

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN
INCONSTITUCIONAL**

CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2007.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN INCONSTITUCIONAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2007.



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. María Soledad Morales Chew
Vocal:	Lic. Roberto Echeverría Vallejos
Secretario:	Lic. Rafael Morales Solares

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Alfredo Aguilar Orellana
Vocal:	Lic. Juan Carlos Godinez
Secretario:	Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón

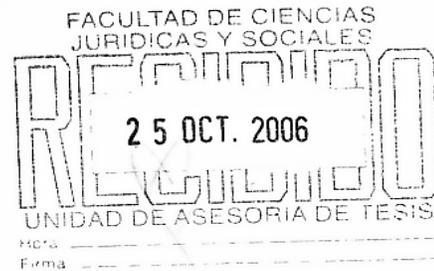
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Otto Marroquín Guerra
ABOGADO Y NOTARIO
12 calle 1-25, zona 10 Edif. Géminis 10, Torre Sur,
Of. 1010-1011. Telefax: 2338-3021
Guatemala, C.A.



Guatemala, 22 de septiembre del año 2,006.

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castillo Lutín:

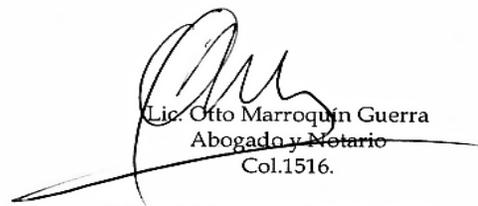
En cumplimiento de la providencia dictada por esa jefatura el día veinte de septiembre del año dos mil seis, atentamente le informo:

El postulante presento el tema de investigación "EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN INCONSTITUCIONAL," el cual fue objeto del siguiente análisis:

La monografía en cuestión es un tema de suma importancia académica y jurídica por cuanto el estado de Guatemala reconoce al trabajo domestico como un régimen especial dentro del Decreto mil cuatrocientos cuarenta y uno (1441) a su vez que dentro del marco jurídico constitucional que en uno y otro, existen consideraciones irregulares e injustas por considerar a los que ejecutan este trabajo como un régimen especial sin considerar que el Artículo 77 del Código de Trabajo da justas causas al patrono para dar por terminada la relación de trabajo siendo una de ellas la falta de respeto, misma causa que en el articulo 79 facultan al trabajador para dar por terminada la misma relación de trabajo considerando que no es una situación equivalente la del patrono y la del trabajador por encontrarse el segundo en desventaja y la imposibilidad de probar las acciones señaladas como falta de respeto justificativas de dar por finalizada la relación laboral. Las regulaciones del régimen del trabajo domestico analizadas en este proyecto presenta como propuesta principal la vulneración de algunas garantías constitucionales de igualdad.

Por ende en forma deferente me permito, EMITIR dictamen favorable que el presente trabajo constituye un aporte importante y de gran beneficio para el sector trabajador contenido en esta labor típica considerada como especial o régimen especial, si entramos a analizar que los principios del derecho de trabajo son: en su considerando 4to, literal A Tutelar y en su literal D Realista y Objetivo busca la igualdad y protección del trabajador ante el patrono por su misma situación de desventaja y dependencia.

Sin otro particular me suscribo en forma deferente.

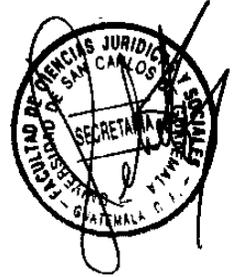

Lic. Otto Marroquín Guerra
Abogado y Notario
Col.1516.
Otto Marroquín Guerra
Abogado y Notario

Asesor

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de octubre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA**, Intitulado: **"EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN INCONSTITUCIONAL"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

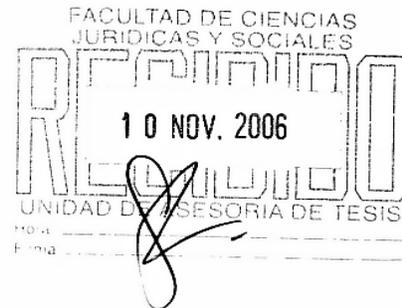
LIC. CÉSAR FRANCO LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4596



Guatemala, octubre 31 del 2006

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura oportunamente, en el que se dispone nombrarme Revisor del trabajo de tesis del estudiante CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis presentado por el estudiante Solórzano Rivera se intitula **“EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN INCONSTITUCIONAL”** y se refiere al tema de las condiciones contractuales de trabajo discriminatorias y por debajo de los mínimos establecidos para otros grupos de trabajadores que se impone a quienes laboran en esta actividad.

De la revisión practicada, se establece que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, y se dirige a abordar la problemática antes relacionada, con un enfoque correcto de la situación planteada que permite advertir la existencia de la violación de la garantía Constitucional de igualdad derivado de que a este grupo de trabajadores en su mayoría de sexo femenino se imponen condiciones laborales de verdadera explotación que discriminan en relación a los demás trabajadores cuyas relaciones norma el Código de Trabajo. Esta imposición de condiciones contractuales excluyentes que confieren

4 calle 7-53 Zona 9. Edificio Torre Azul. 5to. Nivel. Oficina 506
Teléfonos: 23610015 – 23611020
Correo Electrónico landelnfinmaco@hotmail.com

Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. CÉSAR FRANCO LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4596



al empleador poderes ilimitados sobre los trabajadores domésticos es sin duda Inconstitucional porque no solo excluye al trabajador domestico de poder ser objeto de regulaciones que dignifiquen su calidad de trabajador sino que además denigran su condición humana al exponerlo a tratamientos humillantes e infamantes por parte del empleador, de ahí entonces la especial importancia que reviste el trabajo presentado por el sustentante.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, considero que el trabajo presentado por el Bachiller Solórzano Rivera debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi **DICTAMEN FAVORABLE.**

Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de julio del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA, Titulado "EL TRABAJO DOMÉSTICO Y SU REGULACIÓN INCONSTITUCIONAL" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/silh





DEDICATORIA

- A DIOS
SUPREMO CREADOR:** Por darme la fuerza para poder alcanzar este triunfo en la vida
- A MI MADRE:** Milagro de Jesús Rivera, por sus sabias enseñanzas y su entrañable amor.
- A MI ESPOSA:** Rosalía Elizabeth Landaverry Torres, por la felicidad que me ha dado y su permanente soporte y comprensión.
- A MIS HIJOS:** Karla Elizabeth, Rocío Zusette y Carlos Alberto, en quienes deposito toda mi esperanza.
- A MI NIETO:** Diego Jesús, como prolongación de la vida, y que este logro sea un ejemplo a seguir.
- A MI ABUELA:** Sofía Martínez de Rivera, por las luces eternas y sus sabios consejos.
- A MI FAMILIA:** Por el concepto de unidad y convivencia.
- A MI FAMILIA
POLÍTICA:** Por la importancia de contar con ellos.
- A:** Nuestra Alma Máter, USAC, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y al Centro Universitario de Oriente, CUNORI, templos del saber.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La garantía constitucional de igualdad.....	1
1.1 ¿Qué se entiende por igualdad?.....	1
1.2 Fundamento constitucional de igualdad.....	2
1.3 Derechos sociales mínimos de la legislación de trabajo.....	2

CAPÍTULO II

2. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad.....	6
2.1 Clasificación de sistematización posible.....	6
2.2 En función de la admisión del control de constitucionalidad.....	7
2.3 En función del órgano de control.....	9
2.4 En función del procedimiento de control.....	48
2.5 En función del radio de acción del sistema de control.....	61
2.6 En función de los efectos del control de constitucionalidad.....	64

CAPÍTULO III

3. La acción de inconstitucionalidad genera como mecanismo hacer valer el imperio de la constitucionalidad.....	74
3.1 Normas constitucionales e interpretaciones constitucionales.....	74
3.2 Inconstitucionalidad absoluta y relativa.....	75
3.3 Leyes y decretos leyes.....	76
3.4 Tratados	83
3.5 Decretos.....	85
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFIA.....	91



INTRODUCCIÓN:

En Guatemala, con la experiencia de los años, se ha demostrado que en la aplicación del ordenamiento jurídico en materia de regulación del trabajo domestico, no se han respetado los principios fundamentales que velan por el respeto a los derechos de las personas que laboran en dichas circunstancias violentando con ello los derechos económicos y sociales, además de la dignidad e igualdad de los y las afectadas.

Tradicionalmente la sociología del trabajo ha venido definiendo su objeto principal de investigación exclusivamente en referencia a la producción económica de bienes y servicios. En este marco teórico, el concepto de trabajo sólo intervenía para el análisis sociológico de las actividades consideradas profesionales. Por este motivo, los análisis del trabajo profesional de las mujeres quedaban relegados a la especificidad o a la marginalidad en un acusado "sesgo androcéntrico.

La cuestión común que se plantea en los estudios sobre trabajo doméstico reside en si se considera o no un trabajo productivo. Respecto a esta cuestión cabe reseñar dos enfoques encontrados; por un lado, el enfoque que considera que el trabajo doméstico produce valor de uso para consumo inmediato y no para el intercambio. Por otro lado, otro enfoque opuesto señala que el trabajo doméstico produce la mercancía es decir fuerza de trabajo, que se intercambia dentro de la familia.

En su mayoría, las actividades domésticas afectan bienes y servicios de manera directa, los cuales son susceptibles de ser intercambiados en el mercado laboral. El punto clave se encuentra en que estas mismas actividades, llevadas a cabo en el marco de una relación social determinada –la familia-, no son objeto de ningún intercambio mercantil y se caracterizan por su gratuidad, hasta tal punto que en los análisis científicos ni siquiera se contemplan como perteneciendo a alguna forma del trabajo sino que se agrupan bajo la denominación de "tareas domésticas". Incluso se clasifica a las mujeres que se dedican exclusivamente a dichas tareas entre el grupo laboral de "inactivos", al igual que a los jubilados y los estudiantes.



En efecto, es necesario realizar un replanteamiento simultáneo del trabajo asalariado y del trabajo doméstico, tenemos la tentación de analizar el reparto sexual del trabajo sólo en función del peso de las cargas domésticas y familiares que pesan de manera desigualitaria sobre las mujeres. Sus resultados en el mercado serían inferiores (en términos de calificaciones, promociones, salarios, etc.) porque el peso de dichas responsabilidades las frenarían en su carrera. Ahora bien, tal enfoque conduce a "renaturalizar" el reparto sexual del trabajo doméstico, tomado como dato, como algo inscrito en las características genéticas, fisiológicas o psíquicas de los hombres y las mujeres.

En el capítulo I, del presente estudio se realiza una reseña sobre el principio de igualdad, ya que dicho principio tiene implicaciones dentro del contexto constitucional y es por ello que se advierte que para hablar de igualdad, es indispensable que ésta se refiera a todos los ámbitos de la actividad humana, esto implica, igualdad política, igualdad social, igualdad económica y por supuesto igualdad ante la ley.

En el capítulo II, se realiza un importante aporte a la clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad, atendiendo a los regimenes positivos, negativos, judiciales, especializados, mixtos, difusos o concentrados. Así mismo se destaca que las cortes judiciales o entes jurisdiccionales que actúan como órganos de control constitucional son, también órganos políticos. De lo anterior se desprende que el régimen democrático no siempre tiene que manifestarse en formas puras o absolutas, cuando estas perjudican la funcionalidad del sistema político.

En el capítulo III, se trata de explicar una comparación de normas infraconstitucionales respecto de las constitucionales, tomando en cuenta que el juicio de la constitucionalidad requiere para ser realizado que el jurista coloque frente a sí los preceptos constitucionales y las normas o conductas presuntamente opuestas aquellos. En síntesis la tarea de comparación jurídica puede versar en un doble sentido, es decir, entre la constitución y una norma; o entre la constitución y actos cuestionados, en los que se incluyen las interpretaciones inconstitucionales insertadas en una resolución.



El presente trabajo tiene como uno de sus anhelos principales garantizar el derecho de todas las personas relacionadas con el trabajo doméstico a su igualdad y dignidad y colaborar para implementar políticas y medidas necesarias para que se establezcan los derechos humanos como un eje transversal en la protección y respeto de las garantías económico sociales de las personas.

Por último se pretende que el presente trabajo, se convierta en un aporte para colaborar a la formación de una cultura de paz, contribuir a la cohesión social y al fortalecimiento de un estado de derecho sólido y permanente en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La garantía constitucional de igualdad

1.1 ¿Qué se entiende por igualdad?

El concepto igualdad, en las constituciones del mundo, emerge de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. El Artículo 1 de aquella declaración, enuncia: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; las distinciones sociales no pueden basarse mas que en la utilidad común”*, esto lo complementa lo que enuncia el Artículo 6 de aquella Declaración, que expresa: *“La ley debe ser la misma para todos, así como cuando protege como cuando castiga. Si todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y talentos”*.

El concepto de igualdad tiene sugestivas implicaciones, dentro del contexto constitucional, implicaciones que se destacan así: Igualdad formal ante la ley, la cual se refiera una situación de igualdad ante la norma, pero tal igualdad no borra las otras desigualdades que existen en el medio social; Igualdad de acceso a los puestos públicos, esta igualdad admite como única cualidad discriminatoria, la idoneidad del candidato.

Por consiguiente se advierte que para hablar de igualdad, es indispensable que ésta se refiera a todos los ámbitos de la actividad humana, esto implica, igualdad política, igualdad social, igualdad económica y por supuesto igualdad ante la ley.



1.2 Fundamento constitucional del principio de igualdad.

El fundamento del principio de igualdad se encuentra contenido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “Libertad e igualdad. En Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre no a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

De lo anterior se advierte que por disposición constitucional, todos los seres humanos (hombres y mujeres) son libres e iguales en Guatemala. Pero además, también hombres y mujeres tendrán por aquella misma disposición constitucional iguales oportunidades e iguales responsabilidades, es decir que sin lugar a dudas puede considerarse que el texto de la Constitución Política de la República de Guatemala, acoge al igualdad plena entre hombre y mujeres, lamentándose que únicamente que el texto de algunas disposiciones ordinarias, tal el caso del Código Civil, no haya sido adecuado aun hoy en día, aquellos preceptos de la Constitución. Pero además este fundamento del principio de igualdad, implica para todas las mujeres que se vean discriminadas en el ejercicio de sus derechos, con relación a los hombres, la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia el derecho de igualdad que les asiste en todas las actividades que sean posibles de desarrollar por los seres humanos.

1.3 Derechos sociales mínimos de la legislación de trabajo.

Al respecto, la Constitución Política de la República, establece lo que constituye el Derecho del Trabajo y los derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo, los cuales deben aplicarse



de manera igualitaria a hombre y a mujeres, pues ambos de acuerdo a lo que ya se anticipó son iguales en derecho y obligaciones.

