 2003, Asociación Peruana de Derecho Constitucional

© 2003, José F. Palomino Manchego

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012003-3740

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jr. Lampa 1154, Lima 1, Perú

Telfs: 426 1631 / 427 3147

Telefax: 427 6038

E-mail: grijley@terra.com.pe

Sede en Trujillo:

Jirón Pizarro 540, Trujillo (Costado de la Corte Superior de Justicia)

Telefax: 471640

Celular: 843 4434

E-mail: grijleytrujillo@peru.com

PRESENTACION

Gracias a la cordial invitación que me ha formulado mi querido amigo Néstor Pedro Sagüés para asistir al “I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional” y a las “VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional” que se desarrollarán los días 21 y 22 de agosto del presente año, doy a la estampa previa actualización el presente trabajo rotulado *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica* (*).

(*) Con anterioridad, me ha servido como texto base para la conferencia sustentada el 2 de octubre de 2001, en los ambientes de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna, en el encuentro de estudio titulado “Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti”, que programó el dilecto profesor Lucio Pegoraro. También participaron los profesores Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini y Gerardo Eto Cruz. De igual forma, fue materia de la conferencia llevada a cabo el 14 de marzo de 2003 en la Universidad del País Vasco, debido a la invitación que me extendieron Javier Corcuera Atienza, Miguel Angel García-Herrera y Javier Tajadura Tejada, dignos de la más alta estima y colegas de la enseñanza de la misma disciplina. Una primera versión se publicó en la Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 34, mayo, Trujillo, 2002, págs. 19-31. Además, ha visto la luz en AA.VV. *Influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latino-americano. (Garanzie costituzionali e presidenzialismo)*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2002, págs. 5-42. De igual forma, en el libro de Domingo García Belaunde: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002. Estudio Preliminar y Epílogo de José F. Palomino Manchego, págs. 163-186. Ahora, se publica completamente aumentado y revisado, incluyendo abundantes referencias bibliográficas y de historia constitucional.

El temario que se desarrollará en dichas veladas están agrupados como sigue. En el “I Encuentro...” tendrán lugar los siguientes rubros: *a)* Informes nacionales sobre el desarrollo de la materia; *b)* Debido proceso: aportes de la jurisdicción supranacional; *c)* Inconstitucionalidad por omisión y *d)* Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales: experiencias, difusión; y repliegues, y evaluación crítica.

En las “VII Jornadas...” se abordarán los siguientes tópicos: *a)* Acción de Inconstitucionalidad: desarrollo y efectos; *b)* Medidas cautelares; *c)* El Amparo: presente y perspectivas, intereses difusos contrapuestos, y consecuencias expansivas de las sentencias; *d)* Hábeas Data: autonomía, cobertura y trámite; y *e)* Recurso Extraordinario: perfil, actualidad, variables y crisis.

Y el presente ensayo entiendo que también se ubica dentro de tal contexto. La idea es que su contenido se divulge y circule entre los asistentes, como se ha venido haciendo con los colegas españoles, y contribuir decididamente a consolidar el estudio de los inicios del Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica que está todavía en el telar .

Finalmente he de confesar que me hacía mucha ilusión conocer –¡por fin!– la ciudad de Rosario, y por cierto la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, donde Néstor Pedro Sagüés imparte docencia universitaria, sin olvidar su labor sin mácula en la judicatura.

Lima, julio de 2003.
Rosario, agosto de 2003.

LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN IBEROAMÉRICA (1931-1979)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (*)

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales. II. El Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1931. III. Los intentos de instaurar una Corte Constitucional en Colombia. IV. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba de 1940. V. El Tribunal Constitucional de Chile de 1971. VI. El Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador de 1945 y de 1967. VII. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 1965. VIII. El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú de 1979. IX. A modo de conclusión.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Investigador visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Me propongo desarrollar algunas ideas acerca de los inicios del control constitucional concentrado en Iberoamérica, y de sus rasgos más significativos, desde su estructura o composición hasta las atribuciones por mandato constitucional. A propósito, es harto sabido que en Austria, Italia, Alemania, Portugal y España el control constitucional es modélico. Además, la labor y sólida jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos ⁽¹⁾, es seguida con atención y detenimiento en el Derecho Constitucional Comparado. En tal sentido, constituyen un obligatorio referente al momento de analizar los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica, como se demostrará a continuación. Asimismo, en las actuales circunstancias la refor-

(1) Para su estudio, *cfr.* José Julio Fernández Rodríguez: *La Justicia Constitucional europea en el siglo XXI*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002. Antecede Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés. También, Dominique Rousseau: *La Justicia Constitucional en Europa*, traducción del francés por Isabel Ortíz Pica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Antecede Estudio Preliminar de Teresa Freixes Sanjuán con el siguiente título: “De la Justicia Constitucional al sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales”.

ma constitucional en Europa viene tomando cuerpo como es el caso de Italia, cuya Constitución que data de 1947, ha sido puesta al día ⁽²⁾.

Reafirmese que, el propósito de la presente exposición consiste en describir las características más notables que han presentado en sus orígenes los Tribunales Constitucionales en los diversos ordenamientos jurídicos de Iberoamérica. De su propio contenido se puede advertir, en primer término, que desde la década de los años 30, el tema del control constitucional concentrado fue, en mayor grado, la preferencia que se optó en el siglo XX en algunas constituciones latinoamericanas, claro está, con peculiaridades distintas a funciones que cumplen los Tribunales Constitucionales europeos, y a diferencia del siglo XIX donde el control de revisión judicial (EE.UU.) ⁽³⁾ y el político tomaron cuerpo. En segundo orden, se ha de destacar el tema de la protección procesal de los derechos fundamentales, a través de dos instrumentos protectores de viejo cuño y características propias: el habeas corpus y el amparo, tal como sucedió en el Perú a partir de 1979.

Pero debo asimismo hacer constar que, a la fecha, el sistema concentrado ha calado en gran parte de los países de América Latina, por citar, Colombia, Perú ⁽⁴⁾ y Bolivia ⁽⁵⁾. Con lo cual se demuestra que el modelo de revisión judi-

(2) Al respecto, *vid.* Giancarlo Rolla: "Crónica sobre la reforma institucional italiana", en la Revista Teoría y Realidad Constitucional, N° 1, Madrid, 1998, págs. 223-237.

(3) Una panorámica, muy bien desarrollada y completa se encuentra en el libro de James Allan Clifford Grant: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. (Una contribución de las americas a la Ciencia Política)*, UNAM, México, D.F., 1963. Antecede Prólogo de Lucio Cabrera y Héctor Fix-Zamudio. De igual forma, resulta de sumo provecho el libro de Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Colección Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, D.F., 2002, *in toto*. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

(4) Una visión de conjunto se puede ver en el libro de Francisco Eguiguren Praeli: *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000.

(5) Entre otros, *vid.* Francisco Fernández Segado: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, D.F., 2000; y José Antonio Rivera Santivañez: *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001.

cial (*judicial review*) o norteamericano ha pasado a un segundo plano, destacando más bien su accionar en las Salas Constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas, como perfectamente las denomina Fix-Zamudio: *a*) El Salvador (1983, 1991), *b*) Costa Rica (1989), *c*) Paraguay (1992), *d*) Nicaragua (1995) y *e*) Venezuela (1999) ⁽⁶⁾.

II. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA DE 1931

A) *Breve introducción histórica*

Con el derrocamiento del General y gobernante Miguel Primo de Rivera y Orbaneja (1870-1930) que se había mantenido en el poder durante el período dictatorial de 1923 a 1930, se inició un nuevo cambio de régimen conocido con el nombre de II República española, proclamada oficialmente el 14 de abril de 1931. Para ello se contó con el propulsor apoyo de las fuerzas republicanas, el partido socialista y los movimientos autónomos. Ante tales vicisitudes se dio nacimiento a la nueva Carta Republicana aprobada el 9 de diciembre de 1931, luego de varios debates encendidos y que, inspirada en la Constitución de Austria de 1920 ⁽⁷⁾, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales

(6) Vid. Héctor Fix-Zamudio: "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, D.F., 1995, págs. 59-74.

(7) Para mayor detalle, *vid.* José Luis Cascajo Castro: "Kelsen y la Constitución española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 1, Madrid, 1978, págs. 243 y sgts. Cascajo Castro cita algunas palabras del magistrado del TGC, Carlos Ruiz del Castillo, († 1984) en el Coloquio sobre la materia llevado a cabo el año de 1977 en Roma. Mientras que Pérez Serrano encuentra en el TGC el influjo del Tribunal de Conflictos francés, del Tribunal del Estado alemán, y del Tribunal Constitucional austríaco.

La notoria influencia de Hans Kelsen en la Constitución española de 1931 está por descontada, gracias a las ideas que asimilaron, en especial Luis Recaséns Siches (1903-1977) y Luis Legaz y Lacambra (1906-1980), cuando acudieron en la década de los años veinte a los seminarios privados que dictaba el jefe de la Escuela de Viena, en la calle Wickenburg. *Vid.* Rudolf Aladár Metall: *Hans Kelsen, vida y obra*, traducción del alemán por Javier Esquivel, UNAM, México, D.F., 1976, pág. 36. No vendrá a menos actualmente, lo señalado por Pablo Lucas Verdu: "... hay jóvenes profesores que se resisten en consul-

(en adelante TGC) en el Título IX, artículos 121 a 124⁽⁸⁾, habiéndose instalado mediante sesión del 20 de octubre de 1933. Como antecedente previo, en mayo de 1931, el Gobierno Provisional creó una Comisión Jurídica Asesora

tar, para redactar sus trabajos, las fuentes clásicas del pensamiento jurídico, en este caso a Kelsen, o cuando más sólo manejan sus escritos traducidos sobre la justicia constitucional y problemas conexos". *Cfr.* "El orden normativista puro. (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)" en *Revista de Estudios Políticos*, N° 68, Madrid, 1990, pág. 8.

(8) Como precedente de la Constitución de 1931 se puede consultar la siguiente bibliografía: Carlos Malagarriga: "El Proyecto de Constitución española", en *Anales de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad*, La Plata, 1929, págs. 70 y sgts.; Emilio Miñana: "Ante la reforma constitucional", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. CLIII, Madrid, 1928, págs. 478 y sgts. El Anteproyecto de Constitución se publicó en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 159, Madrid, 1931, págs. 363 y 483 respectivamente. La Constitución de 1931 se puede consultar en la misma revista, págs. 723 y sgts.; también en el *Archivo de Derecho Público*, ts. VI-VII, Granada, 1953, págs. 309 y sgts. Por la forma como analiza los estudios relativos al Derecho Constitucional español, *vid.* Boris Mirkine-Guetzevitch: "Sur la nouvelle Constitution espagnole", en *Bulletin de la Societe de Legislación*, t. LXII, Ns. 1-3, Paris, 1933, págs. 84 y sgts. También, Adolfo Posada: "La Constitution de la République espagnole du 9 décembre 1931", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, XLIX, Paris, 1932, págs. 359-381; y Antonio Royo Villanova: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934.

Desde el punto de vista del debate constitucional, *vid.* Juan-Simeón Vidarte: *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933*, Ediciones Grijalbo S.A., Barcelona, 1976. Incluye como apéndice la Constitución de 1931. Para nuestro tema, *vid.* en especial, págs. 582-584, 610 y sgts. Esta obra resulta valiosa por cuanto es el testimonio del Primer Secretario del Congreso de Diputados.

Los estudios relativos al memoriado TGC, son muy escasos, aunque existen algunos trabajos siguiendo la mira de la Constitución de 1931. Además de los que se mencionarán más adelante, pueden consultarse a José María Fabregas Del Pilar: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 163, Madrid, 1933, págs. 563 y sgts.; Recaredo Fernández de Velasco: "El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de la ley", en *Revista de Derecho Público*, julio-agosto, Madrid, 1933, págs. 235 y sgts.; Luis Jiménez de Asúa: *La Constitución Política de la democracia española*, Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942, especialmente págs. 55-57. El mismo libro se publicó con otro título: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946. Del mismo autor: *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Editorial Reus, S.A.,

presidida por Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946)⁽⁹⁾, encargada de redactar un Anteproyecto de Constitución que inexplicablemente no lo presentó a las Cortes Constituyentes; lo cual no fue óbice para que en su seno fuera visto con simpatía. Ahí se denominaba Tribunal de Justicia Constitucional al órgano de control. Será a partir del Proyecto de la Comisión Constitucional de las Cortes Constituyentes presentado en agosto de 1931, que empieza a denominarse Tribunal de Garantías Constitucionales.

Con anterioridad, es decir, en el siglo XIX, la historia política y constitucional de España se desarrolló a través de las cartas de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869 y 1876⁽¹⁰⁾. Y por lo que respecta al control constitucional, el antecedente

Madrid, 1932, págs. 471-481; incluye el Proyecto Parlamentario y el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora; Nicolás Pérez Serrano: *La Constitución española. Antecedentes, texto, comentario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, págs. 324-332. Jiménez de Asúa (1889-1970) y Pérez Serrano (1890-1961) jugaron un papel decisivo e importante para la creación del TGC, sin olvidarnos, en menor grado, de la participación del maestro Adolfo Posada (1860-1944). Recuérdese que Pérez Serrano redactó la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del TGC. Consúltese, además, Francisco Arcaya y Miravete: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Su legislación y doctrina constituyente y constitucional*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1934. De suma importancia es el libro de Niceto Alcalá-Zamora y Torres: *Los defectos de la Constitución de 1931 y 3 años de experiencia constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1981. Sobre el TGC, págs. 247-254. La 1ª. edición es de 1936. Más reciente, Francisco Fernández Segado "El Tribunal de Garantías Constitucionales: La problemática de su composición y del Estatuto Jurídico de sus miembros", *Revista de Derecho Público*, 2ª. época, Año XIV, vol. II, N° 111, Abril-Junio, Madrid, 1988, págs. 273-349; y Joan Oliver Araujo: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en Luis López Guerra (Coordinador): *Estudios de Derecho Constitucional (Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 309-392.

(9) Años más tarde, Ossorio y Gallardo evocaba el siguiente testimonio: "Todo nuestro esfuerzo no sirvió para nada. El Gobierno no tomó en cuenta nuestro pensamiento, sino que confió una nueva redacción a la Comisión parlamentaria. Sin duda, ésta fue, más piadosa con nuestras intenciones, como lo prueba la interesante obra *Proceso histórico de la Constitución de la República Española* del Presidente de dicha Comisión, el sabio profesor don Luis Jiménez de Asúa. Cfr. *Mis memorias*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946, pág. 200.

(10) Para una visión panorámica, *vid.* Joaquín Tomás Villarroya: *Breve historia del constitucionalismo español*, 6ª. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; Luis Sánchez Agesta: *Historia del constitucionalismo español*, 3ª. edición revisada, Instituto

lo encontramos en el artículo 70 y siguientes del Proyecto de Constitución Federal de la República de 1873.

B) Naturaleza y composición ⁽¹¹⁾

Conforme lo establecía el artículo 122 de la Constitución, el TGC estaba compuesto por: *a)* el Presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado; *b)* el Presidente del Alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93; *c)* el Presidente del Tribunal de Cuentas de la República; *d)* dos diputados libremente elegidos por las Cortes; *e)* un representante por cada una de las Regiones españolas; *f)* dos miembros nombrados efectivamente por todos los Colegios de Abogados de la República; y *g)* cuatro profesores de la Facultad de Derecho. En total, encajaban en su estructura ¡26 miembros! (número par), muchos de ellos ajenos a la magistratura, y, por

de Estudios Políticos, Madrid, 1974. El catedrático granadino sostiene que entre otras causas que dieron nacimiento, en 1923, a la dictadura de Primo de Rivera, fueron: “la política del Rey o de los partidos, la anulación, la abstención o la muerte de hombres que hubieran dado mejores frutos de gobierno, el distanciamiento de los intereses del país de la oligarquía que se beneficiaba del falseamiento del sufragio, la atonía misma del hombre de la calle, la indisciplina social de los grupos “particularistas” y hasta el ajuste y reajuste de una economía dislocada un día por los beneficios y negocios de guerra, y sujeta al día siguiente a la desilusionada austeridad de sus propios y pobres recursos” (pág. 481).

⁽¹¹⁾ Según el artículo 159 de la Constitución de España de 1978, el actual Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey. De ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de sus miembros (tres quintos); cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Añade la Constitución que deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Así también, serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres. De igual forma, son independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato. El artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cataloga a éste como “Intérprete supremo de la Constitución”, e independiente de los demás órganos constitucionales, y sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. *Vid.* el interesante artículo del ex-magistrado constitucional Francisco Rubio Llorente: “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 16, Madrid, 1982-1983, págs. 27-39.

ende, extraños a la realidad jurídica, que es justamente de lo que más se preocupó Hans Kelsen (1881-1973) cuando diseñó el Tribunal Constitucional de Austria.

El mentor de la Teoría Pura del Derecho trató de apartar a los magistrados constitucionales de la política *—strictu sensu—* que inevitablemente la hacen, pero como enfatiza Fix-Zamudio, mediante una “política técnica”. Se desprende de lo expuesto que la misma composición que tenía el TGC no garantizaba un funcionamiento eficaz e independiente ya que, conforme se aprecia, existían miembros que podían actuar como juez y parte, por ejemplo, los diputados⁽¹²⁾.

C) *Ambito de competencia*⁽¹³⁾

Siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), se atribuía al TGC las siguientes funciones⁽¹⁴⁾:

(12) El TGC, a tenor de lo dispuesto por el artículo 124 de la Constitución, fue reglamentado por Ley Orgánica decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes el 30 de junio de 1933, reformada el 10 de julio y 9 de setiembre del mismo año. Como también por el Reglamento Orgánico dado mediante Decreto de 6 de abril de 1935, que sustituyó al antiguo Reglamento de 8 de diciembre de 1933. Ambos textos pueden consultarse en Martín Bassols Coma: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, págs. 413-435 y 439-455, respectivamente. Hay edición oficial: *Decreto del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1935.

(13) Las atribuciones del actual Tribunal Constitucional están consagradas en la Constitución de 1978, artículo 161, así como en su Ley Orgánica, artículo 2; a saber: *a)* Del Recurso (el Recurso previo ha sido derogado) y de la Cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley, *b)* Del Recurso de Amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53,2 de la Constitución; *c)* De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; *d)* De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; *e)* De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales; *f)* De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución; *g)* De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la Ley Orgánica; y *h)* De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las leyes orgánicas. Comparándolo con la competencia que tenía su antecesor, es decir el

a) *Recurso de Inconstitucionalidad de las leyes (Const., art. 121, a)*

Con este instrumento procesal se trataba de proteger la defensa de la Constitución en los términos de interponer impugnación sobre aquellas normas que iban contra la Constitución, mecanismo que recién se aplicaba en España. Se interponía ante el pleno del TGC (Ley Orgánica, art. 22,1) y “comprendía tanto la consulta de los tribunales para establecer si una ley aplicable a un caso determinado era contraria a la Constitución, o bien las instancias propiamente dichas, tanto por vía incidental –mal calificada como de excepción– y la Acción, las que podían ser interpuestas por el Ministerio Público, los tribunales y los particulares interesados, de acuerdo con el artículo 27, inciso a) del mismo ordenamiento”⁽¹⁵⁾.

El artículo 42 de la Ley Orgánica del TGC hacía un distingo de lo que en doctrina se conoce como *i)* inconstitucionalidad formal y *ii)* material y, como señala Cruz Villalón, alcanzaría bastante importancia. En efecto, por lo que respecta a la primera, decía el artículo 42, 1: “Las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto Regional respectivo, producirán la total anulación de aquella, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia”⁽¹⁶⁾. O sea, surtía efectos *erga omnes*, característica típica del modelo austríaco o

TGC, el Tribunal Constitucional ha recogido gran parte de sus atribuciones, pero con un trámite, y desde luego realidad, distinto.

⁽¹⁴⁾ Nos referimos al clásico estudio: “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, aparecido en sus *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edición de la Revista jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1944, págs. 512 y sgts. Con anterioridad, fue publicado en la Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933. Se trata de la conferencia dada a la Agrupación Socialista de Santiago el día 9 de marzo de 1933.

⁽¹⁵⁾ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio: *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1980, pág. 96. Ampliando el tema, consúltese Joaquín Tomás Villarroja: “El Recurso de Inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)”, en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, N° 11, Barcelona, 1968, págs. 11-52.

⁽¹⁶⁾ *Vgr.*, cuando se cumpla lo estipulado por el artículo 83 de la Constitución, así como también por los artículos 12, 66, 76 e, 80, 97 a, 119, 125, entre otros.

kelseniano. En cuanto se refiere a la segunda, el artículo 42,2 apuntaba: “Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material producirán efecto en el caso concreto del recurso o consulta”⁽¹⁷⁾. Es decir, se refería exclusivamente al caso concreto, particular, *inter partes*, característica saltante del modelo americano o de revisión judicial (*judicial review*).

Haciendo un balance, el TGC conoció en total siete asuntos de recursos de inconstitucionalidad, para lo cual “hubo de soportar la onerosa carga de la discrepancia de opiniones sobre su verdadera función y de la presión de los políticos que se resistían a poner la protección de la Constitución en manos de un tribunal”⁽¹⁸⁾. Es más, “tuvo la mala fortuna de verse inmerso, desde la primera de sus sentencias, en la vorágine de las confrontaciones políticas de la época”⁽¹⁹⁾.

b) *Los conflictos o cuestiones de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las Regiones Autónomas y los de éstas entre sí (Const., art. 121, c)*

Inspirado el TGC en cierto grado al Tribunal de Conflictos francés de la Segunda República de 1849, le incumbía conocer la competencia legislativa entre el Estado y las Regiones Autónomas, así como entre dos Regiones. La práctica demostró que era difícil que se presente el segundo caso, por cuanto se trataba de dos órganos de igual jerarquía, lo cual no sucede entre el Estado y las Regiones, conflicto que se va a dar con mayor frecuencia por la personalidad misma y las actividades que desempeña el primero sobre el segundo. El TGC dictó dos sentencias sobre esta materia.

(17) *Vgr.*, en caso que contravenga lo establecido por los artículos 25 y 40 de la Constitución.

(18) *Cfr.* Ignacio M^a. de Lojendio e Irure: “Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. I, UNAM, México, D.F., 1988, pág. 426.

(19) Así lo sostiene Pedro Cruz Villalón en su magnífico libro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 338. Antecede Prólogo de Ignacio M^a. de Lojendio e Irure (1914-2002).

Asimismo, otro conflicto que podía darse, dentro de los alcances que comentamos, era el de atribución que afectaba el ejercicio de las actividades administrativas, “y además, que pueden ser lo mismo positivos (cuando las autoridades del Estado y de las Regiones Autónomas se crean con derecho a actuar en un asunto) que negativos (cuando se consideran incompetentes para intervenir en la materia de que se trate)”⁽²⁰⁾. Si la ley inconstitucional es una ley Estatal quedará sin efecto para la Región reclamante desde el día de su promulgación. Si la ley es Regional, a tenor del artículo 50 de la Ley Orgánica del TGC, surtirá efectos de nulidad al igual que todos los actos de ejecución⁽²¹⁾.

También podía surgir otro conflicto entre el Estado, las Regiones Autónomas y que debía ser resuelto por el TGC, era con el órgano llamado Tribunal de Cuentas, de acorde al artículo 120, *in fine* de la Constitución de 1931. Fue precisamente que el TGC inició su actividad resolviendo, mediante sentencia de 8 de junio de 1934, una cuestión de competencia legislativa sobre la regulación de los contratos de cultivo, promovida por el Gobierno de la República a la Ley del Parlamento de Cataluña, del 11 de abril de 1934.

c) *El Recurso de Amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades (Const., art. 121, b)*

Sin desconocer la influencia del Juicio de Amparo mexicano, la II República española introduce en la Constitución de 1931 la antañóna institución en los artículos 105 y 121, *b*, regulado por el Título IV, artículos 44 a 53 de la Ley Orgánica del TGC, así como por el Título VII, artículos 76 a 82 de su Reglamento. Hubo un antecedente el año 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera, donde se presentó un Proyecto referido a la instalación de los tribunales de Amparo ciudadano, también inspirados en la legislación mexicana⁽²²⁾.

(20) *Vid.*, en tal sentido, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, citado, pág. 523.

(21) *Vid.* Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo...*, citado, pág. 404.

(22) Para mayores detalles, *vid.* Eduardo Gómez de Baquero: “El Amparo de Derecho: ¿jurisdicción o recurso?”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 153, Madrid, 1928, págs. 114 y sgts. El citado autor meritúa la influencia del tratadista mexicano Rodolfo Reyes, quien residió muchos años en España. En aquella época, así se expre-

El artículo 105 de la Constitución de 1931 expresaba: “La ley organizará Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el Derecho de Amparo de las garantías individuales”. Se colige de lo dicho que, tanto el TGC (Const., art. 121, *b*) como los Tribunales de Urgencia tenían competencia para conocer el Recurso de Amparo.

Refiriéndose a esta divergencia, el procesalista Alcalá-Zamora y Castillo razona: “Nada más añade la Constitución, y es lástima que no se haya preocupado lo más mínimo de deslindar bien la órbita de acción de los Tribunales de Urgencia y del de Garantías en materia de Amparo, porque una de dos: o los Tribunales de Urgencia, desde el momento en que se les asigna competencia sobre lo mismo al de Garantías, no sirven para nada, y en este caso no se debió redactar el artículo 105, o por el contrario, sirven para algo, y entonces se debió acotar con precisión el área en que hayan de moverse, para que al Tribunal de Garantías no vayan sino determinados Recursos de Amparo o bien las apelaciones fuertemente condicionadas, procedentes de los Tribunales de Urgencia”⁽²³⁾.

saba Reyes: “Porque, nadie lo dude, la Jurisdicción Constitucional tiene la función más alta y definitiva que puede concederse a órgano alguno en un régimen de Constitución escrita. A ella le toca restablecer el equilibrio roto entre los sujetos y la garantía política de su derecho, entre la base normativa institucional y su desarrollo legal; es así esencialmente política su misión en el fondo; pero se la reviste de caracteres jurisdiccionales, y en los sistemas americanos se la ciñe al caso no por perfección teórica, sino por práctica eficiencia y posibilidad educacional dentro de nuestra idiosincracia política”. *Cfr. La defensa constitucional. Recursos de Inconstitucionalidad y Amparo*, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1934, pág. 319; antecede Prólogo de Angel Ossorio y Gallardo y Víctor Pradera. Puede revisarse, además, Héctor Fix-Zamudio: “El derecho de Amparo en México y en España. Su influencia recíproca”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, 1979, págs. 245-250; Rosa María Ruiz Lapeña: “El Recurso de Amparo durante la II República española”, publicado en la misma revista, págs. 291 y sgts. Véase además, su libro *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1982. Antecede Prólogo de Emilio Gómez Orbaneja, a la sazón ex-Secretario de Sección del TGC de 1931. Como dato previo, *vid.* Francisco Gómez del Campillo: “El Justicia de Aragón, antecedente histórico y doctrinal de los Tribunales de Amparo y Garantías”, en *Acción Española*, t. IX, N° 53, 1934, págs. 447-463.

(23) *Cfr.* Niceto Alcalá Zamora y Castillo: “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, citado, pág. 524.

A la postre, los Tribunales de Urgencia no llegaron a funcionar ni se expidió Ley Orgánica alguna que los reglamentasen; antes bien, la tramitación del Recurso de Amparo se hizo conforme lo establecía la Ley Orgánica del TGC en su segunda disposición transitoria: “Mientras no estén constituidos los Tribunales de Urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el Recurso de Amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la autoridad competente. Se entenderá por autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del agente o autoridad que haya causado el agravio. La reclamación se formulará en el plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales sin resolución, se considerará denegada” (24).

El artículo 44 de la Ley Orgánica del TGC destacó que procedía entablar el Recurso de Amparo cuando se viola los derechos individuales consagrados en los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 38 y 39 de la Constitución. Y para que proceda el Recurso de Amparo el artículo 45 de la Ley Orgánica pedía que se cumplan los siguientes requisitos: “a) Que existiera acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden que, con respecto a un individuo determinado hubiese infringido alguno de los derechos fundamentales protegidos por este medio de impugnación. b) Que no hubiese sido admitida o no hubiese sido resuelta la petición de Amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto por el artículo 105 de la Constitución o que dicho Tribunal hubiese dictado resolución denegatoria” (25).

En consecuencia, el TGC actuaba en última instancia para resolver los Recursos de Amparo aunque, recalamos, los Tribunales de Urgencia no llegaron a operar, y como tal, el único que conocía el Recurso de Amparo, en la práctica era el TGC.

(24) Tal como lo sostiene Héctor Fix-Zamudio en su libro: *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, citado, págs. 92-93.