En el capítulo de los derechos sociales mínimos, la Constitución establece los siguientes:

- Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias, que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna. De aquí se desprende que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a trabajar y a elegir libremente el trabajo en el que quieran ocuparse.
- Derecho a que todo trabajo se equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determine la ley. De este se desprende el derecho igual que tienen hombre y mujeres, de que se retribuya la prestación de sus servicios en base a las mismas condiciones de eficiencia y antigüedad con la que se presten éstos.
- Derecho a igual salarios para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad. De este puede inferirse que a igual trabajo deberá retribuirse igual salario, por lo que deberá calificarse la actividad de los hombres y mujeres trabajadores, en relación a la eficiencia y la antigüedad en la prestación de los servicios.
- Derecho a que el patrono debe pagar obligadamente a hombres y mujeres trabajadores, su salario en moneda de curso legal. Quiere decir, que no podrá pagarse en forma distinta al hombre y en forma distinta a la mujer.
- El derecho a la inembargabilidad del salario, en los casos determinados por la ley. Entendiendo a los derechos por igual, este enunciado se refiera a aquella medida que protege el salario, relacionada a evitar que el trabajador pueda verse menguado por



prestaciones exageradas de sus acreedores, estableciéndose como única excepción a la regla de la inembargabilidad, la obligación de la prestación de alimentos.

- Derecho a la fijación periódica del salario mínimo de acuerdo a la ley. De este derecho mínimo, se infiere el derecho que tienen hombres y mujeres trabajadores, a que el Estado por intermedio de los órganos correspondientes, revise y fije periódicamente los salarios mínimos que regirán las relaciones de trabajo.
- Derecho a un jornada ordinaria de trabajo ordinario diurno que no exceda de ocho horas de trabajo diario, ni de cuarenta y cuatro horas a la semana, equivalente a cuarenta y ocho horas a la semana, para los efectos exclusivos de pago del salario. Este derecho mínimo, va dirigido a que tanto hombres como mujeres trabajadores, tendrán como mínimo cuando laboren en periodo diurno, el derecho a que no se imponga la jornada de trabajo mas larga a la ya señalada. De la misma forma, se establece el plazo de seis horas diarias y de treinta y seis a la semana, para la jornada ordinaria de trabajo efectivo nocturno; y el de siete horas diarias y cuarenta y dos a la semana para la jornada ordinaria de trabajo efectiva mixta. Por último el mismo enunciado establece como otro derecho social mínimo del Derecho del Trabajo, el de que todo trabajo efectivamente realizado fuera de las jornadas ordinarias, constituye jornada extraordinaria y debe ser remunerado como tal, en este caso debe entenderse que ya sea hombre o mujer trabajador, el que preste sus servicios fuera de la jornada ordinaria, debe pagarse el valor del tiempo extraordinario.
- El derecho del trabajador a un día de descanso remunerado, por cada semana ordinaria o por cada seis días de trabajo consecutivos.



- El derecho al trabajador a quince días hábiles de vacaciones anuales, después de cada año de servicios continuos. De esto se desprende que tanto la mujer como el hombre deberán disfrutar del descanso vacacional, una vez, por cada año de servicios.
- El derecho que el empleador otorgue cada año, un aguinaldo no menor del cien por ciento del salario mensual.
- El derecho que tiene la mujer trabajadora a que este se lo proteja y regule las condiciones en que deba prestar sus servicios. Esto constituye un derecho social mínimo de las personas que desarrollan el trabajo domestico son las mujeres, y derivado de lo preceptuado, debe protegérseles, es decir, que no solo debe tenerse en cuenta, el principio de igualdad, sino que además debe darse prioridad a la protección que a la mujer trabajadora debe dirigirse, por su propia condición.
- El derecho de los trabajadores menores de catorce años, para no ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley.
- El derecho de los trabajadores ciegos, minusválidos y personas con deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales a que se proteja y fomente la actividad de trabajo.
- El derecho de los trabajadores guatemaltecos a que se les prefiera sobre trabajadores extranjeros en igualdad de condiciones y en los porcentajes determinados por la ley.
- El derecho para los trabajadores de que se fijen normas de cumplimiento obligatorio para patronos en los contratos individuales y colectivos de trabajo.
- El derecho de los trabajadores de que se les indemnice con un mes de salarios por cada año de servicios continuos, cuando se les despide injustificadamente o en forma directa.
- El derecho de los trabajadores de que se otorgue, cuando fallezcan, a su conyugue o conviviente, hijos menores o incapacitados, una indemnización equivalente a un mes de salario por cada año de servicios prestados.



- El derecho de los trabajadores de organizarse libremente en sindicatos.
- El derecho de los trabajadores a que se establezcan instituciones económicas y de prevención social, cuya finalidad sea otorgar prestaciones de todo orden.
- El derecho de los trabajadores a que todo patrono les pague en el caso de no probar la justa causa del despido, a título de daños y perjuicios, un total de doce meses de salarios, tomando inconsideración, el número de meses de trámite que dure el juicio por despido injusto.
- El derecho de los trabajadores a que el Estado participe en convenios y tratados internacionales o regionales, en materia de asuntos de trabajo, que impliquen para los trabajadores mejores protecciones o condiciones en la prestación del servicio, considerándose el contenido de dichos instrumentos internacionales o regionales, como derechos mínimos de los que gozan los trabajadores de Guatemala.

Todos estos derechos mínimos son de los que se debe gozar, tanto el hombre como la mujer trabajadora en Guatemala, por lo que cualquier contrato de trabajo, celebrado con mujer trabajadora en condiciones inferiores a las ya previstas, no nace a la vida jurídica como tal, debiéndose tener por insertas en forma tácita las condiciones anteriormente precisadas y por no puestas las que se hayan contenido en forma inferior a aquellas.

CAPÍTULO II

2. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad

2.1 Clasificación de sistematización posible

El encuadramiento de los diferentes mecanismos de control de constitucionalidad (ensayados o en vigor actualmente) puede realizarse desde distintos ángulos.



Proponemos el siguiente esquema:

- En función de su admisión o rechazo. Es decir, según permitan o no el control de constitucionalidad, los regimenes son positivos (admisorios) o negativos. Los positivos, a su vez, son completos o incompletos, y expresos o implícitos.
- En función del órgano de control. Caben distintos subtipos. Atendiendo a la dependencia institucional del órgano controlante, se distinguen los regimenes judiciales (o con fisonomía judicial), que pueden ser comunes, especializados, mixtos, difusos o concentrados; y los no judiciales (parlamentarios, ejecutivos, comiciales, o por órganos sui generis). En razón de la composición del órgano control dichos cuerpos son letrados, legos o mixtos; por su duración, permanentes o ad hoc; por su relación con el estado, nacionales o supranacionales.
- En función del procedimiento de control. Corresponden igualmente varias subclasificaciones. En razón del momento, el control puede ser preventivo o mixto. Por el modo de articulado, como acción o excepción. Por la forma de tramitarlo, condicionado o incondicionado. Y en cuanto a los sujetos que lo impulsan, restringido, amplio o amplísimo.
- En función del radio de acción. El sistema de control es total o parcial; por actos, omisiones o mixto.
- En función del efecto. Los sistemas son no decisorios o decisorios (ya aquí, con proyección al caso concreto, o erga omnes).

2.2 En función de la admisión del control de constitucionalidad.

El punto de partida para sistematizar los tipos de control de constitucionalidad consiste en averiguar so el derecho positivo en vigor posibilita o no tal control. En tal sentido, se detectan dos grupos de naciones:

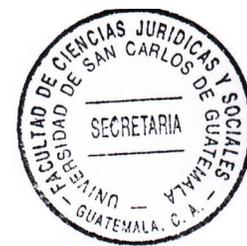


- Sistema positivo. Es el que auspicia el control de constitucionalidad, y esta configurado actualmente por el grueso de los Estados, que de una manera y otra han programado u mecanismo al respecto.

Si el régimen admitido satisface los cinco recaudos que se han detallado, es decir, la existencia de una Constitución toral o permanentemente rígida, un órgano de control autónomo de los órganos controlados, facultades decisorias del órgano de control, derecho de los particularidades a impugnar las normas inconstitucionales, y sometimiento de todo el aparato normativo a ese control, pero falta alguno o algunos de los demás recaudos puntualizados, el sistema positivo es incompleto. Casi todos los países tienen un régimen de este último tipo.

El sistema positivo de control de constitucionalidad es constitucionalmente expreso cuando la ley suprema lo programa de tal forma, es decir, explícitamente (casos de Italia, Perú, Grecia, etc.); o implícito, si la Constitución no lo menciona, pero surge tácita o indirectamente de ella (Estados Unidos de América y Argentina).

- Sistema negativo. Ciertos países han sido o son sumamente avaros en la planificación de sistemas de control constitucionalidad. Por ejemplo, Inglaterra, debido a la libertad del Parlamento para modificar el mismo trámite cualquier ley, así como la carencia de facultades judiciales para reputar inconstitucional una norma; o las leyes fundamentales del Estado del Ciudad del Vaticano, que otorgan al sumo pontífice “ la plenitud de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”, tornan casi impensable programar una acción de inconstitucionalidad contra las normas sancionadas por el Papa. No hay por los “demás supremacía constitucional” que efectivamente limite las atribuciones legisferantes del Pontífice.



2.3 En función del órgano de control.

La doctrina usualmente distingue los regímenes de control de constitucionalidad, en razón del órgano de control, en “políticos” y “judiciales” (o “jurisdiccionales”), ubicando entre los segundo aquellos que se insertan en el Poder Judicial, y entre los primeros a los situados en otras áreas del poder.

Sin embargo, tal criterio resulta incorrecto. Si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas, esta desarrollando una notaria actividad “política” (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder control de los demás poderes). En resumen, las cortes judiciales o los entes jurisdiccionales que actúan como órganos de control constitucional son, también órganos “políticos”.

Aparte de lo dicho, hay órganos de control muy difíciles de encasillar entre los políticos y los jurisdiccionales. Que es decir, por ejemplo, el Consejo de Custodios o Consejo de Supervisores previsto por el Artículo 91 den la constitución de Irán, de 1979, que es un cuerpo integrado por teólogos, canonistas y juristas designados en parte por el líder, el consejo de liderazgo y el parlamento. Tal Consejo, en efecto, aparentemente cumple funciones jurisdiccionales, pero en la Constitución esta situado dentro del capítulo sexto, concerniente al poder legislativo. A su turno, el Consejo Constitucional Francés, integrado por los exPresidentes de la República, tres miembros nombrados por el Presidente, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado, sugiere iguales dudas: Muchos lo califican como órgano político, mientras que otros entienden que tiene carácter jurisdiccional.



En síntesis, la rotulación de un órgano como político, en oposición a otro jurisdiccional, es algo controvertible. Todos estos organismos asumen funciones políticas.

Advertidas las dificultades precedentes, corresponde anticipar que la esquematización de los órganos habilitados para asegurar la supremacía de la constitución, será forzosamente opinable. No hay, por cierto, pautas claras y definitivas para lograr un encuadre perfecto. De todos modos, interesa dejar sentado que estén donde estén los órganos aludidos tienen en común un denominador: proteger jurídicamente la supremacía de la constitución. Caber decir que muchos de ellos, paralelamente, asumen otros cometidos, de la mas variada índole es por eso que todos ejercen una función de jurisdicción constitucional y son magistratura constitucional. Formulada esa prevención, es posible distinguir:

- Los órganos judiciales encargados de tutelar tal supremacía constitucional puede ser comunes (sistema norteamericano) o configurar una justicia especializada en lo constitucional dentro del Poder Judicial.

Junto con los “órganos judiciales” es atractiva añadir (pese a que reconocemos lo discutible de esta asimilación) a aquellos órganos de control constitucional que, aun cuando no componen formalmente el “Poder Judicial”, tienen si “fisonomía judicial”, ya sea porque la Constitución les de el titulo de “tribunales”, ya sea por la similitud que en su operatividad tienen con los órganos judiciales propiamente dichos. Muchos de estos “tribunales” ajenos al poder judicial pueden ser entrevistados como un cuarto poder dentro del organismo estatal. El control “judicial” de la constitucionalidad de normas y actos podrá ser, según se verá “difuso” o “concentrado”, según se encomiende a cualquier juez, o solamente a algunos magistrados en particular.



- Los órganos no judiciales, por su parte, pueden estar radicalmente en diferentes esferas. Así, en el Poder Legislativo es el caso de la ex Unión Soviética y constituciones análogas; en el Poder Ejecutivo el Jefe de Estado, en España, según la anterior Ley Orgánica del Estado de 1967, en el cuerpo electoral, o en órganos sui generis, de difícil tipificación como lo es el Consejo Constitucional francés, a mí entender.

Acontinuación se realizara un análisis de tales instituciones:

- Control Judicial. Sistema estadounidense de justicia no especializada. El control judicial, en sentido estricto, es decir, por órganos situados en el ámbito del Poder Judicial, de la constitucionalidad de las normas, deriva modernamente del derecho constitucional estadounidense.

En la Convención Constituyente de Filadelfia hubo varias iniciativas para implantar expresamente algún mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes que dictase el futuro Congreso. Es por ello que se sugirió algún aparato preventivo, integrado por el Presidente y un número de magistrados, con poder de veto sobre el parlamento. Fracasada esa moción, se insistió en otra modalidad operativa, que estribaba en remitir las iniciativas de ley al Presidente por un lado y a la Corte Suprema por el otro, con facultad, para cualquiera de ellos de vetarlas. Es necesario indicar que dicha idea no prospero, y en definitiva la constitución general federal guardó silencio acerca de cómo debía instrumentarse, en concreto, el mecanismo de salvaguardia del principio de la supremacía constitucional.



Los hechos terminaron por conferir a la judicatura federal el control de constitucionalidad “posterior” o “reparador” de las normas (esto se realizó después de que las mismas fueran promulgadas). La tesis fue afirmada por Hamilton en el federalista LXXVIII, quien explicó que la Constitución de los Estados Unidos de América era “limitada”, en el sentido de que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa y que esas limitaciones al Parlamento solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber es declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución... puesto que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Para Hamilton, esa facultad de la magistratura judicial no implica quebrar la tesis de la división de los poderes, ni augurar la supremacía del poder judicial sobre el legislativo. Al fin de cuentas, la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales, es por ello que a los jueces corresponde entonces interpretar la ley suprema y la ley ordinaria; y de haber una discrepancia entre ambas debe preferirse, como es natural aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria.

El célebre fallo dictado por el Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la causa “Marbury Madison” afirmó tal tesis: “Si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a destinar una u otra, compete a la corte determinar cuál es el derecho aplicable, ya que este constituye la esencia de la función jurisdiccional”.

Así asumió la judicatura una tarea delicada, importante y vital para el Estado moderno, como es la de invalidar (en el caso concreto) una prescripción legal a la opuesta a la Constitución y esos



que sin que ninguna norma constitucional expresamente lo indicase. Además el sistema estadounidense es difuso, desconcentrado o descentralizado en el sentido que corresponde a cualquier juez realizar tal control.

El régimen de Estados Unidos de América de control de constitucionalidad deja pues, la tarea en manos de todos los tribunales judiciales comunes, sin crear una judicatura constitucional especializada en el fuero constitucional.

Con el tiempo el régimen estadounidense del control judicial de constitucionalidad ha sido adoptado en múltiples países, aunque con variante de sumo interés.

- Con frecuencia se enuncia expresamente dicho control, en vez de recurrir al sistema implícito que contiene la Constitución estadounidense.

- Algunas constituciones optan por condensar la función de control de algún tribunal judicial específico, pasando así de un régimen difuso a otro concentrado, aunque en la Corte Suprema, además de atender asuntos de constitucionalidad sigue, decidiendo en otras ramas del mundo jurídico. Este tipo de sistema es utilizado por la Corte Suprema de Justicia del país sudamericano del Uruguay.

- Existen textos constitucionales que añaden al control reparador de constitucionalidad, un control preventivo, previo a la promulgación de las normas, y que también se confía al Poder Judicial. Así en la Constitución de Irlanda de 1937, admitió expresamente el control judicial de constitucionalidad de normas, con la variante del control preventivo: “El Presidente de la



República podrá, previa consulta con el Consejo de Estado, someter al Tribunal Supremo cualquier proyecto de ley que sea aplicable el presenta Artículo, para que el Tribunal se pronuncie sobre si el proyecto de ley o alguno de sus preceptos es contrario a la Constitución o una de sus disposiciones. También cabe allí el control posterior a la sanción de una norma, puesto que el Artículo treinta y cuatro enseña que, ninguna ley podrá exceptuar de la jurisdicción del Tribunal Supremo en grado de apelación, caos alguno que implique cuestiones relativas a la validez de una ley a las vista de los preceptos de la presente constitución.

- En cuanto los efectos de la declaración judicial de inconstitucionalidad, existen constituciones que le dan al fallo validez, erga omnes, aunque ocasionalmente se exija para ello una reiteración de pronunciamientos. Así el Art. Doscientos ocho de la constitución provincial de Río Negro Argentina, si el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso y por unanimidad, reputa por tercera vez inconstitucional una norma provincial o municipal, puede declararla abrogada.

En Europa, el tipo de control judicial fue aceptado también por la célebre Constitución de Weimar, la Constitución rumana de 1923, los regimenes jurídicos noruego y dinamarqués, y la Constitución de Suiza de 1874.

La Constitución japonesa (Art. 81) se suma al tipo de revisión judicial, al indicar que “la Corte Suprema es el tribunal definitivo para decidir la constitucionalidad de cualquier ley, orden, reglamento o disposición oficial”.

El régimen que comentamos ha tenido en América singular predicamento, por supuesto que con múltiples modalidades. Algunos pocos países (como Argentina) siguen sin modificación sustancial del sistema estadounidense de control judicial difuso y con efectos inter partes, a la par



que otros construyen subespecies singulares. La Constitución de Haití específico que la Corte de Casación, en ocasión de un litigio y sobre la devolución que le es hecha, se pronuncia en secciones reunidas sobre la constitucionalidad de la leyes.(Art.183).

El sistema estadounidense original, como se dijo, permite a cualquier juez decidir temas constitucionales, aunque con efectos solo para el caso concreto. Ello puede provocar soluciones totalmente disparas. Una mayor demanda social actual de igualdad y de seguridad lleva a modificar el control judicial en organismos concentrados, que tienden a monopolizar dicho régimen y con sentencias con resultado erga omnes. Por eso, por ejemplo en Brasil determinadas acciones de inconstitucionalidad únicamente se interponen ante el Tribunal Supremo Federal.

- “Fuero Constitucional” sistema austriaco de magistratura constitucional concentrada y especializada. Hasta ahora, se han expuesto regimenes judiciales de control de constitucionalidad donde tal función compete a tribunales propiamente judiciales, que comparten sus tareas forenses ordinarias con la misión de asegurar la supremacía constitucional. Otra tendencia qu a menudo tiende monopolizar tal control que se perfila como centralizado o condensado. Se genera así una especie de “fuero constitucional” (como lo denomina Vanossi) con pretensiones de exclusividad en asuntos de jurisdicción constitucional. El tema es conflictivo y derivamos al lector al estudio específico que hemos hecho al respecto.

De todas maneras, los argumentos dados para justificar esta tendencia estriban en razones técnicas como políticas. Los adversarios a esta tesis argumentan a su turno que tales tribunales pueden resultar demasiado politizados o partidizados, precisamente por su mayor conexión con los otros poderes, y la estabilidad con frecuencia transitoria de sus miembros. Alegan también



que la participación del viejo Poder Judicial en dos cuerpos (la judicatura constitucional y la ordinaria) debilita forzosamente a tal rama del estado, de por si la menos fuerte.

Conviene aclarar que cuando estos tribunales constitucionales (como vulgarmente se los llama) se sitúan fuera del Poder Judicial, se perfilan como órganos extrapoder y que cuando quedan dentro del Poder Judicial, originan un Poder Judicial multicéfalo, con varias cabezas; al menos, la clásica Corte o Tribunal Supremo, y en el Tribunal Constitucional de Alemania, esas “cortes supremas” son mas, en función de otras especializaciones o fueros. Los eventuales conflictos de competencias o poderes entre ambos se dilucidan, generalmente, dando prioridad a lo que resuelva el tribunal Constitucional especializado, como intérprete final de la Constitución.

Según el Art. Ochenta y nueve de la constitución de Austria, “no tendrán los tribunales competencia para examinar la validez de la leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados, en la medida en que no se disponga otra cosa en el presente Artículo”. Si surge un objeción de inconstitucionalidad, el tribunal del caso deberá derivar ante el Tribunal Constitucional la súplica o el recurso pertinente. El Art. Ciento cuarenta a su turno declara que le tribunal constitucional entender ad el posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional.

Por su parte, el Art. Noventa y dos de la Ley Fundamental de la republica Federal de Alemania especifica que sólo al Tribunal Constitucional federal, le compete decidir en caos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado, con la presente Ley fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán se compone de dos salas de ocho miembros, aunque un reforma de 1985 permite que se organicen salas de tres miembros para resolver los recursos



de inconstitucionalidad. Interesa advertir que el Tribunal Constitucional ejerce dos tipos de control de inconstitucionalidad de normas: el abstracto, sin necesidad de litis judicial específica, a petición del Gobierno Federal, y en concreto, cuando el tribunal de una causa considera que una norma es pasible del acuse inconstitucionalidad, en cuyo caso tiene que suspender el proceso y requerir el pronunciamiento del tribunal Constitucional. También agrega Witthaus, conoce en los recursos de queja por inconstitucionalidad que plateen las partes, cuando se consideren agraviadas en sus derechos fundamentales por una sentencia o un acto administrativo.

La Constitución de la Federación Rusa, de 1993 creó también un tribunal constitucional de diecinueve miembros, bien que situándolo dentro del Poder Judicial, paralelo al Tribunal Supremo de la Federación pero reservando las competencias en materia de constitucionalidad.

En su Constitución de 1947, Italia adoptó una Corte Constitucional (fuera del Poder Judicial), que juzga las controversias acerca de la legitimidad constitucional de la leyes y de los actos con fuerza de ley del estado y de las regiones, y cuyas decisiones son inapelables. Tal esquema ha gozado de aceptación en España, donde la Constitución de 1978 crea un Tribunal Constitucional, con jurisdicción para fallar en todo “recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”. Cuando un órgano judicial considera, en algún proceso, que una norma con rango de ley de cuya validez dependa el fallo, sea contraria a la Constitución,”Planteara la cuestión ante el Tribunal Constitucional”.

El sistema austriaco había prendido e incluso en países socialistas comunistas, como es el caso de Checoslovaquia, que según su ley constitucional del año 1968, dispuso que el Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca es el órgano judicial de defensa de la



constitucionalidad (Art. 86) y le compete, entre otras cosas expedirse sobre la concordia entre las leyes de la asamblea general o las disposiciones legales de su mesa presidencial y la constitución de la República Socialista Checoslovaca. En Yugoslavia, y según su texto constitucional de 1974, tocaba al Tribunal de Garantías Constitucionales “resolver sobre la conformidad de las leyes con la Constitución de la Republica Socialista Federativa de Yugoslavia” (Art. 375). Caída la cortina de hierro, varios países del este han erigido tribunales constitucionales como órganos extra poder. Otros tribunales análogos a los que estamos considerando han sido el Tribunal Constitucional Supremo de Chipre, al cual le correspondió resolver los planteos de inconstitucionalidad suscitados en los procedimientos judiciales, o dictaminar en asuntos de control precio de la constitucionalidad de las normas (Arts. 140 y 144, Constitución de 1960), y el tribunal de Estado de Liechtenstein, programado pro ala constitución(Art. 104), tiene competencia para decidir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, y es distinto del Tribunal Supremo, u órgano máximo de la jurisdicción común.

El Tribunal Constitucional de Turquía fue situado en orientación parecida, puesto que le toco controlar la conformidad de las leyes y los reglamentos internos de la gran Asamblea Nacional de Turquía con la Constitución y las modificaciones de esta, en las condiciones de forma previstas por la propia constitución. La Constitución conceptuó a este Tribunal dentro de la orbita del Poder Judicial, pero separado del tribunal de Casación, u órgano máximo de la justicia ordinaria. Un Tribunal Constitucional Superior, “para interpretar las disposiciones de la presente Constitución y estatuir sobre la constitucionalidad de la leyes “, quedo también previsto por el Art. 87 de la Constitución de Irak de 1968, y han emergido también, entre otros, tribunales constitucionales en la Republica malgache, Egipto y Corea del Sur.



La Constitución de Colombia del 1991, crea a su vez una “Corte Constitucional”, quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Art. 240), aunque comparte ciertas tareas de control de constitucionalidad con el Consejo de Estado, a cargo de esta la jurisdicción contenciosa administrativa. La situación inconstitucional de esta Corte, ubicada dentro de la rama judicial, tiende a ser no obstante, la de un órgano extrapoder. La Constitución habla al respecto, de tres tipos de jurisdicción en la aludida rama judicial: la ordinaria, lo contencioso administrativa y la jurisdicción constitucional, desempeñada por la Corte Constitucional (Art. 228 y siguientes).

- Sistemas intermedios y mixtos. Bueno es alertar que a menudo los sistemas estadounidenses (control de constitucionalidad judicial, realizado por la justicia común) y Austriaco (control jurisdiccional por un magistratura especializada en lo constitucional) tienden a entrelazarse, generando sistemas complejos o mixtos.

- Una variante de la magistratura constitucional especializada es la erección de una sala constitucional, en el seno de la Corte Suprema, con facultades decisorias y con practica concentración de control de constitucionalidad, como ocurre en Costa Rica después de la reforma constitucional de 1989. Todos los recursos de hábeas corpus y amparos tramitan y deciden en tal sala, así como los conflictos de competencia entre poderes del Estado y las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenio o tratados y de otros proyectos de ley. El sistema de la sala constitucional decisoria y especializada dentro de la Corte Suprema ha tenido predicamento en Paraguay,(constitución de 1992, Art. 260), siendo corriente que tienda a monopolizar el control de inconstitucionalidad de las leyes, incluso de modo general.(Art. 183 Constitución de El Salvador).

- En una variable distinta, la Constitución de Malta estableció como uno de los tribunales superiores de esa República al tribunal Constitucional, al cual le toca expedirse sobre



”los recursos de apelación contra fallos del tribunal de jurisdicción originaria de Malta en cuanto a la interpretación de esta Constitución y que no sean incluidos en el Art. 47 de esta Constitución.”

Hay allí, entonces, un método de juzgamiento oficial ante la justicia competente ordinaria sobre la temática constitucional, conociendo el tribunal especializado (Tribunal Constitucional) en segunda instancia.

- En otros supuestos, coexiste un tribunal constitucional especializado junto con los tribunales ordinarios que también conocen y evalúan planteos concernientes a la inconstitucionalidad de normas. Esa cualidad está, por ejemplo, en la Constitución de Grecia, puesto que qué parte del Tribunal Especial Superior encargado de resolver “los litigios que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo”(Art. 100 inc. E, Constitución), todos los jueces deben implicar la ley inconstitucional.(Art. 93).

En Chile, según su Constitución de 1980, el control de constitucionalidad se opera por una doble vía: por un lado, la Corte Suprema de Justicia, órgano Judicial (en sentido estricto) que en los casos particulares sometidos a su decisión, en las materias que conozca o que le fueren sometidas por recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga, ante otro tribunal, “podrá declarar implacable para estos casos articulares todo precepto legal contrario a la Constitución (Art.80).”

La segunda vía de control es citado el Tribunal Constitucional, con atribuciones de control de constitucionalidad “preventivo y reparador”, que no se instrumenta con relación a procesos judiciales en sentido estricto (Art. 82 Constitución).

Perú cuenta con otro sistema mixto o dual, puesto que todo juez debe preferir la Constitución a una ley ordinaria (Art. 138 Constitución), pero también existe un Tribunal Constitucional, formado por siete miembros (designados por el Congreso, con los votos de los dos tercios del número legal de sus miembros) que conoce en acciones directas de inconstitucionalidad plateadas



por ciertos sujetos con efectos que procuran ser erga omnes. También entiende en última instancia contra las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, hábeas data, amparo y acción de cumplimiento, en los conflictos constitucionales de competencia.

En situaciones como las indicadas, es frecuente, pues que el efecto de la decisión del tribunal constitucional específico sea distinto al del fallo de la justicia común. El primero, a veces invalida erga omnes la norma inconstitucional, mientras que la justicia ordinaria solamente la inaplica al caso concreto; pero esta tendencia no constituye una constante inmutable (sobre los efectos del pronunciamiento de inconstitucionalidad). También se suscitan problemas en torno de la armonización de funciones entre la justicia constitucional “especializada” y la justicia constitucional “ordinaria”. En Chile, la Constitución que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema de Justicia no podrá declararlo implacable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia (Art. 83).

Nuestro país es con régimen mixto, cuya Constitución programa la Corte de Constitucionalidad (Art. 272, que entiende en recursos impuestos contra las leyes o disposiciones de carácter general viciadas de inconstitucionalidad.