(25) *Idem.*

El artículo 123, 5 de la Constitución y 47 de la Ley Orgánica del TGC, facultaban para interponer el Recurso de Amparo a la persona que se consideraba agraviada, así como a cualquier ciudadano o persona jurídica ⁽²⁶⁾.

d) Examen y aprobación de los Poderes de los compromisarios que justamente con las Cortes eligen al Presidente de la República (Jurisdicción Electoral) (Const., art. 121, d)

El TGC dirimía este conflicto teniendo en cuenta los antecedentes que predominaban, es decir, lo político sobre lo jurisdiccional. Con ello se trataba de quitar la presión política que tenían las Cámaras, creándose así un órgano independiente que resolviera tal competencia, si cabría la expresión, un tanto "política". Ampliando su campo de acción, debe señalarse que el TGC estaba facultado para conocer la validez de la elección, cuando se tratara de las actas de los compromisarios convocados por el Parlamento para destituir al Jefe de Estado, a tenor del artículo 82 de la Constitución, aun cuando no lo diga de manera implícita.

e) Responsabilidad criminal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros (Const., art. 121, e)

Actuando como Jurisdicción Política, el TGC tenía competencia para conocer el juzgamiento de los funcionarios públicos en mención. Se nota, al

(26) Según el artículo 123 de la Constitución de 1931, eran competentes para acudir al TGC: *a)* El Ministerio Fiscal; *b)* Los jueces y tribunales en el caso del artículo 100 que se refiere cuando se trata de aplicar una ley contradictoria a la Constitución, en cuyo caso deberá dirigirse en consulta al TGC; *c)* El Gobierno de la República; *d)* Las Regiones españolas y *e)* Toda persona individual o colectiva aunque no hubiera sido directamente agraviada. Ahora bien, el artículo 162 de la Constitución española de 1978, están legitimados para acudir al Tribunal Constitucional: *a)* Para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas; *b)* Para interponer el Recurso de Amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; y en los demás casos, la Ley Orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

igual que las otras atribuciones que el TGC estaba inspirado, en cierta medida, en la Constitución austríaca de 1920 ⁽²⁷⁾. Los actos individuales, como decía Kelsen, por razones de prestigio deben ser encuadrados dentro de la Jurisdicción Constitucional, en la inteligencia que deben ser sometidos a un control jurídico ⁽²⁸⁾. Así lo estimaron conveniente las Cortes Constituyentes de 1931-1933 al atribuir tal competencia al TGC. Y con ello se acabó el mito de que el Presidente ya no es un monarca, según la tradición que se conocía, sino que a partir de la Constitución de 1931, “era criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales”, y como tal, sometido al fuero penal del TGC ⁽²⁹⁾.

Era el Congreso, por acuerdo de sus tres quintas partes de la totalidad de sus miembros, quien decidía si procedía acusar al Presidente ante el TGC. Se entiende que procedía el juzgamiento por parte del TGC cuando el delito que se cometió por parte de los funcionarios, por ejemplo, los ministros, era “en el ejercicio de sus cargos”, caso contrario, estaban expeditos los tribunales ordinarios. Por lo que respecta al Presidente del Consejo y los ministros, “son, también individualmente responsables, en el orden civil y en el criminal, por las infracciones de la Constitución y de las leyes. En caso de delito, el Congre-

⁽²⁷⁾ El artículo 142, 1 de la Constitución austríaca de 1920 indica que le corresponde al Tribunal Constitucional conocer las acusaciones por las que se exija a los órganos supremos de la Federación o de los Estados “responsabilidad constitucional” por las infracciones de ley cometidas, mediante culpa en el ejercicio de su cargo, del Presidente Federal por violar la Constitución, de los miembros del Gobierno Federal y órganos de igual jerarquía cuando infringen la ley, de los miembros del Gobierno Regional, del Gobernador Regional, de los Organos de la capital federal Viena, y del Presidente o Presidente en funciones del Consejo Académico Regional.

⁽²⁸⁾ *Vid.* Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, en Anuario Jurídico, N° 1, México D.F., 1974, págs. 471-515. La traducción del original francés de 1928 estuvo a cargo de Rolando Tamayo y Salmorán. Más reciente se ha publicado en Hans Kelsen: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 109-155. La traducción del francés, en esta oportunidad la realizó Juan Ruiz Manero. Hay traducción italiana en Hans Kelsen: *La Giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 145-206. Incluye otros trabajos que guardan relación estrecha con el tema.

⁽²⁹⁾ Tal como lo disponía el artículo 85 de la Constitución de 1931.

so ejercerá la acusación ante el TGC en la forma que la ley determine”, tal como lo estipulaba el artículo 92 de la Constitución.

f) Responsabilidad criminal del Presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República (Const., art. 99 in fine, y 121, f)

Con anterioridad, fueron las leyes de organización judicial y de enjuiciamiento criminal las que se encargaban de juzgarlos. En cuanto se refiere a la responsabilidad civil y criminal de los jueces y fiscales de menor jerarquía, el Tribunal Supremo asumía competencia con intervención de un jurado especial, conforme lo preceptuaba el artículo 99 de la Constitución.

D) Epílogo

La época que le tocó vivir al TGC fue, sin disputa, convulsionada, por cuanto recién se instauraba la II República. De ahí que su funcionamiento fue discontinuo, desde octubre de 1933, fecha que se constituyó, hasta julio de 1936 que se extinguió al igual que los otros órganos constitucionales plasmados en la Constitución de 1931. En definitiva, fue una rica experiencia que dejó como saldo años más tarde la creación del Tribunal Constitucional consagrado en la Constitución española de 1978⁽³⁰⁾.

En tal sentido, le asistía razón a Jiménez de Asúa cuando, desde México en 1945, describió que la Constitución de la II República española “es la investidura jurídica de una Nación que quiso emprender nueva ruta por el mundo”.

(30) Refiriéndose al TGC, Pérez Serrano afirmaba: “La índole del nuevo organismo, ya que no tiene tradición entre nosotros, hay que buscarla en su cometido y en su composición. Con vista de unos y otros datos, se llega a la conclusión de que se trata de un cuerpo heterogéneo de elementos que acaso ensamblen con dificultad; y cuya misión reviste facetas muy divergentes entre sí”. Por su parte, Indalecio Prieto enfatizaba, con expresiones drásticas, que el TGC: “era una especie de apéndice que le habíamos puesto al texto constitucional y que no serviría para otra cosa que para que algún día muriesen las Cortes de apendicitis”.

III. LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

A) *Antecedentes constitucionales y legales*

Como antecedentes, hemos de significar que Colombia en más de una oportunidad ha intentado crear un Tribunal Constitucional con las características del modelo austríaco. La historia política y constitucional, dejando de lado las leyes fundamentales y las constituciones provinciales (en especial, la Constitución de la República de Cundinamarca de 18 de julio de 1812), durante el siglo XIX se expidieron los siguientes textos políticos: Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821; Constitución de la República de Colombia de 29 de abril de 1830; Constitución del Estado de la Nueva Granada de 29 de febrero de 1832; Constitución Política de la República de Nueva Granada de 20 de abril 1843; Constitución Política de la Nueva Granada de 20 de mayo 1853; Constitución Política para la Confederación Granadina de 22 de mayo de 1858; Constitución de los Estados de Colombia de 8 de mayo de 1863 y Constitución de la República de Colombia de 4 de agosto de 1886. En el siglo XX se sancionó la Constitución de 7 de julio de 1991 que sigue en vigencia ⁽³¹⁾.

La Constitución de 1886 sufrió algunas reformas ⁽³²⁾, tales como la efectuada durante el período de gobierno del General Rafael Reyes, por la Asamblea Nacional Constitucional Constituyente y Legislativa de 1905, la reforma constitucional por acto legislativo N° 3, la reforma de 1910 que establece un completo sistema de control constitucional, así como la reforma de

⁽³¹⁾ Cfr. Diego Uribe Vargas: *Las constituciones de Colombia*, 3 ts., 2ª. edición ampliada y actualizada, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1985. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de Manuel Fraga Iribarne y Prólogo a la 2ª. edición de Inocencio F. Arias, y de Carlos Restrepo Piedrahita: *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2ª. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. Para una visión de conjunto, *vid.* Luis López Mesa: *De cómo se ha formado la Nación colombiana*, Librería Colombiana, Bogotá, 1934, en especial, págs. 131-146.

⁽³²⁾ Para un estudio de las reformas, *vid.* Javier Henao Hidrón: *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1971, págs. 45-73.

1936⁽³³⁾, la de 1945 que por acto legislativo N° 1 diseña un Consejo de Estado con carácter de jurisdicción contencioso administrativo. De igual forma, saltan a la vista la reforma constitucional plebiscitaria de 1° de diciembre de 1957, la reforma de 1968 donde se crea la Sala Constitucional, así también las propuestas realizadas en los años 1975 y 1977-1978 que dieron como resultado la reforma constitucional contenida en el acto legislativo N° 1 del año 1979.

B) La reforma constitucional de 1968: La Sala Constitucional

Renglón aparte, de todas las reformas arriba señaladas, merece rescatarse la de 1968 (Constitución, art. 214), reglamentada por el decreto N° 432 de 1969, mediante la cual se creó una Sala Constitucional⁽³⁴⁾, que dependía de la Corte Suprema de Justicia, integrada por cuatro magistrados (número par) especialistas en Derecho Público. Su función consistió en: “dictaminar las cuestiones de constitucionalidad que se planteen en la misma Corte, particu-

(33) En esta reforma se introduce la acción popular de inconstitucionalidad en la que asume jurisdicción la Corte Suprema (Constitución, art. 214), reglamentado por la Ley N° 96. Mediante este procedimiento el máximo organismo declaraba la inconstitucionalidad de algún ordenamiento legislativo, diferenciándose así del clásico modelo americano mediante el cual los tribunales ordinarios sólo inaplican la norma cuestionada al caso concreto (*inter partes*). Dicho mecanismo procesal, pionero y muy avanzado para su época, llevó a decir a Hernando Aguilar Zuluaga que: “fue Colombia el primer país del mundo que consagró la jurisdicción constitucional”. Tal afirmación se puede consultar en su ensayo: “La jurisdicción constitucional”, publicado en la Revista Estudios de Derecho, vol. XVI, N° 50, Medellín, 1956, pág. 640.

(34) El establecimiento de la Sala Constitucional se debe a la iniciativa de Carlos Restrepo Piedrahita, Darío Echandía, entre otros integrantes del Senado, los mismos que lograron que se establezca la Corte Constitucional en una primera legislatura (1966-1967) pero que no prosperó en la segunda, quedando finalmente en pie la Sala Constitucional, por cuanto la Constitución en su artículo 218 estipula que para realizar la reforma constitucional se necesita la aprobación por dos legislaturas ordinarias. El gobierno de turno nombró una Comisión Revisora presidida por Vásquez Vélez para objetar el denominado Proyecto Echandía. Hubo, como han sostenido algunos constitucionalistas, influencia política para apagar el funcionamiento de la Corte Constitucional. *Cfr.* Javier Henao Hidrón: “La reforma constitucional de 1968”, en Revista Estudios de Derecho, vol. 30, N° 80, Medellín, 1971, págs. 271 y sgts.

larmente, de la objeción de los proyectos de ley por parte del Gobierno, y de la *acción popular de exequibilidad*, otorgándose un plazo de treinta días a dicha Sala para formular la ponencia respectiva, la cual debe turnarse a la llamada Sala Plena de la Corte para que decida definitivamente en sesenta días”⁽³⁵⁾.

Luis Carlos Sáchica estima que la Sala Constitucional representó un avance, por cuanto especializó y separó el estudio de los negocios constitucionales dentro de un Tribunal de Casación, pero que no fue solución satisfactoria para algunos, puesto que aun los proyectos de fallo de los especialistas quedaron mediatizados por la mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la que se producen todas las decisiones sobre constitucionalidad⁽³⁶⁾. Sin embargo, tal función en la Sala Constitucional no llenó las expectativas de los constitucionalistas, aun cuando no puede dejar de reconocerse que constituyó un antecedente capital y notorio para años después poder instaurar en Colombia una verdadera *jurisdicción constitucional*. A ello añádase, los antecedentes muy importantes que se desarrollaron en el siglo XIX.

Esto merece una breve explicación. Se sostiene que en el siglo XIX existió el modelo colombo-venezolano, diseñado de la siguiente manera: a) La Constitución de Venezuela de 1858 consagró en su artículo 11 el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes, (provinciales en rela-

(35) Cfr. Héctor Fix-Zamudio: “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 111, México, D.F., 1978, págs. 678-679. Del mismo autor: “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 35, México, D.F., 1979, págs. 422-424.

(36) Cfr. Luis Carlos Sáchica: *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 3ª. edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1988, pág. 128. En esa línea, la reforma constitucional de 1968 articuló un control constitucional “automático” a cargo de la Corte Suprema de Justicia respecto de todos los decretos que expidiera el Presidente de la República al amparo de los Estados de excepción, los que debían remitirse a aquella inmediatamente después de dictados. Cfr. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en el colectivo coordinado por Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 1997, pág. 473.

ción a la Constitución nacional), sesenta años antes del que elaboró Hans Kelsen en la Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920. *b)* Mientras que en Colombia la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850, dio nacimiento a la acción popular (“acción ciudadana”) de constitucionalidad, que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales (normas infraconstitucionales).

Sin embargo, como bien anota Cruz Villalón⁽³⁷⁾ no hay un órgano *ad hoc* de control de la constitucionalidad. A mayor abundamiento, Brage Camazano⁽³⁸⁾ señala que la legitimación se otorga a “cualquier ciudadano”, a diferencia de la técnica de la *Organklage*, que caracteriza patentemente al instrumento procesal kelseniano de control de la constitucionalidad; y por otra parte, que se trata de una acción ejercitable única y exclusivamente frente a actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales o locales, y nunca frente a leyes de ámbito estatal o federal.

C) La reforma constitucional de 1979: nuevamente la Sala Constitucional

En el año de 1977, durante el gobierno de Alfonso López Michelsen se presentó una iniciativa de reforma constitucional contemplado en el acto legislativo N° 2 para poder tratar algunos puntos, destacándose la insistencia de crear una Corte Constitucional. La posición fue definida por la Comisión Echandía. La Corte Suprema declaró inconstitucional la reforma de la Constitución mediante sentencia de 5 de mayo de 1978. Sin embargo, el proyecto de instaurar la Corte Constitucional, conjuntamente con otros proyectos, tales como los concernientes a la reforma del Congreso, de los estatutos de los

⁽³⁷⁾ Cfr. Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, citado, pág. 116.