Dentro de los sistemas mixtos, cabe destacar en Argentina el caso de la provincia de Tucumán, cuya constitución creó en 1990 el Tribunal Constitucional, compuesto de cinco miembros, designados por diez años. Sus miembros son nombrados por el gobernador, en cada caso de una nómina de no menos de tres y no más de diez candidatos, presentada por un órgano de selección compuesto por los jueces de la Corte Suprema Provincial y los de las cámaras de apelaciones (Art.183).



Entre sus competencias figura la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y7 ordenanzas, con carácter general; entender en las acciones que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Ejecutivo contra un Consejo deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubiesen presentado. El tribunal Constitucional fija un plazo para que los órganos morosos se expidan, vencido el cuál podrá autorizar la promulgación de la norma que se tratare. También conoce, por vía de recurso, del rechazo de los diplomas de los electos como miembros de la Legislatura o de los consejos deliberantes, y de las sanciones que estos cuerpos impusieren a personas de fuera de su seno. Decide igualmente en los conflictos de jurisdicción entre la Legislatura y el gobernador, o entre uno de tales poderes y un juez p tribunal de la provincia y un municipio, o municipios. Por último conoce los juicios contra el funcionario no sujeto a juicio político que viole las garantías de la Constitución, cuyo fin principal es la inhabilitación absoluta o temporaria del culpable.

En resumen, cuando el control de constitucionalidad es compartido en un tribunal constitucional (habitualmente órgano de extrapoder) y el Poder Judicial, la fórmula de coexistencia usual es asignar al primero el conocimiento de ciertas acciones de declaración de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad), para los que tienen legitimación activa sólo determinados sujetos, y con efectos erga omnes, mientras que la judicatura clásica opera en los demás procesos constitucionales y con efectos para el caso concreto. De haber diferencias de criterio entre el tribunal constitucional y la judicatura, generalmente prevalece el primero.

- Crítica a los sistemas judiciales y no judiciales. El rechazo de un régimen judicial del control de constitucionalidad de las normas puede explicarse por varios motivos. Interesa



anticipar que esa actitud se registra tanto en países de derecho capitalista como de raigambre marxista.

El cuestionamiento fundamental al Poder Judicial como órgano facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes citadas por el Parlamento, estriba en su presunta falta de legitimidad democrática. Mientras que el parlamento tienen origen comicial y sus miembros pueden resultar removidos por este (además de una tendencia cada vez más generalizada conduce a los magistrados judiciales a ser reclutados con escasa intervención de órganos legislativos mediante Consejos de la Magistratura y según sus regímenes de estabilidad permanente). En definitiva, un órgano muy representativo (como el Poder Judicial) y esto no parecía empalmar con un esquema legitimatorio democrático.

Sobre el tema se han vertido varios argumentos justificados dentro de una lógica democrática del control judicial de constitucionalidad. En tal sentido, diversos autores han apuntado que la judicatura está en contacto directo con el pueblo, desde el momento que sentencia según pretensiones concretas y reales provenientes de la comunidad, que al custodiar la legalidad y la constitucionalidad, adquiere representatividad política indirecta, al asegurar el mensaje depositado por la sociedad en la ley y en la constitución, que los jueces, como guardianes del proceso político democrático insertado en la Constitución, deben necesariamente estar de algún modo distantes en los apremios de la política cotidiana; y que su función lleva, precisamente, a asegurar la representatividad del sistema institucional. Desde otra perspectiva, Friedrich ha señalado también que la representatividad política de una Corte algunas veces es superior a la representatividad del Presidente o del Congreso, alternativa que efectivamente puede



darse si por “representatividad” se entiende el grado de adhesión que tienen una persona o un organismo en una sociedad política.

A lo dicho cabe añadir otras consideraciones. En primer lugar, si la Constitución programa una judicatura constitucional mediante un procedimiento concreto de selección y nombramiento (ej. El Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado; o mejor como en el caso italiano, a través del consejo de magistratura), es obvio que tal sistema tiene origen democrático, y por provenir de una Constitución democrática, por tanto, una cuota significativa de legitimidad democrática. Esto es muy evidente en la Constitución argentina, cuyo Art. 22 indica que el pueblo no gobierna sino por sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Tales autoridades, pese a su origen no comicial, resultan de todos modos autoridades de la Constitución democrática.

En segundo término, cabe apuntar que la legitimación democrática deriva no solamente de elecciones, sino también de otra pautas democrática de selección. Una versión más afinada y madura de la democracia contemporánea exige, por ejemplo, la implementación de regímenes de reclutamiento de jueces a través de etapas previas de formación y especialización, concursos y consejos de magistratura, conlleva una alta dosis de legitimidad democrática a los así nombrados.

En tercer lugar, la legitimidad democrática de la judicatura constitucional tampoco consiste exclusivamente en un problema de origen democrático de sus cuadros; o como di Bidart Campos, del modo de ejercer el poder. Esa conducta democrática obliga a los jueces contralores de la supremacía constitucional a dictar sus fallos como custodios de la constitución democrática que les toca tutelar, frente a las infracciones que pueden cometer los otros órganos del estado(o



tribunales inferiores), y con sentido de bien común, que no siempre coincide con la voluntad de la mayoría del momento. Dicho de otro modo, y modo, y como indicara la Corte Suprema de Iowa en “Hunter v. Ciolfax”, la Constitución protege al pueblo de los excesos de los gobernantes y de los excesos del propio pueblo, cosa que siempre conviene tener presente. Tal legitimidad de ejercicio de la magistratura constitucional –cuando cumple honestamente con su deber- confiere también una justificación democrática sustantiva a los elencos judiciales.

Por último, y vaya como cuando argumento, es del caso recordar que el régimen democrático- como cualquier otro- no siempre tiene que manifestarse en formas puras o absolutas, cuando estas perjudican la funcionalidad del sistema político. Por ejemplo, no puede ni debe pretenderse que todos los empleados, funcionarios y magistrados de un Estado democrático tengan convalidación electoral, ni que todos los habitantes pueden acceder a cualquier cargo. Grandes y vitales sectores de la administración estatal democrática (piénsese, por ejemplo, en el servicio diplomático, las fuerzas armadas y el ministerio público fiscal) se encuentran reservados con frecuencia a profesionales de distintas áreas, cuyo nombramiento, también a menudo, no se realiza por medio de elecciones. La implementación de las carreras diplomática, fiscal castrense o judicial es una real exigencia a cumplir si se quiere compatibilizar democracia con eficiencia, simbiosis necesaria desde el momento que la última es un recaudo para la persistencia y estabilidad de la primera. Por supuesto, la carrera judicial debe conformarse en una democracia con pautas democráticas de reclutamiento (ya hicimos alusión a los requisitos de igualdad de oportunidades y de selección por la idoneidad) y no con criterios discriminatorios intrínsecamente legítimos, o no legítimos para una democracia.



En resumen, el control de constitucionalidad mediante la judicatura constitucional de origen comicial tiene –bajo ciertas condiciones- legitimación dentro de un esquema democrático racional, realista y operativo. Pero a pesar de lo dicho, en diversos países el cuestionamiento antijudicialista en el tema que afrontamos de control constitucional.

- Estados Occidentales. Francia es el país que ha expuesto en caracteres más nítidos esta posición. Para comprenderla, se debe remontar que durante el antiguo régimen ciertos tribunales judiciales (los parlamentos) habían asumido tres facultades importantes, a saber. “registrar” (o no registrar) las ordenanzas reales, potestad que equivalía a impedir su promulgación, y por ende, a abortarlas, puesto que al no promulgarse no podía exigirse su cumplimiento; dictar resoluciones reglamentarias, que al decir de Hauriou eran verdaderas normas interpretativas de la ley; “requerimientos” a particulares y órganos estatales, destinados a hacer obedecer o eximir el cumplimiento de la ley. Al producirse la Revolución Francesa, una aureola de tradición y conservadurismo envolvía a los organismos judiciales, a quienes se los reputaba opuestos a las mismas reformas patrocinadas por el Rey, y por supuesto, enemigos potenciales del cambio mucho más profundo que derivarían de la Revolución. Este último movimiento se propuso “exaltar la ley y el abatir al juez”, haciendo concluir bruscamente las facultades judiciales mencionadas, que significaban - para muchos - un ultraje a la división de poderes: se entendía, al respecto, que el juez interprete o el juez-control del legislador recortaba las facultades de éste y asumía de hecho, competencias legislativas.

Diversas normas implementaron las nuevas ideas. La ley del 16-24 de agosto de 1970 dispuso que los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente ninguna parte en el ejercicio del Poder Legislativo ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo,



sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación. La Constitución de 1791 repitió esa directriz. Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes. La interpretación de las leyes dudosas fue reservada incluso al propio legislador, mediante un recurso específico: el référé législatif. Las “resoluciones reglamentarias” quedaron finalmente prohibidos por el Art. 5 del Código Civil y los requerimientos siguieron a poco la misma suerte.

- Países socialistas marxistas. Los fundamentos de la repulsa al control judicial de la constitucionalidad de las normas, tienen aquí otra argumentación. Es parte del supuesto de que la máxima autoridad en el estado radica en el Parlamento, y que la tesis del fraccionamiento de los poderes resulta relativa: el principio de la división de los poderes tiene para nosotros (escribía Stucka e Pravda, en enero de 1918) como par ala vida real, el valor solamente de un principio de división técnica del trabajo. El poder, y este caso el poder soviético, debe naturalmente de un poder unitario, que incluye el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y por ultimo, el Poder Judicial. Estamos a favor de la plena soberanía del pueblo, pero en nuestra república la soberanía popular actúa solo en los soviets de diputados de los obreros, de los soldados y de los campesinos.

La doctrina del centralismo democrático tiende a afirmar que el parlamento es el portador de la soberanía nacional, y que a el mismo compete el control constitucional del cumplimiento de la legalidad socialista. Paralelamente, otro de los supuestos de la democracia socialista marxista es la “combinación, en los órganos de poder, de la facultad de establecer normas y de la facultad dispositiva y ejecutiva”, motivo por el cuál el Poder Legislativo, además de dictar la ley, controla su cumplimiento y vigila la efectividad de su aplicación.



Por último, cabe alertar que el sistema de tribunales constitucionales especializados – de moda en occidente – es criticado de vez en cuando por la literatura jurídica soviética. Por ejemplo, dice Alexandrov, “se oye afirmar que la Republica Federal Alemana es un Estado de derecho porque en él actúa un tribunal Constitucional que defiende la ley. Pero se evita cuidadosamente la cuestión de cómo actúa y de que interés defiende este tribunal”.

La doctrina “antijurídica” de control de constitucionalidad propone entonces otras alternativas de órganos de control. Citaremos las variantes principales formuladas en ese orden de ideas.

- Control parlamentario. Subtipos. Es del caso comenzar con los regimenes “parlamentaristas” de control de constitucionalidad. Entre ellos median algunos matices diferenciales.

- Sistema parlamentario estricto. Este se presenta cuando el propio Poder Legislativo asume la tarea de control de constitucionalidad de sus mismas leyes (“auto control”), y de las normas dictadas por entes legisferantes inferiores. Por ejemplo, la Constitución de Bulgaria de 1971 dispuso que la Asamblea Nacional (“único órgano legislativo de la Republica” según Art. 77), “ejercerá la suprema vigilancia sobre la observancia de la Constitución y de las leyes” La Constitución de la República Popular de China, de 1954 indicaba asimismo que a la Asamblea Popular Nacional de China, de 1954, indicaba asimismo que la Asamblea Popular Nacional le tocaba “controlar la aplicación de la Constitución”(Art. 27 inc. 3).

La actual Constitución de Cuba sigue encomendando la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones generales, a la Asamblea Nacional del Poder Popular (Art. 75, inc. c).



Cabe recordar también que en Ecuador, amas del control de constitucionalidad que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Poder Judicial, e Congreso Nacional interpreta de modo generalmente obligatorio la Constitución.

- Sistema parlamentario y de comisión parlamentaria delegada. En la mayoría de los países socialista marxistas, el control de constitucionalidad es confiado a una dependencia del Poder Legislativo, o se ejerce por el mismo Poder Legislativo, pero con el asesoramiento de esa repartición subordinada.

Así, el Art. 121, inc. 4 de la Constitución de la URSS de 1977, disponía que compete al Presidium del Soviet Supremo de tal país (electo por dicho Soviet Supremo entre sus miembros Art. 120) controlar la observancia de la Constitución de la URSS y asegurar la correspondencia de las Constituciones y las leyes de las republicas federadas con la Constitución y las leyes de la URSS. El Art. 89 inc 3, de la Constitución de la Republica Democrática Alemana de 1968-1974 señalaba, por su parte, que no habrá una disposición oponerse a la Constitución. En caso de duda sobre la constitución de cualesquiera normas

jurídicas resolverá a la Cámara del Pueblo; pero según el Art. 74 “el Consejo de Estado(que era un órgano de la Cámara del Pueblo, Art.66) ejercía, por mandato de la Cámara del Pueblo, la supervisión permanente de la constitucionalidad y legalidad del tribunal Supremo y de la Fiscalía General.

- Sistema parlamentario y de fiscalia general. En otra actitud, la función de control de inconstitucionalidad es compartida entre el Parlamento y el Ministerio Público. Así la Constitución de Albania de 1976 dispuso que la Asamblea del Pueblo tiene atribución de aprobar y enmendar la Constitución pronunciarse sobre la conformidad de la leyes con la Constitución i interpretar las leyes” (Art. 66), a la par que “el fiscal general expondrá ante la Asamblea del



Pueblo y ante el Presidium de ella los casos en que las leyes y decreto son concuerden con la Constitución” (Art. 109).

- Control ejecutivo. El derecho comparado brinda ocasionalmente casos de vigilancia constitucional centralizada en el Poder Ejecutivo. En tal orientación cabe citar al jefe de Estado de la Ley Orgánica del Estado de España (1966), quien desempeñaba tal cometido mediante el “recurso de contrafuero”.

El sistema indicado era entendido oficialmente “con el mismo significado que tiene el recurso de inconstitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, y calificaba como “contrafuero” a “todo acto legislativo y disposición general del Gobierno que vulnere los principios del movimiento nacional o de las demás leyes fundamentales del reino”(Art.59 ley orgánica).

El recurso en cuestión se entabla ante el Consejo del Reino, pero resolvía definiría el jefe de Estado (Art. 61 y 62). El consejo del reino debía solicitar a una ponencia presidida por Un Presidente de Sala del tribunal Suprema de Justicia e integrada por un consejero nacional, un consejero permanente de estado, un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia y un procurador en Cortes (Art. 62). También se indicaba (aparte del mentado recurso de contrafuero) que si la Comisión de las cortes advertía la vulneración de los principios del movimiento o demás leyes fundamentales en un proyecto proposición de ley, debía exponer su parecer para que la comisión interna de las Cortes que hubiese dictaminado por le proyecto de ley, lo sometiera a un nuevo estudio. Otro mecanismo preventivo, con relación a las leyes sometibles a referéndum, tenia lugar por parte del jefe de Estado, quien podía requerir dictamen del Consejo Nacional, en el sentido de



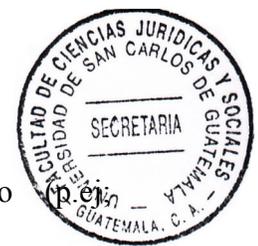
si el proyecto de ley daba lugar o no al recurso de contrafuero. Una ley promulgaba referéndum mediante, no podía ser objeto de recurso de contrafuero (Art. 65).

El régimen del contrafuero fue calificado por Sevilla Andrés como excelente innovación, en sus rasgos principales, aclarando que combinada los ingredientes propios del sistema de caudillaje entonces vigente en España, con los roles propios de un poder moderador que también se encomendaban en aldina mediada al jefe de Estado. Por los demás, decía que encomendar el pronunciamiento político “siempre ha de parecer loable y progresivo”, siguiendo los lineamientos de Loewenstein.

En cambio, Fix Zamudio, luego de calificar como “alambicado” al procedimiento de contrafuero, comprobaba que al fin de cuentas juzgaba en el órgano máximo que ya había en el proceso legisferante (el jefe de Estado). Se trataba, pues de un mecanismo de “autocontrol” de constitucionalidad, que no parece adecuado.

- Control por el Electorado. La vigilancia de la supremacía constitucional por parte del cuerpo electoral ha tenido reopción en el Estado de Colorado (Estado Unidos de América), cuya Constitución programo lo siguiente: el 5% de los inscriptos en los comicios ha tenido la facultad de reclamar que se someta a referéndum la ley que el tribunal Superior del Estado hay declarado inconstitucional. Tal régimen, intitulado apelación popular de sentencias, fue auspiciado por Roosevelt en su campaña presidencial del año 1912, pero no logró mayor predicamento.

El sistema que se analiza puede ser definido, como apunta Vassoni, como el mas democrático, puesto que es el cuerpo electoral quien decide en definitiva sobre la constitucionalidad de una



norma. Además, recuerda el federalista, de haber un conflicto entre los poderes del Estado (entre el Legislativo y el Judicial) sobre la concordancia de una norma de la Constitución, nada mejor -aparentemente- que acudir al pueblo (fuente final de la autoridad política republicana) para que resuelva la cuestión.

Sin embargo, las mismas páginas del federalista desechan esa hipótesis de control popular de constitucionalidad, y con diversos argumentos. Si se llamase al pueblo cada vez que se discute la constitucionalidad de una ley, se privaría de estabilidad y respeto al gobierno, puesto así en tela de juicio con respectiva frecuencia. Simultáneamente, el peligro de alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas, constituye una objeción todavía mas seria contra la practica de someter frecuentemente las cuestiones constitucionales a la decisión de toda la sociedad. Del mismo modo, continúa, los veredictos comiciales en materia de constitucionalidad rara vez responderían al propósito de mantener el equilibrio constitucional del gobierno: y no seria la razón, si no las pasiones públicas quienes juzgarían. A la postre –concluye-, seria el Poder Legislativo (un cuerpo numeroso, con múltiples compromisos partidarios y electorales, mucho más ligado a los sufragantes que el Poder Judicial) quien saldría ganancioso con el régimen popular de sentencias. En resumen, dicho sistema seria sano y viable si una inteligencia lustrada presidiese los razonamientos de la multitud; pero una nación de filósofos es tan poco probable –sigue diciendo- como la raza de reyes filósofos anhela por Platón. Y en toda nación que no sea ésta, el gobierno más racional no encontrará superflua la ventaja de tener de su lado los prejuicios de la comunidad.

Las demoledoras consideraciones de Hamilton o de Madison (no se sabe con certeza cuál de ellos escribió ese capitulo XLIX de El federalista) tienen todavía cruda vigencia. El control de



supremacía constitucional (una tare aiusperitos) poco se asegura, en verdad, con el procedimiento de apelación popular e sentencias. Se puede mostrar, eso si cuál es el deseo del electorado sobre la cuestión debatida; pero ello no importa, necesariamente, que tal deseo sea el mensaje de la Constitución. En el régimen de apelación popular de sentencias conduce a otorgar al electorado poderes de convención constituyente, en la temática en que es consultado.

Otra viña de control popular de la constitucionalidad de las leyes se presenta cuando el cuerpo electoral está constitucionalmente autorizado para presentar proyecto de derogación de leyes (iniciativa popular), por ejemplo, por razones de inconstitucionalidad, y después el pueblo puede ser convocado (por el Congreso u otro órgano del estado, según lo casos) para decidir sobre la subsistencia o derogación de la ley objetada (“sanción popular”, mediante una consulta popular vinculante, vale decir, por suerte de referéndum, de la ley abolicionista de la norma reputada inconstitucional). Esa posibilidad está permitida en cierto modo por los arts. 39 y 40 de la Constitución argentina.

- Control por órganos “sui generis”. En ciertos casos el control de constitucionalidad pertenece a organismo que, sin fisonomía judicial, tampoco pueden situarse en la órbita de los otro poderes (Legislativo y Ejecutivo). Pueden comprenderse en esta categoría los cuerpos de revisión constitucional de Portugal, Irán y Francia.

- Portugal. Consejo de la Revolución. La constitución portuguesa de 1976 planifico un “Consejo de la Revolución”, como Consejo del Presidente de la Republica y garante del funcionamiento regular de los instituciones democráticas..., garante de la observancia de la constitución y de la fidelidad al espíritu de la Revolución portuguesa del 25 de abril de 1974 y de



órgano político y legislativo en materia militar (Art. 142). Compuesto por el Presidente de la Republica, el jefe y vicesjefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, jefes del estado Mayor de los tres ejércitos de las Fuerzas Armadas, al primer ministro (cuando era militar) y catorce oficiales (ocho del Ejercito, tres de la Constitución y en su condición de garante de la observancia de la Constitución, pronunciarse pro iniciativa propia o a instancias del Presidente del la Republica siempre la constitucionalidad de cualquier texto de ley, antes de ser promulgado p firmado; formular recomendaciones para velar por la adopción de las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales, y apreciar la constitucionalidad de cualesquiera textos ya publicados y declarar la inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general.

El control preventivo por parte del Consejo de la Revolución, obligaba al Presidente de la Republica a ejercer el veto (Art. 278). Para el control reparador o posterior, el Consejo contó con el asesoramiento de una Comisión Constitucional, integrada por un miembro del consejo de la revolución, cuatro jueces, cuatro ciudadanos de meritos reconocidos (uno designado por el Presidente de la Republica, otro, por la Asamblea de la Republica; y los otros dos, por el dicho Consejo).

Esa Comisión Constitucional emitía dictámenes en los casos de control preventivo, en los supuestos de violación de normas constitucionales por omisión legislativa, y en las hipótesis de normas como leyes, decretos leyes y reglamentos, consideradas inconstitucionales por los tribunales judiciales. De darse esta ultima alternativa, la cuestión de inconstitucionalidad podía ser tratada por la Comisión Constitucional merced a un recurso especial (Art. 282, Constitución). Si la Comisión declaraba tres veces inconstitucional a la norma objetada, o en uno solo si se



trataba de inconstitucionalidad orgánica o formal, el Consejo de la Revolución podía declarar con carácter obligatorio general la inconstitucional de esa norma (Art. 281).

Pero por aparte de lo dicho, el Consejo de la revolución estaba facultada para pronunciar (previo dictamen de la Comisión Constitucional) las inconstitucionalidad de cualquier norma, cuando hubiera solicitud del Presidente de la republica, del Presidente de la Asamblea, del primer ministro, del procurador de Justicia, del fiscal general de la Republica o en ciertos casos, de las asambleas de regiones autónomas, (Art. 281, inc. 1 Constitución).

El sistema portugués de la Constitución de 1976, sobre el control de constitucionalidad ha sido calificado como “complejo”, puesto que en el intervenían la judicatura, la Comisión Constitucional y el Consejo de la Revolución, con múltiples alternativas. Pero a la postre, importo un notorio control castrense de la normatividad infraconstitucional, dada la composición del mencionado Consejo de la Revolución, y configuro de tal modo, un organismo peculiar sui generis, de vigilancia constitucional.

A comienzo de la década de 1980, una reforma constitucional portuguesa abolió al citado Consejo de la Revolución, e implemento un Tribunal Constitucional.

- Irán. Consejo de los Custodios o de Supervisores. Este organismo, según la Constitución persa de 1979, está compuesto por doce personas: seis teólogos y canonistas, justos y sabios, nombrados por el líder o guía o por el consejo de liderazgo, y seis juristas musulmanes versados en diferentes ramas del derecho, presentados por el Consejo de la Magistratura y nombrados por el Majlis (parlamento). La misión de ese Consejo es mantener los credos y preceptos del Islam y el derecho constitucional, con el objeto de que las resoluciones del Parlamento no sean contrarias a ellos (Art. 91). El majlis no puede actuar sin tal Consejo de



Custodios, excepto para aprobar las credenciales de los representantes y contribuir a elegir los seis juristas de dicho Consejo (Art. 93, Constitución).

Todas las normas dictadas por el Majlis deben ser sometidas al Consejo de Custodios para su examen, quien debe resolver (control preventivo) si ellas se someten o no a los principios del Islam o del derecho constitucional iraní. De haber oposición del consejo, las iniciativas de ley se devuelven al Majlis para su reconsideración (Art. 94). Dentro del Consejo de Custodios, hay normas constitucionales particulares que disciplinan el régimen de sus decisiones. Así el Consejo interpreta la Constitución, y esa interpretación deber ser aprobada por las tres cuartas partes de los miembros del consejo (Art. 98). Respecto de los proyectos de ley de Majlis, los teólogos y canonistas del Consejo deben decidir por la mayoría de sus votos so la norma elaborada se concilia con los principios del Islam. Si el dictamen refiere a la constitucionalidad del proyecto, el tema debe ser decidido por la mayoría de todos los miembros del Consejo (Art. 96).

Interesa subrayar que le control “teológico” es monopolizado por los canonistas y teólogos del “Consejo de Custodios”, mientras que en el control de “derecho constitucional” propiamente dicho participan todos los integrantes del Consejo. Además, el consejo de referencia cuenta - según la normas constitucionales- con importantes facultades para bloquear el tramite legisferante de una norma reputada por el inconstitucional o violatoria de los principios islámicos, conforme se ha apuntado.

De composición mixta (juristas, teólogos y canonistas), el “Consejo de Custodios” o “de supervisores”, esta contemplado en la Constitución iraní en el capitulo conciénete al Parlamento (Majlis), pero cabe advertir que el Consejo se convierte, finalmente, en un órgano de control de



Parlamento, y no sometido a éste. Es a todas luces una muestra de sui generis de control de constitucionalidad, propio del singular régimen teocrático-republicano adoptado en tal país.

- Francia. Consejo Constitucional. Es posible detectar, comenta Loewenstein, una constante “tradición francesa” reacia a admitir el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Esa tradición (cimentada, según se dijo en el s 20, d, 1, en un “mal recuerdo” de la judicatura del ansien régimen y en una visión algo sacral del principio de división de los poderes) hizo rebotar, durante casi dos centurias, cualquier iniciativa destinada a conferir a los tribunales judiciales una jurisdicción constitucional. Durante el presente siglo, la “tradición francesa” fue reciamente sostenida por sectores de centro-izquierda e izquierda, bajo el argumento de que un control judicial del tipo que apuntamos, “evidencia el indudable peligro del gobierno de los jueces, implacables adversarios de las leyes y de las organizaciones obrera y sostén de los grandes trúas capitalistas.

En Francia, no han faltado iniciativas que imaginaron algunos órganos de vigilancia constitucional no judiciales. Al respecto, es obligado recordar la propuesta de Sieyes de un “Jurado Constitucional”, que se refleja después en el “senado Conservador” de Napoleón I (Art. 21, Constitución del año VIII, 1799) y mas tarde en el Senado de la Constitución de 1852 (Art. 20, inc. 1).

Ya en el siglo XX, Carré de Malberg, en un por conciliar la tesis del no control judicial de la constitucionalidad de la leyes y, al mismo tiempo, de impedir los desbordes del Parlamento, conjeturó ora alternativa: un “Consejo Político”, el cual de entender que una norma era inconstitucional, debía provocar un referéndum donde el electorado diese la última palabra. La



Constitución de 1946 programó, a su turno, un “Comité Constitucional” que bajo formulas híbridas, mixtas y mixtificadas (como bien dice Jiménez de Parga), era un ente encargado de examinar “si las leyes votadas por la Asamblea Nacional suponen una reforma de la Constitución”. La Constitución de 1958, por último, estructura al “Consejo Constitucional”, “un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de ambigüedad”, con funciones pero de origen no judicial.

Califica Jiménez de Parga al Consejo Constitucional de “pieza de contención política”, opinando que su integración (se forma con el exPresidentes de la Republica y nueve miembros más: tres designados por el Presidente de Francia, quien nombra al Presidente del Consejo; tres por el Presidente de la Asamblea Nacional; y tres pro el Presidente del senado), motiva una tónica conservadora en su gestión. Duverger, a su turno, cuestiono la autonomía del instituto, reputándolo muy vinculado al Poder Ejecutivo. En los hechos, tales presagios han tenido alguna confirmación; pero aun así la actuación del Consejo Constitucional no es negativa, siendo un resorte valioso en la tutela de los derechos humanos.

Las funciones del Consejo Constitucional son de control preventivo (obligatorio) de la constitucionalidad de las leyes orgánicas de la Nación u de los reglamentos de las asambleas parlamentarias (Art. 61, Constitución de 1958). Con el mismo fin podrán ser sometidas al Consejo de las demás leyes antes de su promulgación, por parte del Presidente de la Republica, el primer ministro o los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores (Art. 61 según al reforma constitucional de 1974).



Por las leyes sometidas a referéndum están exentas del control de constitucionalidad por el Consejo. Este ha dicho que por emanar esas leyes directamente de la voluntad soberana nacional, no son corregibles por un órgano estatal.

Por su peculiar integración y operatividad, parece aconsejable encasillar al Consejo Constitucional francés dentro de los órganos sui generis de inspección constitucional.