⁽³⁸⁾ Cfr. Joaquín Brage Camazano: *La acción de inconstitucionalidad*, 1ª. reimpresión, UNAM, México, D.F., 2000, pág. 61. Antecede Prólogo de Francisco Fernández Segado. A lo expuesto, también se puede consultar el libro de Ernesto Blume Fortini: *El control de la constitucionalidad. (Con especial referencia a Colombia y el Perú)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1996, págs. 37-56. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde.

partidos políticos y del Fiscal de la Nación, dieron origen a la reforma constitucional contenida en el acto legislativo N° 1 de 1979 y que entró a regir el 20 de diciembre del mismo año, fecha de su promulgación⁽³⁹⁾. Será en esa reforma donde se introduce una vez más la Sala Constitucional, sin que llegue a prosperar el nacimiento definitivo de la Corte Constitucional, a pesar de haber sido sustentada con elocuencia⁽⁴⁰⁾.

Luis Carlos Sáchica, ex-magistrado de la Corte Suprema, resume así la reforma constitucional de 1979 en lo tocante a la jurisdicción constitucional: “Es una reforma transaccional, en tanto no conservó el sistema tradicional de control constitucional ejercido por la Corte en pleno, ni lo unificó en la Corte Constitucional que en el proyecto ha sido propuesta; con fórmula intermedia, repartió la jurisdicción constitucional que tenía la Corte plena, entre ésta y su Sala Constitucional, asignando a la primera las cuestiones que parecen tener mayor resonancia política: las reformas constitucionales y los decretos de Estado de sitio y de Estado de emergencia económica y social, y a la Sala citada las leyes, los proyectos de ley objetados, y los decretos que se dicten cuando el

⁽³⁹⁾ Vid. el libro: *El control político del Congreso sobre el Ejecutivo en la reforma de 1979*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1981, págs. 19-23. Esta obra no lleva el nombre del autor o autores por un olvido de la editorial. De igual forma, consúltese Carlos Albornoz Guerrero: *El control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1980, págs. 142-143.

⁽⁴⁰⁾ Sobre la reforma constitucional de 1979, los autores que se han dedicado a su estudio no están de acuerdo. Algunos son partidarios, y otros lo catalogan *in extremis* de “inconstitucional”. Cfr. María de Fernández de Soto: *Algunas consideraciones sobre la Asamblea Constitucional de 1978*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1978; incluye importantes anexos de los actos legislativos; Ana Fernández de Castro: *La Constituyente: un caso de inconstitucionalidad*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, Bogotá, 1979. Añade como anexo el acto legislativo N° 2 de 1977 mediante el cual se reforma la Constitución Nacional; Lucio Pavón Gaitán: *Una Asamblea Constituyente derivada y limitada*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1977. También merecen preferente atención los siguientes artículos publicados en la Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. 21, N°s 1 y 2, Bogotá, 1980: Oscar Alarcón Núñez: “¿De una Constitución rígida a una flexible?” (págs. 229 y sgts.); Gregorio Becerra Becerra: “La exacta dimensión de la reforma constitucional de 1979 y lo que de ella puede esperarse” (págs. 75 y sgts.); Manuel Gaona Cruz: “La inconveniencia y la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de 1979” (págs. 139 y sgts.); y Alfredo Vásquez Carrizosa: “La reforma constitucional de 1979 y la crisis del Estado de Derecho” (págs. 25 y sgts.)

Congreso no aprobó el proyecto de ley de plan de desarrollo y cuando el Ejecutivo es habilitado por el Congreso para legislar con facultades extraordinarias o para intervenir sobre la economía; de tal reparto se puede deducir que perdió influencia la Corte y ganó autonomía la Sala especial; la pregunta, sin embargo, debe ser: ¿mejorará el control constitucional?, ¿habrá criterios dispares entre una y otra Sala?" (41).

En resolución, se estableció un punto intermedio. Es decir, se dejó de lado a la Corte Constitucional que tenía el carácter de autónoma, y la Corte Suprema en pleno no pudo controlar y custodiar la Constitución. En la práctica, debe reconocerse que la Sala Constitucional mantuvo en gran parte las características de un Tribunal Constitucional, con atribuciones limitadas. Empero, fue adquiriendo experiencia y sentía menos presión, independizándose con el tiempo de la Corte Suprema, y dar por fin nacimiento de esta forma a la Corte Constitucional que se plasmó en la actual Constitución de 1991.

IV. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940

A) *Antecedentes: el recurso de inconstitucionalidad*

La historia política y constitucional de Cuba se puede esquematizar de la siguiente manera. Siglo XIX: a) Estatuto Real de España, promulgado por Real Decreto de 10 de abril de 1834, y en La Habana, el día 5 de julio de dicho

(41) *Cfr.* Luis Carlos SÁCHICA: "La jurisdicción constitucional en la reforma de 1979", en Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. 21, N^os 1 y 2, Bogotá, 1980, págs. 67 y sgts. *Vid.*, también: Carlos LLERAS RESTREPO: "Corte Constitucional y Consejo Supremo de la Magistratura. Mejora de la justicia y reforma constitucional", en Revista Derecho, N^o 102, Medellín, 1979, págs. 16 y sgts.; Jaime VIDAL PERDOMO: "Control constitucional", en Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. 21, N^os 1 y 2, Bogotá, 1980, págs. 45 y sgts. Como antecedente de la implantación de una Corte Constitucional en Colombia, *vid.* Leoncio ORTEGA NIETO: *Jurisdicción constitucional colombiana*, Imprenta Departamental, Bogotá, 1959, págs. 45-84. No han faltado autores que señalen que en Colombia se aplica una práctica "mixta", es decir, mediante el control difuso y concentrado. Así, Fernando MORALES MOLINA: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Colombia", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXIV, N^o 2, t. II, Montevideo, 1980, págs. 107 y sgts.

año. Tuvo vigencia hasta el 13 de agosto de 1836, que se puso en vigor por tercera vez la Constitución de Cádiz de 1812; *b*) Constitución de (Guaímaro) de la República de Armas, de 10 de abril de 1869; *c*) Constitución de Baraguá, de la Revolución de la Independencia, de 15 de marzo de 1878; *d*) Constitución Política de España, de 15 de julio de 1876. Fue hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 7 de abril de 1881 y rigió de 1º de mayo de 1881 al 27 de noviembre de 1897; *e*) Constitución Republicana de Jimaguayú, de 16 de setiembre de 1895; *f*) Constitución de (La Yaya) la República en Armas, de 29 de octubre de 1897; *g*) Constitución Autonómica, de 25 de noviembre de 1897. Se promulgó por Real Decreto de dicha fecha y se hizo efectiva el 1º de mayo de 1898 y *h*) Constitución Provisional de Santiago de Cuba, o de Leonard Wood. Fue promulgada por Orden General del Cuartel General del Departamento de Santiago de Cuba, de 20 de octubre de 1898.

En el siglo XX se sancionaron los siguientes códigos políticos: *a*) Constitución liberal de la República de Cuba promulgada por la Orden Militar N° 181, de 20 de mayo de 1902. Fue acordada por la Convención Constituyente reunida en La Habana el 21 de febrero de 1901; *b*) Apéndice a la Constitución de 1901 o Enmienda Platt. Fue la Enmienda que presentó al Senado de EE.UU. uno de sus miembros llamado Orville H. Platt, el 25 de febrero de 1901; *c*) Decreto N° 1.298, de 24 de agosto de 1933, restableciendo la Constitución de 1901 y anulando las reformas de 1928; *d*) Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba, de 14 de setiembre de 1933; *e*) Ley Constitucional de la República de Cuba, de 11 de junio de 1934, que restablecía los principios de la Constitución de 1901. *f*) Ley Constitucional de la República de Cuba, de 11 de junio de 1935; *g*) Constitución de la República de Cuba, dada por la Convención Constituyente el 1º de julio de 1940, y puesta en vigor en su totalidad el 10 de octubre de 1940; *h*) Los Estatutos de 4 de abril de 1952, y *i*) Constitución proclamada el 24 de febrero de 1976, y reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Período Ordinario de Sesiones de la III Legislatura celebrada los días 10, 11 y 12 de julio de 1992. Dentro de este recorrido no faltan las constituciones (y los proyectos) líricas, semánticas, nominales, ideológicas e impuestas, que son producto de las convulsiones y vaivenes experimentados en Cuba desde su naciente etapa constitucional, especialmente en lo referido al autonomismo, reformismo, separatismo y anexionismo ⁽⁴²⁾.

(42) Cfr. Andrés M. Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne. También resulta

Ahora bien, ha sido a través del recurso de inconstitucionalidad, verdadero mecanismo de control constitucional, que la República de Cuba –inspirándose indiscutiblemente en el modelo norteamericano– accede a la jurisdicción constitucional. Los antecedentes lo encontramos en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que plasmó la Constitución de 1901 y regulado por la Ley de 31 de marzo de 1903. Luego fue reproducido y ampliado por las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de junio de 1935. En tal sentido, el artículo 38 de la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935 apuntaba:

“Las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dicten por cualquier poder, autoridad o funcionario para regular el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulos si en cualquier forma disminuyen, restringen o adulteran tales derechos.

El Tribunal Supremo, a petición de cualquier ciudadano, formulada de acuerdo con lo que esta Constitución establece, declarará, en su caso, la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, sin que puedan las mismas aplicarse en lo sucesivo”.

Y el artículo 84 disponía lo siguiente:

“Además de las atribuciones que les hayan sido anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo les confieren las leyes y los decretos-leyes, corresponden al Tribunal Supremo de Justicia:

...

Cuarto: Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, acuerdos, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudada-

de útil consulta el siguiente libro: *Constituciones cubanas desde 1812 hasta nuestros días*, edición e introducción de Leonel-Antonio de la Cuesta y recopilación bibliográfica de Rolando Armando Alum Linera, Ediciones Exilio, New York, 1974.

nos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. El recurso de inconstitucionalidad establecido a petición de parte afectada, se presentará dentro del término que determine la ley; y el suscrito por no menos de veinticinco ciudadanos, en cualquier tiempo. En los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo deberá resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalará un término para que los recurrentes subsanen los defectos de forma que contuviere el recurso.

Declarada la inconstitucionalidad de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida de cualquier otra clase, no podrá aplicarse nuevamente en forma alguna”.

En esa mira, se ubicó la jurisprudencia que produjo el Tribunal Supremo de Justicia, sobresaliendo dos que a continuación se citan a guisa de ilustración. La primera sentencia N° 13 de 24 de abril de 1936, decía:

“El artículo 38 de la Ley Constitucional vigente no se limita como lo hacía el 37 de la de 1901, a declarar que son nulas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dictaren para regular el ejercicio de los derechos que la misma garantiza, si en cualquier forma los disminuyen, restringen o adulteran, sino que en su segundo párrafo concede a cualquier ciudadano el derecho a pedirle al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que a ella establece, que declare la inconstitucionalidad de dichas disposiciones.

El segundo fallo, N° 11 de 26 de febrero de 1938, establecía que:

“El recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto la decisión en el terreno especulativo de cuestiones meramente doctrinales, sino que conforme a la ley ha de tener un fin práctico ya que las violaciones de la Constitución afectan siempre a la causa pública y la reclamación contra la misma ha de tener por supuesto necesario la lesión de un derecho o de un interés legítimo, individual o corporativo”⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Cfr. Eloy G. Merino Brito: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana, 1938, págs. 43 y 50 respectivamente. Una visión de conjunto se

B) *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1940 como Sala especializada del Tribunal Supremo: Composición*

Ahora bien, inspirado el *nomen iuris* en el del Tribunal de Garantías Constitucionales consagrado en el artículo 100 de la Constitución española de 1931, la Constitución de Cuba de 25 de julio de 1940⁽⁴⁴⁾ estableció en su artículo 172 que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales formaba parte como Sala especializada del Tribunal Supremo (Poder Judicial), que se integra por su Presidente y quince magistrados al menos. Años después, se dio la Ley N° 7 de 31 de mayo de 1949, la misma que, en palabras de Fernández Segado, el Tribunal de Garantías: “cobraba vida real, efectiva, al ver normado su funcionamiento y, básicamente, el procedimiento a seguir para el conocimiento de aquellos asuntos en los que era competente”⁽⁴⁵⁾.

C) *Atribuciones*

En tal sentido, el Tribunal de Garantías estaba facultado para conocer los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, de la propia Ley Fundamental y las consultas de jueces y tribunales sobre la misma

puede ver en Domingo García Belaunde: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 4, Madrid, 2000, págs. 125-143. También aparece publicado en el voluminoso colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª. edición, t. II, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.- Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, págs. 1979-2000. Ahora, como libro, completamente revisado y actualizado con una selecta bibliografía que se añade *in fine*, con el siguiente título: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002. Estudio Preliminar y Epílogo de José F. Palomino Manchego.

(44) Vid. Eduardo P. Gschwind: “La novísima Constitución de Cuba”, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año VIII, N° 38, Santa Fe, 1943, págs. 127 y sgts.

(45) Vid. Francisco Fernández Segado: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, en José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 312-313. También publicado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, t. II, citado, en concreto, pág. 1957.

inconstitucionalidad (art. 182, *a* y *b*). También, admitía la acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, estando legitimados para interponerlo los afectados o veinticinco ciudadanos. Los efectos eran de carácter general, derogándose la norma en cuestión (art. 194, *b*).

Este mismo sistema, escribe Fix-Zamudio: “fue incorporado, en teoría, en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 7 febrero de 1959, promulgada por el Gobierno de Fidel Castro, con posterioridad al triunfo de la revolución que terminó con la dictadura de Fulgencio Batista y Zaldívar, pero además de que no tuvo aplicación práctica, fue sustituido por el sistema socialista de los tribunales populares en la reforma constitucional de 13 de junio de 1973. Evolución que culminó con la promulgación de la Constitución socialista de 24 de febrero de 1976, en la cual, según el modelo soviético, se sustituye el sistema de la revisión judicial por el del control legislativo; en cuanto el artículo 70, inciso *f*) de la misma Ley Fundamental, confiere a la Asamblea Nacional de Poder Popular, la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales”⁽⁴⁶⁾. Se ponía de esta manera punto final a una de las etapas más sugestivas y enriquecedoras del control de constitucionalidad en toda América Latina, como afirma Fernández Segado⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio: “La justicia constitucional en Iberoamérica...”, citado, pág. 659. Del mismo autor, *vid.* su libro pionero: *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 1968, págs. 47-48. Sobre la Constitución de 1959, consúltese J. L. A. de Passalacqua: “The Cuban fundamental law of 1959”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Año X, N° 38, Ponce, 1970, págs. 245 y sgts. El texto de la Constitución se publicó en la *Revista Información Jurídica*, N° 316, Madrid, 1973, págs. 127 y sgts. La Constitución de 1976 se puede consultar en la *Revista Documentación Jurídica*, N°s 7-8, Madrid, 1975, págs. 723 y sgts.