- Ecuador. Tribunal de garantías constitucionales. Este organismo de factura singular y con ingredientes corporativos, ha sufrido algunos avatares institucionales. Según el texto constitucional vigente en 1998, se forma con nueve vocales designados por el Congreso, de la siguiente manera: dos de ternas enviadas por la Corte Suprema, que sean ajenos a su seno; uno de la terna enviada por las municipalidades y de los prefectos provinciales; uno de la terna enviada por la central de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional legalmente reconocidas, y uno de la terna enviada por las Cámaras de Producción legalmente reconocidas. Duran cuatro años y pueden ser reelegidos (Art. 275).

Compete al Tribunal Constitucional conocer y resolver en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas; sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública; de los recursos contra resoluciones que denieguen los recursos garantizados por la constitución en materia de habeas corpus, hábeas data y amparo, de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Poder Ejecutivo, etc. (Art. 276). La declaratoria de inconstitucionalidad se publica en el Boletín Oficial y desde entonces la disposición o el acto quedan sin efecto (Art. 278).



Lo dicho no impide que en las causas concretas en que decidieren, cualquier juez o tribunal puedan declarar implacable a una norma, por reputarla inconstitucional, aunque deben informar al Tribunal Constitucional, para que este decida con carácter general (Art. 274).

- Concurrencia de órganos. Corresponde asimismo reiterar que a menudo el control de constitucionalidad no corre a cargo de un tipo de órgano sino de varios.

Esa gestión concurrente ya la vimos (con la conjunción de la revolución en Portugal). En Francia, si bien la revisión de constitucionalidad compete al Consejo Constitucional, también al Consejo de Estado y la Corte de Casación (esta, a raíz judicial) han pronunciado fallos que se refieren, de algún modo a la tutela de la supremacía constitucional. Igualmente, en Italia, la Corte Constitucional asume el control constitucional por excelencia, pero la Corte de Casación y el Consejo de Estado han atendido asuntos que conciernen a la protección de derechos humanos reconocidos por la Constitución, y relativos a la supremacía de ésta. En Grecia, según se apuntó, la vigilancia constitucional recae en los tribunales comunes (Art. 93 inc. 4, Constitución de 1975), y en el tribunal Especial Superior (Art. 100).

Por eso se puede hablar de diferentes tipos de de órganos controles. Algunas veces confluyen órganos judiciales con otros con “fisonomía judicial; en otros órganos judiciales (o con fisonomía judicial) y órganos sui generis o insertado sen un poder no judicial.

- Control nacional y supranacional. Naturalmente, cuando se habla de control de constitucionalidad se esta suponiendo que esa revisión operada por órganos (judiciales o no) del propio Estado en cuestión.



Sin embargo, a ese control nacional de constitucionalidad, puede entenderse que se ha agregado otro, de corte supranacional, a cargo de una justicia constitucional supranacional (como la llama Cappelletti), e instrumentando a su vez por un “derecho procesal transnacional” (según la expresión utilizada por Hitters).

En concreto, cabe observar que la implementación de una jurisdicción de tipo supraestatal (p.ej. a través del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana de Derechos Humanos; y antes por los Tratados de Roma y Bruselas, que regulan respectivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte de Justicia Europea) ha hecho nacer el interrogante de un control transnacional o supraestatal de la constitucionalidad de normas y actos de un estado local.

En principio, puede apuntarse que esos organismo jurisdiccionales supranacionales tienen por misión tutelar al derecho comunitario (así la aludida Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; o en el caso europeo, la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales), y no a la Constitución de cada uno de los estados locales que crearon el aludido derecho comunitario. Sin embargo, es evidente que muchos derechos reconocidos en cada Constitución local, son repetidos ahora en las normas de derecho comunitario; y que el tribunal transnacional de la última palabra en los casos sometidos a su decisión, respecto de tales derechos. De tal modo, se da una situación curiosa: la Constitución del Estado local cuenta con sus interpretes “finales” nacionales; pero en ciertos rubros (en particular derechos humanos), quien emitirá el ultimo criterio de darse los pasos procedimentales pertinentes- será el tribunal supranacional, quien por eso se convierte en sujeto control (ultimo)



del derecho de garantía constitucional estatal simultáneamente enunciado en el derecho regional o comunitario.

Además a esos organismo judiciales supranacionales a menudo les tocará evaluar la validez de las normas de derecho local (incluida la Constitución) opuestas al derecho comunitario.

Sabido es que varias Constituciones contemporáneas prevén el traspasos de competencias estatales a entes supranacionales (por ejemplo, enmienda constitucional de 1968 en Costa Rica; los ejemplos europeos son mas abundantes), o admite la existencia de un orden jurídico supranacional (constitución del paraguay Art. 145), con lo que tal transferencia de atribuciones jurisdiccionales resulta en principio perfectamente constitucional. En otros casos, por el contrario, la Constitución guarda silencio sobre el punto, laguna que provoca interesantes disputas sobre la constitucionalidad de tal endoso de facultades.

Cuando la Constitución nada dice sobre la integración y la transferencia de competencias a entes supranacionales, hay una laguna constitucional muchas veces tipo “histórico”; eso pasa cuando el legislador constituyente no pudo contemplar, en razón de la época en que se dicto la Constitución, el fenómeno integrativo tal como actualmente conocemos.

Si hay “laguna”, y el interprete debe cubrirla, cabe tener presente que esta tutela de los derechos humano ha dejado de ser cuestión propia de los fines de los Estados nacionales, para interesar a la comunidad internacional (el tema, del bien común nacional, se ha traspasado al bien común internacional). La idea de bien común internacional ha provocado, igualmente, la necesidad de erigir autoridades transnacionales, como son los tribunales supranacionales. Todo ello conduce a



admitir -por vía de integración de la norma constitucional ausente- la constitucionalidad de esos organismos.

Como breve muestra de una tutela supranacional de control de constitucionalidad, puede cotarse el esquema previsto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, o Pacto de San José Costa Rica, vigente en Argentina por la ley 23.054. El Pacto contempla dos entes principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La comisión tiene roles culturales (estimular la conciencia de los derechos humanos), consultivos (evacuar dictámenes solicitados como asesoramiento por los estados miembros), y de control (formular recomendaciones cuando las estimen convenientes; requerir informes a los estado sobre las medidas que adopten en materia de tales derechos). A tales efectos, ejerce funciones instructoras, de prevención y de conciliación.

Para la articulación de pretensiones o comunicaciones ante la Comisión se exige el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna de cada Estado, y que se planteen dentro del término de seis meses a partir de la fecha en que el lesionado fue notificado de la resolución definitiva en sede nacional. Tales recaudos no se demandan si en esta no existe el debido proceso legal, o se ha impedido al interesado ejercerlo, o si hay retardo injustificado en le decisión de los recurso nacionales.

Presentada una petición o comunicación ante la Comisión, y si fuere admisible formalmente, ella requiere informe al Estado afectado, luego de lo cual podrá disponer el archivo, o una



investigación, finiquitando lo cual se podrá disposición de las partes para lograr una solución amistosa. De no arribarse a ella redactará un informe con las conclusiones del caso, exponiendo sus proposiciones y recomendaciones. Si ellas no son satisfechas en el plazo de tres meses, el Pacto prevé un trámite, concluido el cual podrá llevar la Comisión (o el Estado del caso) el asunto ante la Corte Interamericana De Derechos Humanos.

La Corte tiene papeles consultivos, en materia de interpretación del tratado, y también jurisdiccionales. En estos, se expide según las presentaciones que hagan los estados miembros o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por tanto, no cabe la promoción directa de asuntos por ante ella, de los particulares afectados. El transito preliminar ante la Comisión es, pues necesario al respecto.

Antes de resolver en definitiva, al Corte puede tomar medidas cautelares. Al decidir sobre el fondo del asunto, si considera que hubo violación a un derecho humano reconocido por el Pacto, depondrá que se le garantice le mismo, y que se reparen las consecuencias de la medida lesiva, a más de una “justa indemnización”, si correspondiere.

La sentencia de la Corte es “definitiva e inapelable”, a tenor del Atr. 67 de Pacto; los Estados, se comprometen a cumplirla. La parte resolutive referente a la indemnización compensatoria será ejecutada en el respectivo país “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Si el fallo no se acta, la Corte señala el incumplimiento y formula las recomendaciones pertinentes en el informe anual que eleva a la Organización de los Estados Americanos.



La naturaleza de acción ejercitable ante la Corte ha sido calificada por Gros Espiell como de procedimiento sui generis, de índole jurisdiccional, aunque sometido al previo funcionamiento de la Comisión. En concreto, estima que no un recurso de tipo jerárquico, un una apelación, casación o anulación. Vescovi la divisa como una acción impugnativa contra un acto del Estado. Por lo demás y como el particular no puede litigar directamente ante la Corte, sino que lo hace la Comisión por él (siendo la Comisión quien tiene legitimación activa sobre el Punto), detecta allí un caso de sustitución procesal en donde la Comisión actúa por derecho propio, pero en interés ajeno.

- Órganos de Control. En razón de la composición de los órganos de control de constitucionalidad, pueden ellos fraccionarse en órganos letrados (cuando se integran con juristas o egresados de disciplinas afines), legos (cuando nos e requiere titulo profesional de los indicados) y mixtos (cuando una parte de sus miembros deben ser letrados, y los otros no tienen que reunir esa cualidad).

- Letrados. Ejemplo de órgano letrado de control de constitucionalidad es el tribunal Constitucional de España, puesto que todos sus miembros “deberán ser nombrados entre magistrado y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todo ellos juristas de reconocida competencia con mas de quince años de ejercicio profesional” (Art. 159, Constitución de 1978). Del mismo modo, en el Tribunal Constitucional Austriaco, “el Presidente, el vicePresidente y los demás miembros y suplentes deberán tener terminados los estudios derecho y de ciencias políticas y haber ejercido durante por lo menos diez años una profesión o cargo profesional para la que exija la terminación de dichos estudios”(Art. 147, inc. 3, Constitución).



En otros antecedentes de órganos de control letrado, cabe mencionar el Tribunal Constitucional Supremo de Chile, ya que a tenor del Art. 133, inciso. 5, de la Constitución de 1960, sus integrantes diván ser “nombrados entre juristas de alto nivel profesional y moral”; el anterior Tribunal Constitucional de la Republica Socialista de Checoslovaquia, para ingresar al cual resultaba necesario ser “ciudadano que sea elegible como diputado a la Asamblea Federal y tenga 35 años de edad cumplidos, con formación jurídica de titulo superior y diez años por lo menos, de actividad en el ejercicio de una profesión jurídica” (Art. 94, inc. 2, ley constitucional de 1968); y la Corte Constitucional italiana, cuyos jueces “serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedráticos titulares de universidad en disciplinas jurídicas y loa abogados con veinte años de ejercicio” (Art. 135, ley constitucional de 1967).

- Legos. Los órganos legos de control de constitucionalidad no son, en verdad difíciles de encontrar en el derecho comparado.

Cabe alertar, en primer término, que en un sistema judicial difuso control de constitucionalidad, esto es, un régimen donde cualquier juez pueda pronunciar la inconstitucionalidad de una norma (por ejemplo, la Argentina), un juez lego (no letrado) estaría entonces también habilitando para asumir el rol de vigilancia constitucional (aunque, de hecho los entes de nominación pidan casi siempre tales diplomas). Tal es el caos de los Estados Unidos de América (Art. 3 sec. I, Constitución).

Por último, cuando el control de constitucionalidad es ejercido por el Poder Ejecutivo, o por el Parlamento, tales órganos no exigen diploma jurídico a sus integrantes. Tampoco se demandaba



tal título a los miembros del Consejo de la Revolución portugués que, fuera del Presidente de la República, eran militares (Art. 143, Constitución de 1976).

- Mixtos: De vez en cuando, la normatividad constitucional dispone la programación de órganos mixtos (con letrado y legos) encargados de la vigilancia constitucional. Hemos visto, tal sentido, (Art. 91 de la Constitución Iraní del 1979), que cubre al “Consejo de los Custodios” con seis teólogos y canonistas y seis juristas, mientras que el Tribunal de Estado de Leichtenstein “estará compuesto por un Presidente y cuatro vocales”. Sus componentes serán elegidos por la Dieta de tal modo que el Tribunal quede mayoritariamente constituido por ciudadanos nativos de Leichtenstein y que dos de los miembros sean versados en derecho” (Art. 105, Constitución de 1921).

Finalmente, y con relación a ciertas condiciones que deben reunir los vocales de los órganos de control de constitucionalidad (letrado o no), son de subrayar algunas peculiaridades. Así, al anterior Constitución del Perú de 1979 exigía para integrar el tribunal de Garantías Constitucionales, además de las calidades para ser vocal de la Corte Suprema, contar con “probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos” (Art. 297). La Constitución de Chipre de 1960, al diagramar el entonces Tribunal Constitucional Supremo, lo integraba con un griego, un turco, y “un magistrado neutral”. Este “no podrá ser ciudadano de la República de Chipre o del reino de Grecia o de la República de Turquía ni del Reino Unido y las colonias” (Art. 133, inciso. 1 y 3), inhabilitación que se explicaba por la singular fisonomía binacional de la isla de Chipre, y la necesidad de encontrar un magistrado imparcial, al respecto, en el Tribunal mencionado.



- Órganos permanentes y órganos “Ad Hoc”. La mayoría de los organismos encargados de velar por la supremacía de la constitución tienen carácter estable (o sea, que funcionan permanentemente, aunque hay periodos de receso, como las ferias judiciales o los tramos de suspensión de la actividad parlamentaria).

Pero alguna vez se ha previsto algún órgano de control constitucional de composición especial, para cada caso en que se articule la acción de inconstitucionalidad. Tal era la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, compuesta, según la anterior Constitución, por doce miembros, a saber: el Presidente y cuatro jueces de la Corte Suprema de Justicia, nombrados por ésta; y los restantes, por sorteo que practicaba la misma Corte Suprema entre los jueces del Corte de Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso administrativo. La Corte de Constitucionalidad debía constituirse dentro de los cinco días de planteado el recurso de inconstitucionalidad y se integraba, explica Fix Zamudio, en cada ocasión en que se hacía valer tal recurso.

La nueva Constitución (1985) mantuvo la “Corte de Constitucionalidad” pero con carácter permanente y magistrados nombrados por periodos de cinco años (Arts. 268 y 269).

2.4 En función del Procedimiento de control.

El trámite del proceso de control puede dar lugar a modalidades bien disímiles. Detectamos aquí cuatro áreas de sistematización: según el momento, el modo de articularlo, la forma de diligenciarlo y los sujetos que están autorizados a promoverlo.