⁽⁴⁷⁾ *Vid.* Francisco Fernández Segado: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, citado, pág. 321.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971

A) *Algunos antecedentes*

La historia política y constitucional de Chile se ha desarrollado en el siglo XIX teniendo, entre otras, las constituciones de 1818, 1822, 1823, 1828 y 1833; y en el siglo XX la de 1925 y la de 21 de octubre de 1980, con las diversas reformas correspondientes ⁽⁴⁸⁾.

Fix-Zamudio señala con acierto que: “el primer intento para introducir un Tribunal Constitucional, se expuso en el Proyecto de reforma constitucional sometido al Congreso por el Presidente Eduardo Frei con fecha 30 de noviembre de 1964, el que no obstante haber sido aprobado por la Cámara de Diputados se quedó encarpetado en el Senado; pero esta tentativa culminó en un nuevo proyecto de reformas constitucionales suscrito por el mismo Presidente Eduardo Frei, con fecha 17 de enero de 1969, que después de amplia discusión y con algunas modificatorias, fue aprobado, habiéndose promulgado las reformas (Ley N° 17.284) el 23 de enero de 1970” ⁽⁴⁹⁾. La reforma en mención incorporó a la Constitución los artículos 78, a), 78, b) y 78, c).

B) *Inicios de su actividad, naturaleza y composición*

El Tribunal Constitucional se instaló en la sesión del 10 de setiembre de 1971, con la total asistencia de sus Señores Ministros (así se les denominaba a los magistrados constitucionales): Enrique Silva Cimma, Ramiro Méndez Brañas, Rafael Retamal López, Jacobo Schaulsohn Numhauser y Adolfo Veloso Figueroa, cesando sus actividades después de tres años a raíz del golpe militar llevado a término el 11 de setiembre de 1973, y que fuera encabezado por el general Augusto Pinochet.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Fernando Campos Harriet: *Manual de Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Héctor Fix-Zamudio: *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 1980, pág. 144. Las reformas se publicaron en la Revista Información Jurídica, N° 313, Madrid, 1972, págs. 107 y sgts.

La estructura y diseño del Tribunal Constitucional se reguló en el Estatuto Jurídico sobre organización y funcionamiento del Tribunal y régimen de su personal (Auto Acordado, que fue publicado en el Diario Oficial, N° 28.107 de 23 de noviembre de 1971). El Tribunal Constitucional, como órgano autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder del Estado y con personalidad jurídica, conforme lo establecía el artículo 1º, se componía (número impar) de cinco miembros –a diferencia, por citar un ejemplo, de la *Corte Costituzionale*⁽⁵⁰⁾ de Italia que está compuesta de 15 magistrados (*giudici*)– y duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

El nombramiento, a tenor del artículo 2, era de la siguiente manera: tres de ellos nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros. El Presidente del Tribunal Constitucional era elegido por el propio Tribunal, de entre sus miembros, por mayoría absoluta de votos emitidos. Duraba dos años en sus funciones y no podía ser reelegido para el período siguiente, a tenor del artículo 3. Es de mencionar también que el Tribunal Constitucional tenía el tratamiento de “Excelencia”, y cada uno de sus miembros el de “Señor Ministro”, según rezaba el artículo 5.

C) *Ambito de las atribuciones*

Las atribuciones estaban consagradas en el artículo 78, *b)* de la Constitución Política del Estado: *a)* Resolver las cuestiones constitucionales que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (control preventivo); *b)* Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; *c)* Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondieran al Tribunal Calificador de Elecciones; *d)* Resolver sobre las inhabilidades constitucionales que afectan a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultánea-

⁽⁵⁰⁾ Por todos, *vid.* G. Mobidelli, L. Pegoraro, A. Reposo y M. Volpi: *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata, Monduzzi editore, Bologna, 1997, págs. 845-962, con abundantes referencias bibliográficas; y Giuseppe de Vergottini: *Diritto Costituzionale*, seconda edizione, Cedam, Padova, 2000, págs. 639-680.

mente otras funciones; e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponde; y f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes.

Mediante Auto Acordado el 11 de diciembre de 1971, se expidió el Estatuto Jurídico sobre procedimiento aplicable ante el Tribunal Constitucional, en cuyo artículo 8 se establecía que las sentencias se comunicarán, en su caso, al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados para los fines a que se hubiere lugar, y a los tribunales, autoridades o recurrentes a quienes afecte el fallo.

Entre las sentencias (en total fueron sometidas a consideración diecisiete cuestiones sobre constitucionalidad) más importantes que expidió el Tribunal Constitucional, ya sea a requerimiento del Presidente de la República como del Parlamento, están la pronunciada el 19 de enero de 1972 donde el organismo citado declaró inconstitucionales los artículos 24 a 67 del Proyecto de Ley de Presupuestos para 1972. También la sentencia dictada el 25 de enero de 1972, mediante el cual el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de tres normas del Proyecto de Ley modificatoria de la Ley N° 11.622 sobre arrendamiento de habitaciones y locales comerciales solicitada por el Presidente de la República. Además, el 10 de febrero de 1972, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia rechazando el requerimiento de inhabilidad deducido por diecisiete senadores respecto del Ministro José Toha González, designándolo para que sirva el cargo de Ministro de Defensa Nacional mientras estuvo suspendido en el cargo de Ministro del Interior, una vez que la Cámara de Diputados prestara aprobación a la acusación constitucional pronunciada en su contra en calidad de Ministro del Interior⁽⁵¹⁾.

Haciendo un juicio en conjunto de la labor que realizó el Tribunal Constitucional hasta su disolución ocurrida el 10 de noviembre de 1973 mediante Decreto Ley N° 119, podemos afirmar que fue positivo, más aún si tomamos en cuenta la experiencia que adquirió luego dentro del consenso nacional recogido en la Constitución Política de 1980 que lo consagra nuevamente en

(51) Mayores datos se pueden ver en el libro: *Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno el 21 de mayo de 1972*, Santiago de Chile, 1972, págs. 979-982.

el ordenamiento jurídico de Chile, aunque con notoria influencia militar en sus decisiones ⁽⁵²⁾.

El testimonio que nos ofrece a continuación Enrique Silva Cimma es elocuente: “La experiencia producida por el Tribunal Constitucional de Chile es sin duda valiosa. Una vez llegado el día en que se aquieten las pasiones que dolorosamente han embargado a los chilenos, y una luz de esperanza señale el renacer de una nueva Democracia, estamos ciertos que la labor del Tribunal Constitucional, juzgada con objetividad y sin oscuros parcialismos, habrá demostrado la importancia de una experiencia. De él no podrá prescindirse, si se quiere abordar con seriedad y rectitud jurídicas, pero teniendo siempre en vista el superior interés de Chile y de su pueblo, la labor de reemprender el camino de acondicionamiento de nuestras instituciones a los principios básicos de cambio en libertad y democracia, que anhelan la inmensa mayoría de chilenos” ⁽⁵³⁾.

La actual Constitución de Chile de 1980 ⁽⁵⁴⁾, en el Capítulo VII se ocupa del Tribunal Constitucional, que sigue funcionando, pero con diversa composición y atribuciones que su antecesor.

⁽⁵²⁾ La Comisión que se encargó del estudio de la nueva Constitución de Chile, al efectuar sus proposiciones e ideas, refiriéndose al Tribunal Constitucional, expresó, no con buen agrado, lo siguiente: “La naturaleza y trascendencia de la función que está llamada a cumplir exigen que la composición del Tribunal tenga un carácter eminentemente jurídico y no político, error este último en el que incurrió la reforma citada –se refiere a la de 1970– al crear un Tribunal en el que la mayoría de sus miembros tenía un origen marcadamente político. Esta fue, también, la razón del fracaso y desprestigio de ese Tribunal”. *Vid.* la Revista Chilena de Derecho, vol. 8, N^os 1-6, Santiago, 1981, págs. 285 y sgts.

⁽⁵³⁾ *Vid.*, el valioso testimonio de Enrique Silva Cimma en su libro: *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1971, pág. 221.

⁽⁵⁴⁾ El Capítulo I de la Constitución se refiere a las Bases de la institucionalidad, la misma que “debe entenderse no tanto como la capacidad o aptitud institucional, sino más bien como el conjunto orgánico de las instituciones que es necesario reconocer y regular para la vida de la Nación”. *Vid.* Lautaro Ríos: “Reflexiones sobre la ‘nueva institucionalidad’”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 6, N^os 1-4, Santiago, 1979, pág. 257. A la fecha la Constitución de 1980 ha sufrido diversas reformas.

VI. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945 Y DE 1967

A) *Breve ojeada de la historia constitucional*

La historia política y constitucional de Ecuador (producto de una insurrección popular) ha sido muy activa y agitada, tal como lo demuestran las cartas que a continuación se describen. Durante el siglo XIX (sin desconocer la Constitución Quiteña de 1812, la Constitución Grancolombiana de 1821 y la Constitución Grancolombiana de 1830), se expidieron los siguientes textos: Constitución dada en las Sesiones del Congreso Constituyente en Riobamba, el 11 de setiembre de 1830; Constitución dada en las Sesiones de la Convención, en Ambato, el 30 de julio de 1835; Constitución dada en la Sala de las Sesiones de la Convención, en Quito, el 31 de marzo de 1843; Constitución dada en la Sala de las Sesiones de la Convención, en Cuenca, el 3 de diciembre de 1845; Constitución dada en la Sala de las Sesiones de la Convención, en Quito, el 24 de febrero de 1851; Constitución dada en la Sala de las Sesiones, en Guayaquil, el 30 de agosto de 1852; Constitución dada en las Sesiones de la Convención, en Quito, el 10 de marzo de 1861; Constitución dada en Quito, en la Sala de las Sesiones, el 9 de junio de 1869; Constitución dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, en Ambato, el 31 de marzo de 1878; Constitución dada en Quito, el 4 de febrero de 1884 y Constitución dada en Quito, el 12 de enero de 1897.

En el siglo XX se expidieron las siguientes cartas: Constitución dada en el Parlamento Nacional, en Quito, el 23 de diciembre de 1906; Constitución dada en el Palacio Nacional, en Quito, el 26 de marzo de 1929; Constitución dada en el Palacio Nacional, en Quito, el 5 de marzo de 1945; Constitución dada en el Palacio Nacional, en Quito, el 31 de diciembre de 1946; Constitución dada en el Palacio Nacional de Quito el 25 de mayo de 1967; Constitución dada en el Palacio Nacional, en Quito, el 7 de diciembre de 1977, supervisada por el Tribunal Supremo Electoral el 31 de marzo de 1978, luego codificada con la Reforma de 1996 y la Constitución Codificada aprobada en Riobamba el 5 de junio de 1998⁽⁵⁵⁾.

(55) Acerca del tema, *cfr.* Ramiro Borja y Borja: *Derecho Constitucional ecuatoriano*, t. IV, apéndices vols. 1, 2 y 3, Digital Press, Quito, 1980.

Con relación al tema, la Constitución de Ecuador, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (1944-1945) el 6 de mayo de 1945, estableció en sus artículos 159 a 162 el Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación con notoria influencia del que se instauró en España en 1931, aunque, actuaba como organismo jurisdiccional en el campo de la justicia administrativa, pudiendo solamente suspender una ley que estuviere inconstitucional, correspondiendo al Congreso declarar si una ley, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado es o no inconstitucional ⁽⁵⁶⁾.

El Tribunal de Garantías estaba integrado (número impar) de la siguiente manera: *a)* tres diputados elegidos por el Congreso, *b)* el Presidente de la Corte Suprema, *c)* un representante del Presidente de la República, *d)* el Procurador General de la Nación, *e)* un representante de los trabajadores, elegidos conforme a ley, y *f)* dos ciudadanos elegidos por el Congreso ⁽⁵⁷⁾.

El artículo 160 de la Constitución establecía las siguientes atribuciones al Tribunal de Garantías Constitucionales: *a)* velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; *b)* formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que a su juicio se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes; *c)* dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, según el artículo 41 (control preventivo); *d)* suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales; *e)* conocer de las quejas que formulen cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; y preparar la acusación contra los funcionarios responsables; *f)* examinar las acusaciones propuestas ante el Congreso contra los altos funcionarios, en el caso del numeral 30 del artículo 34 de la Constitución; *g)* conceder, en cesación de la legislatura y de acuerdo con el artículo 68, facultades extraordinarias al Presidente de la República; y *h)* ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

⁽⁵⁶⁾ Tal como disponía la Constitución de 1945, en el artículo 165. El texto íntegro puede consultarse en Guillermo Bossano: *Evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano*, 2ª. edición, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1975, págs. 257 y sgts.; sobre el Tribunal de Garantías, págs. 222-223.

⁽⁵⁷⁾ Así lo establecía la Constitución de Ecuador de 1945 en el artículo 159.

Sin embargo, pese a no funcionar de manera prolongada, en realidad un año, el Tribunal de Garantías, con las atribuciones que se le concedió, a lo sumo, cumplió una función docente básicamente relacionado con lo contencioso-administrativo, ya que la Constitución de 31 de diciembre de 1946⁽⁵⁸⁾ instauró un Consejo de Estado, con influjo del Poder Legislativo, en reemplazo del referido Tribunal de Garantías Constitucionales. Y las atribuciones que le tocó desempeñar fueron las mismas, dejando en manos del Congreso, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, lo cual parece un contrasentido⁽⁵⁹⁾.

Y, como me ha manifestado en carta reciente, el actual magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador, Hernán Salgado Pesantes: “Una vez que la Asamblea Constituyente dictó la Constitución de 1945, que fue muy avanzada para la época, vino una etapa de efervescencia política en la que José María Velasco Ibarra (que estuvo encargado del Poder) hizo severas críticas a la recién dictada Constitución, señalando que traía normas que no podrían ser cumplidas refiriéndose a los derechos –y tampoco estuvo de acuerdo con la creación del nuevo Tribunal de Garantías, por lo que convocó a una nueva Asamblea Constituyente para que en menos de un año– se dictara una nueva Constitución, lo que se dio en 1946. Esta Carta de 1946 suprimió al recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales, y volvió a establecer al antiguo Consejo de Estado, que se encargaría, como fue antes, del control de constitucionalidad y del control de legalidad, además de otras funciones. De este modo, no hubo tiempo para organizar al Tribunal hasta que en la nueva Constitución de 1967 volvería a instituirse al Tribunal de Garantías Constitucionales, quedando desde entonces vigente”.

B) El Tribunal de Garantías de 1967: Composición y atribuciones

Al expedirse la Constitución de 1967, los magistrados que integraban el Tribunal de Garantías Constitucionales fueron nombrados bajo la misma

⁽⁵⁸⁾ Vid. el texto de la Constitución en la Revista de Derecho, Año VII, N° 22, La Paz, 1955, págs. 119-186.

⁽⁵⁹⁾ Vid. Ernesto López Freile: “Control constitucional y organización de control”, en el colectivo *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo. (Memoria del seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado)*, Projusticia-Coriem, Quito, 1998, págs. 65-67.

modalidad como sucedió con el texto fundamental de 1945. De tal forma que la composición no alteró el funcionamiento. La Constitución de 1967⁽⁶⁰⁾ restablece el Tribunal de Garantías Constitucionales, y sus atribuciones y deberes estaban consagradas en el artículo 6 de su Ley Orgánica⁽⁶¹⁾: *a*) conocer, en última instancia de los recursos que se interpusieren respecto de las resoluciones que, sobre excusas y calificaciones, dictaren los Concejos Provinciales y los Concejos Cantonales, o instituciones públicas o semi-públicas (inciso 1); *b*) llamar a los concejeros y concejales suplentes al desempeño de sus cargos, cuando por inhabilidad o excusa de sus miembros, faltare el quórum legal para el funcionamiento del Concejo Provincial o del Concejo Cantonal (inciso 2); *c*) conocer, en apelación, de las resoluciones de los Concejos Cantonales que negaren la creación de una parroquia urbana o rural (inciso 3); *d*) resolver, en última instancia, sobre el recurso que interpongan los Prefectos Provinciales, Alcaldes o Municipales y Presidentes de Concejos Cantonales respecto de su remoción (inciso 4); *e*) autorizar el receso del Congreso, la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles fiscales (inciso 5); *f*) autorizar la creación de monumentos (inciso 6); *g*) dictar anualmente su Presupuesto, así como las normas para su expedición y cumplimiento (inciso 7); y *h*) dictar el Reglamento y sus reformas, los mismos que serán aprobados en dos discusiones, en distintos días (inciso 8).

Se desprende de lo expuesto que las atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales no se referían ni al control de la constitucionalidad, ni mucho menos a la protección procesal de los derechos fundamentales. Por último, con la experiencia a cuestas, la Constitución aprobada en referéndum el 15 de enero de 1978, estableció en sus artículos 140 y siguientes, el Tribunal Constitucional con atribuciones totalmente distintas a las de sus dos antecesores de 1945 y 1967. Se complementa con la Ley de Control Constitucional de 2 de julio de 1997, calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa N° 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de marzo del 2001.

⁽⁶⁰⁾ *Cfr.* Juan Larrea Holguín: “Comentario de la Constitución”, en Revista de Derecho, N° 18, Quito, 1969, págs. 9 y sgts.

⁽⁶¹⁾ El texto íntegro, aprobado por Ley N° 047-CL, puede consultarse en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado, Año XVI, N° 17, Quito, 1967-1968, págs. 105-113.

Una vez más, en la opinión de Salgado Pesantes, el órgano de control que debía seguir el modelo concentrado kelseniano, surgió con muchas deficiencias que poco a poco fueron corrigiéndose. La Constitución de 1978-1979 lo recogió con algunas variaciones respecto a 1967 y luego de reajustes menores que se dieron por reformas constitucionales. Aquellas reformas de 1995-1996 reestructuraron adecuadamente y quedó con el nombre de Tribunal Constitucional. La actual Constitución codificada –para no decir nueva– en 1998 mantuvo a esta institución y aumentó sus facultades. Se colige por lo expuesto que, con la práctica adquirida a partir de 1945 en cada una de las constituciones, han dado como resultado positivo, paradójicamente, una solución constitucional al tema.

VII. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965

A) *Antecedentes y naturaleza jurídica*

Bien ha precisado Fraga Iribarne que: “La República de Guatemala es uno de los ejemplos más interesantes y característicos de la evolución constitucional en el área iberoamericana, y en pocos países se dan de modo tan agudo los problemas típicos del aislamiento geográfico, compleja integración racial, impacto de fuerzas extranjeras (políticas y económicas), etc.”⁽⁶²⁾ Teniendo como válido tal aserto, es preciso indicar que la vida política y constitucional de Guatemala, incluyendo la activa presencia de sus diputados en las Cortes gaditanas de 1812, necesariamente se tiene que enfocar dentro del contexto de Centroamérica cuya evolución es paralela a tenor del ideal “unionista”⁽⁶³⁾.

En tal sentido, Guatemala ha tenido diversas constituciones⁽⁶⁴⁾ que a continuación se detallan. A) Siglo XIX: Constitución de la República Federal

⁽⁶²⁾ Manuel Fraga Iribarne así lo afirma en el Prólogo al libro de Luis Mariñas Otero: *Las constituciones de Guatemala*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. VII. *Vid.*, también el *Digesto Constitucional*, publicado por la Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, N^os. 4, 5, 6 y 7, julio-diciembre 1976, enero-junio 1978, Guatemala.

⁽⁶³⁾ Para mayor detalle, *vid.* Luis Mariñas Otero: *Las constituciones de Guatemala*, citado, págs. 3 y sgts.

⁽⁶⁴⁾ Sin obviar las Bases constitucionales de 1823 y las diversas reformas que se han dado en el transcurso de su vida política y constitucional.

de Centroamérica, dada por la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de noviembre de 1824; Primera Constitución del Estado de Guatemala sancionada el 11 de octubre de 1825. B) Siglo XX: Constitución Política de la República de Centroamérica, decretada el 9 de setiembre de 1921; Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945; Constitución de la República de Guatemala sancionada el 2 de febrero de 1956; Constitución promulgada el 11 de setiembre de 1965 y la Constitución promulgada el 31 de mayo de 1985, en actual vigencia.

Es notorio que el sistema europeo o kelseniano de control constitucional, aun cuando no tanto como sucedió en el Perú a partir de 1979 con el Tribunal de Garantías Constitucionales, ha influido en la creación y diseño de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 1965. La Constitución de 1956 ya reconocía en el Título IV, Capítulo II a la institución del amparo. Es la Constitución de 1965 (suspendida su vigencia hasta el 5 de mayo de 1966) la que dio vida en el Título VII, Capítulo V, artículos 262 a 265, a la Corte de Constitucionalidad, reglamentada en gran medida, por la Ley Constitucional de amparo, habeas corpus y de constitucionalidad, que se promulgó el 3 y entró en vigor el 5 de mayo de 1966⁽⁶⁵⁾.

Sobre esta base normativa, se estableció un *sistema mixto* de control constitucional que plantea, según sostiene García Laguardia, diversos problemas. En efecto, contempla por una parte una declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos, en la tradición del control judicial difuso e incidental (atribuido al Poder Judicial, a tenor del artículo 246 de la Constitución) y otra,

(65) Sobre la Constitución, *vid.* el estudio de Adolfo Mijangos: "La Constitución guatemalteca de 1965", en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, N^os. 3-6, Guatemala, 1967-1968, págs. 3 y sgts. El Tercer Congreso Jurídico Guatemalteco desarrollado en 1964 fue, sin lugar a dudas, el antecedente más próximo de la Corte de Constitucionalidad. La Comisión encargada del tema "Control de la constitucionalidad de la ley" presidida por el Licenciado Feliciano Fuentes Alvarado, consideraba necesario la creación de un Tribunal especial que se encargue del control de la constitucionalidad de las leyes a fin de tutelar los derechos y garantías que la Constitución reconozca a los habitantes de la República, así como su desarrollo programático. El texto de los acuerdos y proyectos fue publicado por el Colegio de Abogados de Guatemala en 1964, institución gremial que jugó un papel capital en la transición política, luego del golpe de Estado sucedido el 31 de marzo de 1963 en el cual el Ejército derrocó al Presidente constitucional Miguel Idígoras Fuentes.

una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios de efectos *erga omnes* ⁽⁶⁶⁾. A mayor abundamiento, el antecedente de la Corte de Constitucionalidad se encuentra en el Proyecto de preceptos para una Constitución de la República y en el Proyecto de Ley de Control de la Constitucionalidad presentados por un grupo de participantes al Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala, en 1964.

B) Estructura orgánica y funcionamiento

La Corte de Constitucionalidad estaba compuesta por doce magistrados (número par) de la siguiente manera: el Presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que practicará la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo ⁽⁶⁷⁾. El Presidente era el mismo de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto se refiere a su funcionamiento, debe anotarse que la Corte de Constitucionalidad no era permanente, como sucede en la vitrina comparada con el grueso de Tribunales Constitucionales, sino que tan solo se reunía cuando se presentaba un recurso (acción) (en realidad, un verdadero proceso constitucional) de inconstitucionalidad dentro del término de cinco días y resolvería la suspensión provisional de la ley, sin formación de artículo y cuando fuere procedente, dentro de los ocho días siguientes (Ley Reglamentaria, artículo 109, párrafo 3). Es decir, la Corte de Constitucionalidad no tenía una función estable, solamente se integraba cuando se presentaba un recurso de inconstitucionalidad.

C) Atribuciones: El recurso de inconstitucionalidad

En lo que concierne al recurso de inconstitucionalidad ⁽⁶⁸⁾, según lo dispone el artículo 106 de la ya citada Ley reguladora: "La Corte de

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Jorge Mario García Laguardia: *La defensa de la Constitución*, 3ª. edición, Universidad de San Carlos de Guatemala-UNAM, Guatemala, 1986, pág. 55.

⁽⁶⁷⁾ Constitución, artículo 262 y Ley Reglamentaria, artículo 105.

⁽⁶⁸⁾ El habeas corpus y el amparo regulados en la Ley Reglamentaria no están dentro de los alcances de la Corte de Constitucionalidad. Cfr. Mario Aguirre Godoy: "Protección

Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contras las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad”. Acertadamente, Aguirre Godoy afirma que: “se trata de un proceso constitucional en el que existe un conflicto o *litis* a resolver, aunque sea de carácter jurídico”, dejando de lado el vocablo “recurso” ⁽⁶⁹⁾. La Corte de Constitucionalidad al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, tomaba en cuenta que sólo podía declararse con el voto favorable de por lo menos ocho de sus miembros. Si la votación daba un resultado menor, la sentencia tenía que limitarse a declarar sin lugar el recurso.

Las partes que estaban legitimadas procesalmente para interponer el recurso de inconstitucionalidad eran: *a)* el Consejo de Estado como órgano consultivo de representación de intereses presidido por el Vicepresidente de la República, *b)* el Colegio de Abogados, por decisión de su Asamblea General, *c)* el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros (legitimación activa) y en defensa de la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa de carácter general (legitimación pasiva), *d)* cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio ⁽⁷⁰⁾. La Corte podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, siempre y cuando la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, debiendo surtir efectos generales (*erga omnes*) y publicarse en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado.

Al no constituirse en un órgano constitucional permanente, había que pronunciarse sobre la suspensión provisional de la norma recurrida. Esta

procesal de los derechos humanos”, en Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala, Año XVIII, N° 3, págs. 3-15. También, Jorge Mario García Laguardia: “El habeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional guatemalteco”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XI, N°s. 31-32, México, D.F., 1978, págs. 41 y sgts.

⁽⁶⁹⁾ *Cfr.* Mario Aguirre Godoy: “Protección procesal de los derechos humanos”, citado, pág. 20. De manera similar, Héctor Fix-Zamudio también objeta esta imprecisión terminológica.

⁽⁷⁰⁾ Como establece la Ley Reguladora, en su artículo 107. Ahora bien, este tipo de legitimación procesal no es aplicable en los demás Tribunales Constitucionales.

medida cautelar procedía si la inconstitucionalidad era notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, y debía ser dictada con el voto favorable de la mayoría absoluta del total de miembros de la Corte, suspensión que tenía efectos generales ⁽⁷¹⁾. Y la sentencia debía pronunciarse, conforme lo dispone el artículo 108 de la Ley Constitucional de amparo, en lo que fuere aplicable, dado el carácter estrictamente jurídico de este recurso, así como en lo dispuesto en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial (Poder Judicial). Así, cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta quedará sin vigor; y si la ley constitucional fuere parcial, quedará sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente de la publicación del fallo en el Diario Oficial. Es evidente que al declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, ésta quedaba sin vigor *a posteriori*, produciéndose, en consecuencia, la cosa juzgada con respecto al caso concreto, y con efectos jurisprudenciales.

Cúpole pues a la Corte de Constitucionalidad una labor fructífera, no obstante que en ese lapso conoció tan solo algunos casos. Empero, abonó el terreno para que en la Constitución de 1985 vuelva sobre el tapete la nueva Corte de Constitucionalidad, órgano que sigue en vigor sobre la base de la experiencia de su antecesor. Como lo recuerda García Laguardia, entre 1966 y 1981 la Corte de Constitucionalidad resolvió muy pocas sentencias. Así, el Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el Presidente de la República lo hizo una sola vez, siendo declarado el recurso de inconstitucionalidad con lugar, y los demás recursos fueron interpuestos por particulares.

Una sentencia importante fue la concerniente a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por Unidad Revolucionaria Democrática, partido de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centro-izquierda cuya *vía crucis* para lograr su inscripción es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde: "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, citado, pág. 721.

El recurso en cuestión presentado dos veces, el 19 de febrero y luego el 22 de abril de 1969, fue “rechazado de plano” por la Corte de Constitucionalidad ⁽⁷²⁾.

A raíz del golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, se declaró en suspenso la Constitución de 1965. Luego, el proceso de transición política dio como resultado la actual Constitución de 1985, “en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al Derecho”, lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos, los de ‘La persona humana, fines y deberes del Estado’ y ‘Derechos humanos’. Y además, incluir un título especial, el VI, sobre ‘Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional’ ⁽⁷³⁾.

VII. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PERU DE 1979

A) *Antecedentes, naturaleza jurídica y base legal*

La historia política y constitucional del Perú ha sido muy convulsionada, como lo reafirman los diversos códigos políticos que hemos tenido desde el siglo XIX ⁽⁷⁴⁾: a) Constitución Política de la República Peruana, dada por el

⁽⁷²⁾ Tal como lo recuerda Jorge Mario García Laguardia en: *La defensa de la Constitución*, citado, págs. 74-75. Las sentencias en cuestión se añaden en el apéndice documental, págs. 115 y sgts.

⁽⁷³⁾ Cfr. Jorge Mario García Laguardia: *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1993, págs. 47-48. Hay otra edición publicada con anterioridad, al alimón por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, D.F., 1992.

⁽⁷⁴⁾ Aquí seguimos a Domingo García Belaunde (con la colaboración de Walter Gutiérrez Camacho): *Las constituciones del Perú*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993, págs. 11-14. También, *vid.* José Pareja Paz-Soldán: *Las constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne.