- Según el Momento. Con relación al tiempo en que puede impugnarse por inconstitucional una norma, es factible distinguir tres variantes:

- Preventivo: El Control preventivo de constitucionalidad de las normas tiende a eliminarlas antes que ellas se promulgasen. Dentro de esa clase de control se ubican, por ejemplo, Irán (Art. 94, Constitución de 1979: objetado el proyecto de ley por el Consejo de Custodios, vuelve al Majlis para su reconsideración) o Francia (donde “no podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada inconstitucional” por el Consejo Constitucional: Art. 62, Constitución de 1958).

- Reparador: Por su parte, el control reparador de las normas inconstitucionales neutraliza los efectos de ellas después de promulgadas, sea para el caso concreto sometido a decisión, o con efectos generales derogatorios.

El sistema reparador es el propio del régimen estadounidense y del argentino, del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania (Art. 93, Constitución), del Tribunal Constitucional austriaco (Art. 140, Constitución de 1920), del Tribunal Constitucional español (Art. 161 Constitución de 1978), del Tribunal Constitucional de Turquía (Art. 147, Constitución según la reforma de 1971).

- El control mixto se presenta cuando por razones de inconstitucionalidad una norma puede ser cuestionada antes o después de su promulgación. Por ejemplo, el art. 26 del a Constitución de Irlanda dispone que el “Presidente de la República podrá, previa consulta con el Consejo de Estado, someter al Tribunal Supremo cualquier proyecto de ley al que sea aplicable el presente Artículo, para que el tribunal se pronuncie sobre si el proyecto de ley o algunos de sus preceptos es contrario a la Constitución o a una de sus disposiciones”. Tal es el control



preventivo. El reparador surge del art. 34, donde se incluye dentro de la jurisdicción del tribunal Supremo “la cuestión de validez de cualesquiera leyes a la vista de los dispuesto en al presente Constitución, no pudiendo plantearse esta cuestión (por vía de alegación, de discusión ni otra alguna) en ningún tribunal establecido al amparo de este u otros Artículos de la presente constitución que nos sea precisamente el tribunal Superior o el Tribunal Supremo”. Si la ley en cuestión ya había tenido resolución favorable del Tribunal Supremo en ejercicio del control de constitucionalidad, no es factible luego impugnarla por el control reparador, según se desprende de art. 34, inc. 3, de la Constitución.

Un sistema parecido al irlandés fue el adoptado por el texto original de la Constitución de Chipre de 1960, puesto que el Presidente de la republica podía ocurrir en consulta al tribunal Constitucional Supremo, sobre la constitucionalidad de leyes o resoluciones de la Cámara Comunitaria griega (y el vicePresidente, sobre le mismo tema, en cuanto leyes o resoluciones de la Cámara Comunitaria turca), a tenor del art. 142, inc. 1, de la Constitución. A su vez , las partes de un pleito cualquiera podía demandar resoluciones (luego de la sanción de ellas) y el asunto de lo decidía el Tribunal Constitucional Supremo. Por ley de 1964, tales funciones fueron derivadas al “Tribunal Supremo” de Chipre (Arts. 3 y 9).

Del mismo modo, cabe destacar que el “Consejo de la Revolución” portugués ejercía un potencial control preventivo de las normas, puesto que le tocaba pronunciarse por iniciativa propia o a instancia del Presidente de la Republica sobre la constitucionalidad de cualquier texto, antes de ser promulgado o firmado; y paralelamente, “apreciar la constitucionalidad de cualesquiera textos ya publicados y declarar la inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, con arreglo a lo previsto en el Art. 281” (Art. 146, Constitución de 1976).



Hasta el momento hemos hablado de control preventivo, reparador o mixto, con relación a la eventual inconstitucionalidad de una norma. Pero también es factible pensar en la misma tipología con relación a hechos o actos concretos. Por ejemplo, en el control preventivo de constitucionalidad ante la amenaza de un acto lesivo inconstitucional, merced, por ejemplo, a un amparo o un hábeas corpus preventivo, y aun mediante una acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

- Según el modo de articular la pretensión de declaración de inconstitucionalidad. En esta materia es usual clasificar los mecanismos de control de constitucionalidad en dos clases:

- Control por vía de acción. En el derecho alemán se llama *abstrakte Normenkontrolle* (Control “Abstracto”); y en el resto del derecho comparado, es usual denominarla control “por vía de acción directa”. El planteamiento de inconstitucionalidad es formulado aquí como pretensión principal, por vía de demanda, y cuando se radica en sede judicial da lugar a la “acción declarativa” de inconstitucionalidad.

Sin necesidad de ser demandado, el interesado en discutir la constitucionalidad de un precepto plantea su petición como demandante.

- Control por vía de excepción. Rotulado *konkrete Normenkontrolle* - control concreto- en el derecho germánico, es de carácter incidental, y significa una defensa procesal, en un caso particular. Es viable “en el curso y con ocasión de un “case or controversy” o sea de un concreto proceso común (civil, penal o de otra naturaleza) y solo en cuanto la ley, cuya inconstitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión de aquel caso concreto”. Lo común



es que lo planteo un demandado afectado por una norma inconstitucional que argumenta esa inconstitucionalidad para impedir que se le aplique tal regla jurídica.

Tal clasificación esquemática merece talvez algunas aclaraciones. El “control abstracto”, que genera un proceso constitucional autónomo (Cappelletti) se da cuando quien lo promueve no esta necesariamente vinculado por ninguna relación jurídica específica en la que intervenga la norma que reputa inconstitucional, y eso se da en las acciones populares (habilitadas para cualquiera), y en ciertas acciones “puras” directas de inconstitucionalidad que según algunas constituciones puede promover determinados funcionario magistrados (titulares del Poder Ejecutivo, legisladores, fiscales, tribunales superiores, etc. A su turno, el “control concreto” alude a una situación jurídica específica (una causa), en donde está involucrado quien lo promueve, y puede instrumentarse tanto por acción directa de inconstitucionalidad (p. ej. Por un amparo, acción meramente declarativa, demanda incidental, acción de condena) o por excepción o defensa (demandado que arguye la inconstitucionalidad de la norma en la que funda su pretensión del demandante).

- Control Automático. Así rotula Naranjo Mesa al control programado por el Art. 241 de la Constitución de Colombia, según el cual los decretos legislativos expedidos por el Gobierno en casos de estas de excepción, deben ser remitidos a la Corte Constitucional para que ellas se expidan sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no los remite, la Corte toma de oficio y por sí su conocimiento.

- Según la Habitación del Trámite de Control. Cabe diferenciar en este punto dos tipos principales:



- Control Condicionado. Esporádicamente, el control de constitucionalidad ha sido subordinado a una especie de preexamen, practicado por un sujeto distinto del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad: El Objeto de este engranaje condicionante es el de no abarrotar el órgano del control definitivo con solicitudes, recurso so acciones improcedentes o de escasísima significación.

El nuevo Art. 94 inc. 2, de al Constitución de la Republica Federal de Alemania, determina por ejemplo, que un a ley especial “podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de apelación, como rever un procedimiento especial de recepción de los asuntos”.

Ese procedimiento partícula r ha consistido en el establecimiento de comisiones especiales, compuestas por tres miembros del tribunal Constitucional Federal, facultadas para rechazar in limine recursos notoriamente infundidos, o que no incluyan problemas constitucionales, o cuya no aceptación no ocasione agravios irreparables a los recurrentes. El sistema parece práctico, pero –como alerta Fix Zamudio- el criterio de una comisión de admisión puede no ser del pleno del Tribunal Constitucional; además puede no haber criterio uniforme de admisión (o rechazo) entre las diversas comisiones actuantes.

En Italia, las leyes constitucionales de 1948 y 1953 han instaurado un mecanismo condicionante, en cuanto que corresponde al juez ordinario donde se formule una cuestión de constitucionalidad evaluar si el planteamiento carece manifiestamente de fundamento. Por ello, a ese juez “le corresponde decidir exclusivamente sobre relevancia o improcedencia de la propia cuestión”, y puede descartar el planteamiento “por ello manifiesta irrelevancia o falta de fundamento”. El asunto puede volver a replantearse en segunda instancia; pero solamente ira a la Corte



Constitucional si el Tribunal de segunda instancia considera pertinente dar curso al planteamiento.

Digamos también que en los Estados Unidos de América el mecanismo del writ of certiorari ante la Corte Suprema Federal, posibilita de hecho el rechazo liminar y discrecional de los recursos que carecen de relevancia. Pero es la propia Corte quien decide al respecto.

- Control Incondicionado. Puede denominarse así a aquel que no exige un examen preliminar sobre su procedencia, por un ente diferente al del órgano control de la supremacía constitucional. Por supuesto, cabe aclarar que en la mayor parte de los regimenes vigentes se requiere con frecuencia la satisfacción de algunos recaudos formales (p.ej. interposición del recurso o acción en tiempo y forma); pero ellos no hacen (generalmente) al fondo de la cuestión constitucional debatida, y por ende, no implica (en principio decimos) un “preexamen” de constitucionalidad en sí mismo.

- Según los sujetos autorizados a impulsar el tramite. El listado de los sujetos habilitados para formular planteos de constitucionalidad es variadísimo. Intentaremos una agrupación de ellos, meramente ejemplificativa: Algunas veces son órganos judiciales (o con fisonomía judicial), los autorizados para reclamar la declaración de inconstitucionalidad de normas, por toro órgano superior o distinto de ellos. Por ejemplo, la Constitución de Turquía de 1961, dispuso que pudieran interponer directamente recurso ante el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad de una ley, el Consejo Superior de la Magistratura, el tribunal de Casación y el tribunal de casación Militar (Art. 149). El art. 299 de la Constitución del Perú de 1979 facultaba para interponer acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías



Constitucionales, a la Corte Suprema de Justicia; y la anterior Constitución de Yugoslavia de 1974, en su art. 387, permitía a los tribunales de garantías constitucionales de cada una de las repúblicas federadas promover el procedimiento de examen de inconstitucionalidad de normas, por ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Federación. A su turno, la Ley Constitucional de 1968 de Checoslovaquia autorizaba a cualquier lugar de petitioner ante le tribunal Constitucional la puesta en marcha del procedimiento de control constitucionalidad. (Art. 93, inc. c).

Es frecuente que los órganos parlamentarios, o grupos de parlamentarios, estén también habilitados para formular reclamos de inconstitucionalidad. Así en el Perú, la Constitución de 1933 autoriza al 25% de los miembros del Congreso a interponer la acción de inconstitucionalidad (Art. 203, inc.4); en España, el mismo derecho tienen cincuenta diputados o 50 senadores (Art. 162, inc. a, Constitución de 1978). Más amplia, la Constitución de Cuba de 1940 permitía acudir ante el Tribunal de Garantías y Sociales, “sin necesidad de prestar fianza”, a cada uno de los miembros del Senado o de la Cámara de representantes (Art. 183). La ley Constitucional de Checoslovaquia de 1968, facultaba a una cualquiera de las Cámaras de la Asamblea Federal, al Consejo Nacional Checo o al Consejo Nacional Eslovaco, a entablar procedimiento ante el Tribunal Constitucional (Art. 93, incs. Ay b).

En Francia, dentro del mecanismo preventivo de control, son sesenta diputados o sesenta senadores, el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Senado (entre otros mas), quienes pueden reclamar dictamen del Consejo Constitucional (Art. 61, Constitución de 1958, modificado por la reforma de 1974).



También órganos ejecutivos son autorizados para ejercer el derecho de instar el control de constitucionalidad. Hemos visto que a veces el presidente está facultado para requerir del órgano control un pronunciamiento sobre la conformidad de un proyecto de ley con la Constitución (Así, Irlanda, art. 26 inc. 1, Constitución de 1937; Francia, art. 61, Constitución de 1958, que confiere igual facultad al primer ministro). La acción de inconstitucionalidad, a su turno, puede ser promovida por el Presidente de la Republica en el Perú (Art. 203, inc. 1, Constitución), y lo mismo ocurría con el Presidente de la Republica Federativa Socialista Yugoslava, como los presidentes de la Repúblicas Federativas y de las provincias autónomas de ese país (Art. 387, inc. 2, Constitución de 1974). El presidente de Turquía cuenta con el mismo derecho (Art. 149).

En España, el presidente del Gobierno está legitimado -entre otros- para interponer el recurso de inconstitucional (Art. 162, inc. a Constitución de 1978). La Constitución de Chipré permitía presentarse ante el Tribunal Constitucional Supremo al Presidente y Vicepresidente de la Republica, en defensa de los derechos de las comunidades a las cuales uno pertenecía (griega y turca, respectivamente: Art. 137, inc. 1).

El Ministerio Publico es frecuentemente legitimado para ocurrir ante los órganos de la jurisdicción constitucional. El fiscal de la Nación está expresamente mencionado para ello por el art. 203, inc. 2, de la Constitución del Perú de 1993; y el fiscal general, por la antigua Ley Constitucional Checoslovaca de 1968(Art, 93, inc. d). La Constitución cubana de 1940 aludía, a los mismos fines y para presentarse ante el Tribunal de garantías Constitucionales y Sociales, al Ministerio Fiscal (Art. 183, inc. c). La Constitución de la ex Yugoslavia siguió idéntico criterio con relación al Fiscal Federal, el de la República o el de la provincia autónoma, y el “fiscal federal correspondiese, si la cuestión de la constitucionalidad y la legalidad se hubiere planteado



con motivo de la actuación de los mismos” (Art. 387, inc. 60). En Guatemala, la Constitución de 1965 permitía acudir al Ministerio Público ante la Corte de Constitucionalidad por disposición del presidente de la República tomada en Consejo de Ministros.

El comisionado parlamentario (ombudsman), peculiar figura del moderno derecho constitucional, está autorizado (Con el título de “defensor del Pueblo”) para promover el recurso de inconstitucionalidad en España (Art. 162, inc. a, Constitución de 1978) como Perú (Art. 203, inc. 3, de la Constitución).

El Consejo de Estado es parte con atribución para interponer directamente recurso ante el Tribunal Constitucional, en la Constitución turca de 1961 (Art. 149, Constitución de 1961, según ley 1488/71), y lo mismo ocurría en Guatemala, ante la Corte de Constitucionalidad (Art. 264, Constitución de 1965). Este Consejo de Estado, como bien escribe Fix Zamudio, es en su estructura y funcionamiento muy distinto de su homónimo francés.

Las regiones pueden ser parte en las acciones de inconstitucionalidad, según el ordenamiento constitucional italiano. La Constitución española de 1978, por su parte permite a los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas, y en su caso, a las asambleas de ellas, interponer el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Art. 162, inc. a).