Congreso Constituyente y promulgada por el Presidente Gran Mariscal D. José Bernardo Tagle. Rigió de 12 de noviembre de 1823 a 9 de diciembre de 1826; *b*) Constitución para la República Peruana, confeccionada por el Libertador Simón Bolívar y promulgada por el Consejo de Gobierno presidido por el Gran Mariscal D. Andrés de Santa Cruz, el 30 de noviembre de 1826 y jurada el 9 de diciembre del mismo año. Conocida como Constitución Vitalicia o Bolivariana. Rigió de 9 de diciembre de 1826 a 16 de junio de 1827; *c*) Constitución Política de la República Peruana, dada por el Congreso Constituyente el 18 de marzo de 1828 y promulgada el mismo día por el General José de La Mar, Presidente de la República. Rigió de 18 de marzo de 1828 a 10 de junio de 1834; *d*) Constitución Política de la República Peruana, dada por la Convención Nacional el 10 de junio de 1834 y promulgada el mismo día por el Mariscal Luis José de Orbegoso, Presidente Provisional de la República. Rigió de 10 de junio de 1834 a 6 de agosto de 1836. *e*) Constitución Política del Estado Sud-Peruano, dada por la Asamblea reunida en Sicuani. De 17 de marzo de 1836 a 10 de noviembre de 1839. Los Estados Sud y Nor-Peruanos con la República de Bolivia formaron la Confederación Perú-Boliviana, que fue establecida por el Gran Mariscal Santa-Cruz, Protector Supremo de los tres Estados, por decreto dado en Lima el 28 de octubre de 1836; *f*) Constitución Política del Estado Nor-Peruano, dada por la Asamblea reunida en Huaura. Rigió de 6 de agosto de 1836 a 10 de noviembre de 1839; *g*) Constitución Política de la República Peruana, dada por el Congreso General reunido en Huancayo, el 10 de noviembre de 1839 y promulgada el mismo día, por el Gran Mariscal D. Agustín Gamarra, Presidente Provisorio de la República. Conocida como Constitución de Huancayo. Rigió de 10 de noviembre de 1839 a 27 de julio de 1855; *h*) Constitución Política del Perú, dada el 13 de octubre de 1856, y promulgada el 16 del mismo mes, por el Presidente Provisorio, Mariscal Ramón Castilla. Rigió de 19 de octubre de 1856 a 13 de noviembre de 1860; *i*) Constitución Política del Perú, dada por el Congreso de la República el 10 de noviembre de 1860, reformando la de 1856, y promulgada por el Mariscal Castilla el 13 del mismo mes y año. Rigió de 13 de noviembre de 1860 a 29 de agosto de 1867; *j*) Constitución Política del Perú, dada por el Congreso Constituyente el 29 de agosto de 1867 y promulgada por el Presidente Coronel Mariano Ignacio Prado, el mismo día. Rigió de 29 de agosto de 1867 a 6 de enero de 1868.

Y, en el siglo XX se dieron las siguientes cartas: *k*) Constitución para la República del Perú, aprobada el 27 de diciembre de 1919 por la Asamblea

Nacional convocada plebiscitariamente por don Augusto B. Leguía, Presidente Provisorio de la República y promulgada por el mismo señor Leguía el 18 de enero de 1920, ya como Presidente Constitucional. Rigió de 18 de enero de 1920 a 9 de abril de 1933; *l*) Constitución Política del Perú, dada por el Congreso Constituyente en 1931 y promulgada el 9 de abril de 1933. Rigió de 9 de abril de 1933 al 28 de julio de 1980; *m*) Constitución Política del Perú, sancionada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979 y puesta en vigencia y con el cúmplase el 28 de julio de 1980 por el Presidente de la República, Fernando Belaunde Terry. Rigió de 28 de julio de 1980 hasta 1993; y *n*) Constitución Política del Perú de 1993, ratificada en el referéndum del 31 de octubre del mismo año.

Por lo que al Tribunal de Garantías Constitucionales, éste se consagró en el Título V (Garantías Constitucionales), artículos 295 al 305 de la Constitución de 1979. Así también, mediante Ley N° 23385 se promulgó la Ley Orgánica (en adelante LO) con clara influencia de la legislación constitucional española que con el tiempo tuvo que ser admitida⁽⁷⁵⁾. En menor grado (supletoriamente) se aplicaron el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO, art. 57). Por lo que se refiere a las garantías constitucionales debe mencionarse la Ley N° 23506 de Habeas Corpus y Amparo.

Con razón decía Alcalá-Zamora y Castillo que: “por esencia y función, un Tribunal de Justicia Constitucional requiere ineludiblemente: *a*) una auténtica Constitución, opuesta por el vértice a una carta otorgada por el Ejecutivo; *b*) un genuino Estado de Derecho, con un legislativo (unicameral o bicameral) no mediatizado por el Gobierno; *c*) ambiente de libertad total y de plena igualdad entre los ciudadanos, sin discriminaciones ideológicas de ninguna especie; *d*) ausencia de poderes y de magistraturas irresponsables, excepción hecha de la inviolabilidad parlamentaria, y aun ella, severamente encuadrada para evitar abusos; *e*) desempeño de tal jurisdicción por personas que gocen de la más absoluta independencia y del máximo prestigio jurídico y moral, y *f*) respeto irrestricto de todos (gobernantes y gobernados) hacia las

⁽⁷⁵⁾ *Cfr.* Domingo García Belaunde: “La influencia española en la Constitución peruana. (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 1982-83, págs. 201 y sgts.

decisiones que pronuncie, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir quienes ejerzan”⁽⁷⁶⁾ (327). En efecto, le asistía sobrada razón al emi-
nente procesalista español.

Ahora bien, amoldando este pensamiento a nuestra realidad, el Tribunal de Garantías era el órgano de control de la Constitución, conforme al artículo 296. Expresándolo en otro giro, se le encomendó cuidar celosamente el orde-
namiento jurídico peruano y asegurar la primacía de la Constitución, tenien-
do como misión inmediata mantener y preservar el orden constitucional
muchas veces vulnerado por los gobiernos de facto⁽⁷⁷⁾.

Javier Valle-Riestra afirmaba que el Tribunal de Garantías: “fue concebi-
do por los constituyentes como una entidad diferente al Poder Judicial por
considerar que la producción negativa de normas (Kelsen), el reconocer que
un Poder del Estado, ayuntamiento o región ha usurpado el Poder Constitu-
yente al legislar contra la Constitución es una tarea en la que el juez profesio-
nal —el Poder Judicial es el único órgano del Estado a cargo de profesionales,
porque no existe el oficio de ser parlamentario o ser Jefe de Estado— asume
una difícil función superior a su formación: enfrentarse a los poderes, con los
riesgos políticos que comporta”⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: “Encuesta sobre justicia constitucional”,
en su libro *Estudios procesales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1975, pág. 573.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. José F. Palomino Manchego: “Tribunal de Garantías Constitucionales: Fun-
ciones y responsabilidades”, *El Comercio*, Suplemento Dominical, N° 37-81, Lima, 13 de
setiembre de 1981. Entre varios, aparte de los citados, cfr. Max Arias Schreiber Pezet: “La
presidencia del Tribunal”, *El Comercio*, Lima, 4 de mayo de 1981; Alberto Eguren Bresani:
“El Tribunal de Garantías”, *El Comercio*, 22 de diciembre de 1981; Domingo García
Belaunde: “El Tribunal de Garantías Constitucionales”, *Expreso*, Lima 18 de abril de
1982; Ramón Ramírez: “El Tribunal de Garantías y la Justicia Constitucional”, *La Repú-
blica*, Lima 4 de mayo de 1982; Alberto Ruíz-Eldredge: “El Tribunal de Garantías”, *El
Observador*, Lima, 25 de abril de 1982. Desde una óptica poco afortunada, cfr. Alfonso
Montesinos y Montesinos: “La desconsoladora realidad: Tribunal de Garantías Constitu-
cionales”, *La República* 9 de agosto de 1983. En lo que respecta a trabajos de mayor cali-
bre, también de autores nacionales, entre otros ya citados, cfr. Enrique Chirinos Soto: *La
nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima, 1979, págs. 351-365; José
Pareja Paz-Soldán: *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. (Apreciación
y comentarios)*, 7ª. edición, Editorial Ital Perú, S.A., Lima, 1981, págs. 365-372.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Javier Valle-Riestra: *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Empresa Edi-
tora ABC, S.A., Lima, 1981, págs. 27 y 40 respectivamente.

El Tribunal de Garantías, luego de una ardua discusión y polémicas, montó su sede en la ciudad de Arequipa, aunque sagazmente y de manera excepcional “y con acuerdo de la mayoría de sus miembros (podía) sesionar en cualquier otro lugar de la República”⁽⁷⁹⁾. Se instaló en la ciudad del sur de manera solemne el 19 de noviembre de 1982.

De cualquier modo, no puede escapar dentro de este análisis lo relacionado con el *nomen iuris* que se dio al Tribunal. Desde que se iniciaron los debates en la Asamblea Constituyente se trabajó con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales que en ese entonces lo empleaba el Proyecto de Constitución de España de 1977. A pesar de las críticas, sugerencias y opiniones para cambiar la denominación –es decir, en su acepción moderna: Tribunal Constitucional– que se venía utilizando, los representantes en la Constituyente descuidaron en absoluto esta parte del encabezamiento de una institución tan importante como lo era el Tribunal de Garantías Constitucionales⁽⁸⁰⁾. Con el tiempo, el error fue enmendado en la Constitución de 1993.

B) Composición: los magistrados constitucionales

Nueve (número impar) fueron los magistrados que se encargaron de velar la supremacía de la Constitución: tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo, y tres por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el artículo 296 de la Constitución. Se esperaba de ellos una entera independencia y sometimiento nada más que a la Constitución. El Tribunal de Garantías tenía que estar por encima de los clásicos poderes del Estado. La

(79) Constitución de 1979, artículo 394, Ley Orgánica, art. 1, párr. 3. En la práctica sucede esto, ya que la mayoría de magistrados son naturales y/o residen en Lima. Sin embargo, la opinión pública interpretó mal esta postura de los jueces constitucionales, obligando al alto organismo emitir un comunicado que en parte decía: “El Tribunal no ha acordado –ni alguno de sus magistrados ha propuesto– trasladar la sede a Lima, Afirmación que sólo puede hacerse en un vano afán de desprestigio de las instituciones democráticas, porque la sede del Tribunal ha sido fijada, por mandato constitucional, en la ciudad de Arequipa, y nadie ignora que únicamente otro mandato constitucional pueda variarla”. *Cfr.* El Comercio, Lima, 4 de mayo de 1983.

(80) *Cfr.* Domingo García Belaunde: “El llamado Tribunal de Garantías...”, La Prensa, Lima, 2 de abril de 1979.

única forma de lograr tal objetivo era mediante la personalidad y conocimiento de los jueces al momento de realizar la interpretación constitucional ⁽⁸¹⁾.

¿Qué más podemos decir de los magistrados constitucionales? Es lógico pensar que son sujetos de la interpretación constitucional y como tal *vox legis*. En sus manos está la jurisdicción (*iurisdictio*) constitucional a la que acudirán quienes vean recortados sus derechos y cuando se vulnere la Constitución.

Los jueces constitucionales como integrantes de una magistratura especial, tienen que ser especialistas en Derecho Público, a lo sumo en Derecho Constitucional, concededores principalmente de los problemas que plantea la interpretación constitucional, de darles solución, tener experiencia preliminar en el proceso civil, penal, administrativo y laboral para entrar de lleno al delicado y poco conocido proceso constitucional, y poseer probada ejecutoria democrática en defensa de los derechos humanos (LO, art. 12). La *opinio iuris* que dan al momento de emitir sus fallos sentará jurisprudencia constitucional que servirá, a no dudarlo, para los futuros magistrados constitucionales, como una guía y ejemplo de fidelidad a la Constitución y al cargo tan honroso que se les confiere.

Es inevitable separar lo jurídico de lo político. Ambos vocablos se conjugan coordinadamente dentro de cualquier ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando existen frenos y contrapesos la política se tiene que alinear al Derecho. Es aquí donde se produce lo que Karl Larenz denomina la "falsificación del Estado Constitucional" ⁽⁸²⁾.

Los magistrados constitucionales como todo ser humano son susceptibles de tentación por parte de otros órganos del Estado que ven afectados sus intereses. Su independencia debe emanar *in actu*, y su fiel sometimiento a la Constitución, por cuanto no están sujetos a mandato imperativo, a tenor del

⁽⁸¹⁾ Al respecto, *vid.* Otto Bachof: *Jueces y Constitución*, reimpresión, traducción del alemán de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Tomás-Ramón Fernández.

⁽⁸²⁾ *Cfr.* Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción del alemán de Marcelino Rodríguez Molinero, 2ª. edición definitiva, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1980, en especial págs. 337 y sgts.

artículo 297 de la Constitución de 1979. La labor que realizan está supeditada a la idea del Estado de Derecho, a la preeminencia de lo jurídico sobre lo político y al reflejo de la sociedad. Como afirma Fix-Zamudio: “los jueces constitucionales –entendidos en un sentido amplio– realizan una función de política técnica, cuya intensidad sólo establece una distinción de grado, pero no de esencia”⁽⁸³⁾.

De otro lado, se afirma que a los jueces constitucionales tienen mucho poder, que son legisladores constitucionales, que el Tribunal está integrado y funcionando bajo una dictadura investida por los magistrados constitucionales, llegando *in extremis* a decir que hay una politización de la justicia, un gobierno de los jueces. Sin embargo, estos argumentos se desvanecen en la práctica constitucional, por cuanto los jueces de la Constitución adquieren paulatinamente un conocimiento progresivo. Y la autoridad y prestigio que tienen se ve cimentada al fluir de la experiencia. Por eso se insiste que deben ser juristas de profesión como los ha llamado Kelsen, ya que las potestades constitucionales que poseen conllevan a que hagan *iurisdictio*.

A mayor abundamiento, los magistrados constitucionales no solo practican la defensa del Derecho, sino que también crean Derecho a través de la denominada doctrina jurisprudencial. En ese sentido, se colige que los jueces constitucionales no hacen política, por cuanto esta ya viene inmiscuida en la Constitución. Por otro lado, los jueces realizan un auxilio jurisdiccional, o sea, entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: Poder Judicial u otros poderes públicos en tanto que los últimos están obligados a cumplir lo que el Tribunal de Garantías decida en definitiva⁽⁸⁴⁾.

C) Atribuciones

El Tribunal de Garantías mediante la acción de inconstitucionalidad garantizaba la primacía de la Constitución. A su turno, declaraba si eran o no

⁽⁸³⁾ Cfr. Héctor Fix-Zamudio: “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, Revista de la Facultad de Derecho, México, D.F., 1979, pág. 667.

⁽⁸⁴⁾ El alemán Goethe decía irónicamente: “Interpretad con frescura y espontaneidad, pues, de lo contrario, interpretaréis mal”.

constitucionales, por la forma o por el fondo las siguientes normas: *a)* las leyes, *b)* decretos legislativos, *c)* normas regionales de carácter general y *d)* las ordenanzas municipales (LO, art. 19). Estas normas se consideraban inconstitucionales en la totalidad o en parte de sus disposiciones cuando se infringía la Constitución (inconstitucionalidad en sentido material) y cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución (inconstitucionalidad en sentido formal) (LO, art. 20). La acción de inconstitucionalidad era una garantía nueva en el ordenamiento constitucional peruano. La influencia foránea (modelo europeo) se dejó sentir claramente.

¿Quiénes estaban legitimados para accionar?: *a)* el Presidente de la República, *b)* veinte senadores, *c)* sesenta diputados, *d)* la Corte Suprema de Justicia, *e)* el Fiscal de la Nación y *f)* cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (LO, art. 24). Es difícil pensar que las normas cuestionadas sean declaradas inconstitucionales a pedido de quienes la han elaborado (Ejecutivo o Legislativo). Por eso, la Ley Orgánica también permitió accionar a otras partes ante el Tribunal Constitucional. Se aseguraba de esta forma que la norma en cuestión sea derogada a pedido de una parte que no tenga interés y presión política. El plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad era dentro de seis años contados a partir de su publicación, y una vez vencido, la acción caducaba.

En cuanto concierne al Presidente de la República, previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designaba a un ministro para que plantee la acción y lo represente en el proceso (LO, art. 26, párrafo 1º). Por lo que respecta a los senadores⁽⁸⁵⁾ y diputados, debían nombrar apoderado para que planteara la acción respectiva (párrafo 2º).

(85) El Tribunal de Garantías, mediante auto de 8 de febrero de 1983, reunido con los señores Eguren Bresani, Vargas Vargas, Silva Salgado, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla y Rodríguez Domínguez, declaró inadmisibile la demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por los senadores Carlos Enrique Melgar y Luis Alberto Sánchez, por cuanto no se cumplió con certificar las firmas de los otros senadores (o sea dieciocho), así como no señalaron un domicilio legal en la sede del Tribunal, conforme a ley. *Cfr.* El Peruano, normas legales año III, N° 777, Lima, 15 de febrero de 1983.

La Corte Suprema de Justicia, previo acuerdo de Sala Plena, lo hacía por intermedio de uno de sus miembros (párrafo 3º). El Fiscal de la Nación estaba legitimado para entablar la acción de inconstitucionalidad (jurisdicción constitucional orgánica) de manera directa (párrafo 4º). Los ciudadanos debían actuar con el asesoramiento de un abogado delegando la respectiva representación a uno sólo (párrafo 5º). El Tribunal en los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción requería seis votos conformes, en los demás acuerdos cinco votos conformes (LO, art. 8).

Una vez interpuesta la demanda, el Tribunal de Garantías resolvía dentro del plazo de diez días que no podían excederse sobre la admisión (LO, art. 30). A su turno, admitida a trámite corría traslado de la demanda, de acuerdo al órgano que provenga la norma cuestionada. El apersonamiento y alegato respectivo se efectuaba dentro del plazo de treinta días improrrogables (LO, art. 31). Transcurrido el plazo, el Tribunal señalaba día y hora para la vista de la causa en la que las partes podían hacer uso del derecho de informar oralmente (LO, art. 32). Una vez producida la visita de la causa, el Tribunal dictaba sentencia en el plazo de treinta días (LO, art. 33).

Los efectos de la sentencia recaída en este tipo de proceso producía cosa juzgada, o sea que no se podía revivir. En tal sentido, debemos señalar que en cuanto concierne a sentencia denegatoria de inconstitucionalidad, ésta impedía la interposición de una nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional (LO, art. 34). De igual manera, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitían revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales (LO, art. 41).

Si se trata de leyes o decretos legislativos, el Tribunal de Garantías comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad. Este en mérito del fallo, aprobaba una ley que derogue la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenticinco días naturales sin que se haya promulgado la norma derogatoria, la norma inconstitucional se considera derogada (LO, art. 35). La publicación se hacía en el diario oficial "El Peruano".

Si el Tribunal de Garantías declaraba inconstitucional las normas regionales o municipales, ordenaba la publicación en el diario oficial y en diario donde se publican avisos judiciales. La sentencia surtía efecto al día siguiente de la publicación. O sea que en este caso, el Tribunal actuaba de manera

breve, tal vez por la poca importancia y el rango inferior que tienen este tipo de normas (LO, art. 36). La sentencia que declaraba en todo o en parte la inconstitucionalidad de una norma no tenía efecto retroactivo. Es decir, que no obra para el pasado (LO, art. 38), para el pretérito, sino para el futuro (*ex nunc*).

La misma actividad que realizó el Tribunal de Garantías hace ver que las leyes (normas) inconstitucionales se someten a él o sea que están incluidas en su dominio. Con esta función, el Tribunal de Garantías en la práctica controlaba al Parlamento (Legislativo) y al Gobierno (Ejecutivo). El Tribunal funcionaba de oficio cuando disponía la acumulación de procesos conexos (LO, art. 48). Así también, actuaba de oficio o a instancia de parte cuando lo estimaba necesario en relación a la actuación de la prueba (LO, art. 52).

Otra actividad que realizaba el Tribunal de Garantías era la de conocer en casación (revisión)⁽⁸⁶⁾ las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo, una vez agotada la vía judicial, y mediante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público (jurisdicción constitucional de la libertad) (LO, art. 42).

Las partes tenían quince días para interponer el recurso a partir de notificada la resolución denegatoria de la Corte Suprema. Una vez interpuesto, el Presidente de la respectiva Sala de la Corte Suprema enviaba los autos al Tribunal dentro del plazo máxima de cinco días, bajo responsabilidad. De esta forma se aseguraba la celeridad (sumarísima) con que debían verse las acciones de habeas corpus y amparo.

¿Cuál es el objeto de la casación? Observa (revisa) que las resoluciones no hayan violado la ley, que en las resoluciones no se hayan aplicado falsa o erróneamente la ley, y que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo. Se desprende de lo expuesto que en estos casos el Tribunal no entraba al fondo del asunto, como sí puede hacerlo ahora el actual Tribunal Constitucional.

Durante el plazo máximo de diez días, si son resoluciones denegatorias de acciones de habeas corpus, o de veinte días si son de amparo, el Tribunal de

(86) *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: "Amparo y casación", en su libro *Derecho Procesal mexicano*, t. I, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1976, págs. 526 y sgts.

Garantías procedía a casar las mismas y a emitir el fallo correspondiente (LO, art. 44). Estando el expediente en el Tribunal de Garantías, las partes ya no podían ofrecer nuevas pruebas ni alegar nuevos hechos (LO, art. 45).

Si el Tribunal estimaba que la resolución objeto de casación había violado y aplicado errónea o falsamente la ley, su fallo debía comprender: a) declaración de la violación o de la falsa o errónea aplicación de la ley en que se funda la resolución casada, b) declaración de la ley aplicable al caso. Si estimaba que en el procedimiento cuya resolución es objeto de casación no se observó las formas prescritas por la ley para su tramitación o para la expedición del fallo, su resolución señalaba la formalidad que no haya sido observada. Una vez pronunciado el fallo, el Tribunal de Garantías devolvía los autos a la Sala de la Corte Suprema que conoció originariamente el asunto, para que se pronuncie de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal, quedando de esta forma agotada la jurisdicción interna (LO, art. 46)⁽⁸⁷⁾. Si es que no hubiere existido ninguna de estas dos formas para que proceda la casación, lo declaraba de esta forma, agotándose así la jurisdicción interna (LO, art. 47).

D) La Jurisdicción Supranacional

Tomando como antecedentes la experiencia europea, en especial de la Comisión Europea y el Tribunal Europeo, los constituyentes estimaron conveniente dotar a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, una garantía que vaya más allá de nuestro ordenamiento.

En ese sentido, el artículo 305 de la Constitución estableció literalmente lo siguiente: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados de los que es parte el Perú".

Se colige que se podía recurrir a dos vías: a) Regional, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de

(87) *Cfr.* Domingo García Belaunde: "El primer fallo: Tribunal de Garantías Constitucionales", en *El Comercio*, Suplemento Dominical, N° 28-83, Lima, 10 de julio de 1983.

Derechos Humanos; y *b*) Internacional, o sea, recurrir a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuya sede está en Ginebra⁽⁸⁸⁾.

La Ley N° 23506 sobre habeas corpus y amparo, en su Título V (De la jurisdicción internacional), artículo 40, apuntaba: “La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias”. Asimismo, la Corte Suprema tenía la obligación de cumplir con remitir a los organismos internacionales las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso que originaron la petición, así como otro elemento necesario que sirva para mejor resolver al organismo internacional (art. 41).

E) El personal auxiliar

A fin de garantizar la celeridad en el procedimiento administrativo, el Tribunal de Garantías estaba respaldado por personal equivalente al régimen jurídico del personal del Poder Judicial (LO, art. 58). El personal de cualquier Tribunal Constitucional debe estar integrado por letrados con conocimiento en la materia, formados y capacitados de manera rigurosa en el ámbito constitucional. De igual forma, debe comprenderse a los secretarios y otros auxiliares, de tal manera que el Tribunal de Garantías se integre por personal especializado en la materia, y en virtud de ello mantenga vivo su prestigio para asegurar su supervivencia, y evitar el fracaso que podría ser histórico

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Mauro Cappelletti: “Giustizia costituzionale soprannazionale”, en AA.VV., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. (II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, págs. 565-592. También, Juan Carlos Hitters: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2 ts., Ediar, Buenos Aires, 1991-1993; Héctor Fix-Zamudio: “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, en *Trans-national aspects of procedural Law* (a cura di Italo Andolina), vol. I, Giuffrè editore, Milano, 1998, págs. 183-311; Javier Valle-Riestra: *La jurisdicción supranacional. Defensa de la competencia contenciosa de la C.I.D.H.*, Editorial Arte Gráfica J.V.G., Lima, 2000.

para una institución tan significativa como lo era el Tribunal de Garantías que recién empezaba a adquirir experiencia.

F) Consideraciones finales

El Tribunal de Garantías nació como consecuencia de la desconfianza que se tenía del Poder Judicial, en tanto que tal, éste no era un verdadero custodio de la Constitución. Las garantías constitucionales que consagraba la Constitución de 1979, iban a ser analizadas en definitiva por el Tribunal de Garantías Constitucionales no como superinstancia sino como órgano especializado en esta clase de procesos. Por ello tenía que romperse viejos esquemas *iusprivatistas*, practicando una enseñanza continua por parte de los profesores en las facultades de Derecho sobre esta materia. De tal suerte que, había que entrenar a los estudiantes desde sus inicios para que mañana más tarde estén en condiciones y bien capacitados a fin de responder al llamado de la defensa de la Constitución.

La jurisdicción constitucional en el Perú, después de entrar en vigor la Constitución de 1979, tomó otro rumbo. De ahí que se la califique de dual o paralela, por cuanto a la par del Tribunal de Garantías (inconstitucionalidad en vía de acción), el Poder Judicial (inconstitucionalidad como cuestión prejudicial) también estaba facultado para no aplicar normas que contravenían la Constitución, conforme lo disponía la Constitución de 1979 en sus artículos 87 y 236.

IX. A MODO DE CONCLUSION

Tras todo lo hasta aquí referido, y en aras de una mejor comprensión, estamos ya en condiciones de apostillar algunas conclusiones:

1. El control constitucional (abstracto, concreto y preventivo) en América Latina, sin obviar al Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931, reconociendo sus propias variedades y singularidades, luego de una trajinada experiencia, ha tomado cuerpo como consecuencia de la expansión de los Tribunales Constitucionales, cuya labor ahora se ve acentuada con creces en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de los diversos procesos o remedios constitucionales.

2. En lo que respecta a la composición, los Tribunales Constitucionales consagrados en los países arriba mencionados, tienen un diseño distinto, empezando por su nombramiento y siguiendo hasta el número que lo integran: par o impar, que desde luego influye mucho a la hora de llevarse a cabo la votación final, y que se refleja en la sentencia constitucional: estimativa o desestimativa⁽⁸⁹⁾.
3. Las atribuciones, por su parte, son también de diversa índole. Más de una de ellas politizadas, actitud que no calza con la verdadera función de los intérpretes supremos de la Constitución, siendo las más importantes la defensa y promoción de los derechos fundamentales y la del control de constitucionalidad (como tema central y/o caballo de batalla) a través de la acción de inconstitucionalidad.
4. Al fluir de los años, la experiencia ha servido para rediseñar no sólo la composición, sino también las atribuciones de los Tribunales Constitucionales. (por ejemplo, en España primero en 1931 y luego en 1978). Con lo cual se demuestra que la influencia del modelo europeo o kelseniano ha calado en las constituciones iberoamericanas. Por citar tan solo un botón de muestra, los conflictos de atribuciones y de competencia, que dirime el Tribunal Constitucional del Perú, consagrado en la Constitución de 1993.
5. En definitiva, en el tema abordado mucho han influido los constantes y diversos seminarios, congresos, coloquios y encuentros académicos, con la participación de profesores expertos en la materia, en especial, los organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sumese a ello, la permanente y ya muy copiosa bibliografía que ahora existe, de libros, artículos y revistas especializadas, sobre la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales, la interpretación constitucional, o mejor dicho, del Derecho Procesal Constitucional.
6. Si dejamos de lado la experiencia española de 1931, vemos que en América Latina hay vertientes que en materia de control constitucional parten

(89) Por todos, *vid.* Francisco Javier Díaz Revorio: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 2001. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

a mediados del siglo XIX (Colombia y Venezuela), tienen inflexiones importantes a mediados del siglo XX (Cuba y Ecuador), y se perfila nítidamente con peculiaridades en 1979 (Perú).

Este opúsculo se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
E-mail: grijley@terra.com.pe,
el día 13 de julio de 2003 al conmemorarse el
aniversario del nacimiento
del constitucionalista Domingo García Belaunde
(Lima, 13-VII-1944)

VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

(Sevilla, 3,4 Y 5 de diciembre 2003)

Organiza:



DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA



Coordinador:

JAVIER PÉREZ ROYO

Mesas temáticas:

- Constitución y minorías etnoculturales
 - Momentos constitucionales y cambio político
 - Justicia constitucional
 - La Constitución europea
 - Partidos políticos y sistema electoral
 - El Poder Judicial
- Principio de igualdad y no discriminación
 - Consolidación y estabilidad de las formas gubernamentales
 - Derechos fundamentales
 - Federalismo y regionalismo
 - Protección internacional de los derechos humanos



GRILEY