Los partidos políticos están esporádicamente autorizados para demandar el examen de constitucionalidad. La Constitución de Turquía de mil novecientos sesenta y uno, con la reforma de mil novecientos setenta y uno, daba la posibilidad de que interpusieran recurso de inconstitucionalidad a “ los grupos parlamentarios de los partidos políticos, los partidos que estén



representados en la gran Asamblea Nacional, los que hayan obtenido, por lo menos, el diez por ciento de los votos validos de las ultimas elecciones” (Art. 149).

Las Universidades están incluidas en Turquía en el Artículo 149, Constitución de mil novecientos sesenta y uno, para interponer directamente recurso ante el tribunal constitucional. También estaban mencionadas para acudir sin prestar fianza ante el tribunal de garantías constitucionales y sociales, por la constitución de Cuba de 1940, en su Artículo ciento ochenta y tres, inciso d).

El Colegio de Abogados estaba previsto como ente para ocurrir ante la Corte de Constitucional de Guatemala, cuando así lo decia la Asamblea General del mismo, Artículo doscientos sesenta y cuatro de la Constitución de 1965. La Organización de Trabajo Asociado, la Comunidad Autogestionada de Intereses o cualquier comunidad autogestionada, están autorizada por el Artículo 387, inciso 7, de la Constitución Yugoslava para instar el examen de inconstitucionalidad en aquel país.

Los simples ciudadanos están habilitados, de vez en cuando, para formular planteos de inconstitucionalidad. En los sistemas de control difuso al estilo estadounidense, toda parte debe promover el control de constitucionalidad. El Artículo 183 inciso f) de la Constitución de Cuba de mil novecientos cuarenta, agregaba que toda persona individual y colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional, tenía actitud procesal para ocurrir ante el tribunal de garantías constitucionales y sociales. En Guatemala el particular afectado podía impugnar la constitucionalidad de la norma que lo agravía, lo debía actuar con el auxilio de diez abogados (Artículo 264, Constitución de 1965 y 107 de la Ley Reglamentaria).



En otros Estados, el control de constitucionalidad puede ser puesto en marcha por quienes incluso no sean órganos estatales o preestatales, ni parte directamente afectada por la norma o acto presuntamente inconstitucional. Por ejemplo el Artículo 203 de la Constitución de Perú de 1963, que faculta para interponer acciones de inconstitucionalidad a “cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones”.

Esto nos aproxima a la denominada acción popular de inconstitucionalidad, que tiene a posibilitar un cuestionamiento amplísimo con cualquier individuo, de normas inconstitucionales. El permiso para radicar una acción popular de inconstitucionalidad surge de algunas leyes fundamentales. La Constitución Republicana Española de 1931, permitía acudir al tribunal de garantías constitucionales “a toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada” (Artículo 42 inciso 5). El Artículo 183 de la Constitución de El Salvador, indica que la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, en su forma o contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano. Las acciones de exequibilidad del derecho colombiano, destinadas a impugnar la inconstitucionalidad de ciertas normas estatales, pueden ser ejercidas según el Artículo 42 inciso 1, de la Constitución, por cualquier ciudadano.

Por último se puede mencionar que, además de la inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú, en su Artículo 200, inciso 5, de la Constitución indica que hay acción popular ante el poder judicial por la infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen.



Es necesario destacar, finalmente que el propio órgano de control de constitucionalidad, “de oficio”, es algunas veces el ente autorizado para cuestionar la constitucionalidad del derecho que le toca aplicar. Así lo decía expresamente el Artículo 387, inciso 11 in fine, de la Constitución de la ex Yugoslavia, y el Artículo 93, inciso 2, de la Ley Constitucional de 1968, de la ex Checoslovaquia. En resumen una evaluación de los sistemas vigentes permite ensayar el siguiente cuadro de clasificación de control de constitucionalidad, en razón de los sujetos que pueden reclamarlo:

Control restringido: En este subtipo de mecanismo, el número de entes autorizados es limitado, y no comprende a los particulares afectados por la prescripción o acto reputado inconstitucional. El control restringido es frecuente dentro del llamado sistema preventivo de control de constitucionalidad antes de que la norma sea promulgada. Un ejemplo bastante clásico en este punto es el francés.

- Control amplio: En una segunda postura están los países que permiten a los particulares agraviados a recurrir por si mismos a los órganos de la jurisdicción constitucional. El sistema amplio es usual en los países que siguen el modelo estadounidense de carácter judicial y difuso, el cual, como se sabe, no es preventivo, sino reparador, ya que opera después de promulgada la norma.

- Control amplísimo: Este subtipo de control acaece cuando cualquier persona puede reclamar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, aunque no estuviera lesionado por ella (acción popular).



El grado máximo de amplitud se da cuando además de existir acción popular, el órgano de control puede declarar de oficio, es decir, por si mismo y sin mediar petición de parte, la inconstitucionalidad de una prescripción normativa. Hemos visto que una interpretación extensiva del Artículo 387 de la Constitución de la antigua Yugoslavia conduce a tal extremo.

2.5 En función del radio de acción del sistema de control

La cobertura de un aparato de control de constitucionalidad no es siempre la misma. Hay Estados donde tiende a abarcar a casi todas las normas en vigor; y otros, donde el sistema se repliega sensiblemente. En la mayoría de los países abarca preferentemente actos normativos, mientras que esporádicamente comprende también omisiones normativas, es por ello que analizaremos las modalidades.

- Control Total o Parcial. En un mecanismo total de control de constitucionalidad, cualquier norma o acto u omisión estatal puede, verse sometido a su evaluación de constitucionalidad, por órganos pertinentes de la jurisdicción constitucional. Ello casi nunca ocurre.

La mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad son de carácter parcial. En el régimen estadounidense, por ejemplo, las normas relativas a political questions (cuestiones políticas) no son habitualmente judiciales. En otros países, el extrañamiento del análisis de constitucionalidad afecta a diversos tipos de normas, por ejemplo en Francia el Consejo Constitucional a declarado que no es competente para considerar la eventual inconstitucionalidad de leyes aprobadas mediante referéndum. En la ex Yugoslavia había un tope cronológico para el



análisis de constitucionalidad de regalias jurídicas dejadas sin vigor. El Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia, podrá enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y actos generales de los órganos de las comunidades socio-políticas y la de los actos generales de autogestión, cuya vigencia haya cesado, si no hubiere pasado mas de un año desde la cesación de la vigencia hasta el inicio del procedimiento (Artículo 375, Constitución de 1974). En Suiza, la Ley de Organización Judicial limita el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Federal Supremo a actos, sentencias y normas cantorales.

- Control por actos inconstitucionales o por omisiones inconstitucionales: Hasta el momento se ha hablado con preferencia de regimenes de control de constitucionalidad, de normas y eventualmente también de hechos o actos estatales.

El Estado puede pecar de inconstitucionalidad no solo dictando normas inconstitucionales, sino también no dictando aquellas normas generales que la constitución le manda a promulgar, por ejemplo, al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la ley suprema; o al no reglamentar el poder ejecutivo, la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo. Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad por omisión del Estado?. En este sentido como indica Bidart Campos, el juez ordinario conminaría a los poderes públicos a que dicten la norma faltante, y todavía podría llegar a cubrir el vacío normativo, en determinadas hipótesis. Su tesisura, por cierto atractiva, no goza, sin embargo, de un consenso apreciable en la doctrina especializada.

Algunas constituciones han admitido expresamente ese control de constitucionalidad por omisión. Como ejemplo la de Portugal de 1976, apuntaba en su Artículo 279, que cuando la



Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para ser aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable. Posteriormente, la norma a quedado reformada así: “de la inconstitucionalidad por omisión. Artículo 283, inciso 1. A requerimiento del Presidente de la República, del proveedor de justicia o con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, los presidentes de las asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por Omisión de medidas legislativas necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales. Cuando el Tribunal Constitucional verifica la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo comunicará al órgano legislativo pertinente.

Por otro lado, el Artículo 377 de la Constitución de la ex Yugoslavia, declaraba que si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informara de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia. Son disposiciones por cierto, un poco frecuentes en el derecho comparado, pero que abren camino en la sugestiva tarea de enfrentar a la posible inconstitucionalidad por omisión.

Con lo anterior se puede decir que se ha dado un paso mas hacia delante, el Artículo 207, inciso d), de la reciente Constitución de la Provincia de Río Negro, en Argentina; programo una acción por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los Municipios, la que se tramita ante el Superior Tribunal de Justicia. De ser procedente, este fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento,



integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite. SE trata de la solución mas audaz existente en el derecho comparado, para enfrentar la omisión legisferante del Estado.

Cabe agregar que en diversos Estados se controla la inconstitucionalidad de la inacción estatal referida a la inejecución de ciertos actos gubernativos (pero no de la mora en el dictado de normas). Así también la acción de amparo Argentina en su Artículo 10, es prevista para combatir también omisiones de la autoridad publica en forma manifiestamente ilegal o arbitraria perjudiquen los derechos explicita o implícitamente por la Constitución.

2.6 En función de los efectos del control de constitucionalidad.

Otro punto de vista para sistematizar los regimenes de control, es el de atender los resultados del acto de control. En ese sentido, cabe distinguir los sistemas no decisorios de los decisorios; y desde el ángulo cronológico, los retroactivos y los no retroactivos.

- Sistemas no decisorios: Contemplando la eficacia del acto de control, en los sistemas no decisorios el acuse de inconstitucionalidad y su recepción afirmativa por el órgano control, este tiene por meta nada mas que provocar en el órgano legisferante un acto de reflexión sobre la constitucionalidad de la norma impugnada. Por ello, y no sin razón, se observa que en tal hipótesis el órgano de control de constitucionalidad opera mas bien como un auxiliar del órgano legislativo, sin efectos vinculantes.



El Artículo 146 de la anterior Constitución del Ecuador, indico que el Tribunal de Garantías Constitucionales, podía suspender, total o parcialmente los efectos de leyes, decretos-leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. El Tribunal sometía su decisión a resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia de esta era definitiva con efectos generales.

Un régimen no decisorio particular fue el que instrumento Polonia, puesto que los fallos del Tribunal Constitucional creado en 1985, tenía efectos limitados puesto que la dieta con dos tercios de sus votos podía rechazar el fallo del Tribunal, siendo su veredicto definitivo, ya que a partir de entonces no podía conocer el Tribunal Constitucional sobre la impugnación de inconstitucionalidad en cuanto el precepto del caso.

- Sistemas decisorios: Iniciaremos señalando que lo común en el derecho comparado es que el pronunciamiento del órgano de control de constitucionalidad tenga efectos vinculantes y obligatorios para el resto de los poderes del Estado, con diferentes alternativas:

- Efecto para el caso concreto. Inconstitucionalidades Relativas y Evolutivas. Es la típica consecuencia del sistema estadounidense, donde el fallo definitivo que decide la inconstitucionalidad de una norma circunscribe esa decisión para el caso sentenciado sin obligar a otros tribunales y sin incluso atar al mismo tribunal para otro caso similar. La norma inconstitucional, pues, no es aquí derogada: solamente queda inaplicada en la litis concreta.

De vez en cuando algún texto constitucional ha aclarado expresamente que la sentencia de inconstitucionalidad se reduce al expediente sentenciado. Por ejemplo, el Artículo 103 de la



Constitución de Rumania de 1922/1923 indicaba (refiriéndose al Tribunal de Casación, órgano competente para expedirse sobre la constitucionalidad de las leyes) que sus fallos en la materia se limitan estrictamente al caso juzgado.

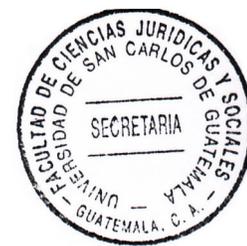
Se debe advertir, sin embargo, que algunas veces, por vía de derecho jurisprudencial, ciertos sistemas como ejemplo el argentino, han derivado a una cierta clase de eficacia vinculante, no solo para el caso concreto de las sentencias emitidas por sus Cortes Supremas. En el caso de Argentina, por derecho consuetudinario judicial, los tribunales inferiores a su Corte Supremas están en principio obligados a seguir el criterio de esta, pero pueden apartarse dando razones suficientes y valederas para hacerlo. En Estados Unidos de América, la doctrina del precedente (stare decises) hace que los fallos de su Corte Suprema cuenten también con el seguimiento los tribunales del país.

El sistema norteamericano clásico es muy bueno para atender el problema de las inconstitucionalidades que llamamos relativas y las evolutivas. Las primeras se presentan cuando, por ejemplo una misma ley, aplicada a una relación jurídica específica, resulta inconstitucional. Pero aplicada a otra, no vulnera a la Constitución. Tal fue el caso, del Artículo 276 de la ley del régimen del contrato de trabajo de Argentina (texto según la ley 21297) que impuso la actualización por inflación de los créditos laborales, según el índice de ajustable del salario del peón industrial. Sin embargo, en algunos pocos periodos o meses, aquel salario trepaba más que el costo de vida, por lo que, según los pleitos, ocasionalmente no causaba perjuicio al empleado, y por tanto, no concluía inconstitucional.



Las inconstitucionalidades evolutivas se generan por el cambio en las condiciones del contexto de vida, o el cambio en las creencias y valoraciones sociales. Una norma puede ser vista como constitucional al sancionarse y transformarse en inconstitucional después, si resulta irrazonable en función de nuevas situaciones. Con tiempo, si éstas a su vez se transforman, el precepto puede volver a resultar constitucional. Por ejemplo, también en Argentina, durante más de un siglo fue aplicado el principio normalista del Código Civil, conforme al cual una deuda en dinero se saldaba pagando la cifra nominal o numérica por la que se había contraído. Pero en épocas de fuerte inflación, la jurisprudencia, incluso sin ley al respecto, habilitó la doctrina realista y obligó a indexar las acreencias, con o sin mora, en función por ejemplo, del índice de incremento de costo de vida. Los tribunales incluidos la Corte Suprema dijeron que esa actualización era un imperativo de la Constitución, en resguardo de la propiedad del acreedor, y de la igualdad en las prestaciones. Indirectamente, se juzgó así inconstitucional al principio nominalista insertado en el Código Civil, puesto que se juzgó que la Constitución imponía el ajuste por depreciación monetaria. Pero después, terminada la fase más aguda del proceso inflacionario, una ley prohibió las indexaciones, y la Corte la reputó constitucional, lo que implicaba también tácitamente volver al nominalismo.

Otro sugestivo caso de inconstitucionalidad evolutiva fue el régimen de la ley 2393 de Argentina, que impedía el divorcio vincular (había divorcio, pero sin posibilidad de contraer nuevas nupcias). Eso rigió también cerca de una centuria, siendo visto como perfectamente constitucional, hasta que en los años 80 la Corte Suprema asumió que las valoraciones sociales habían cambiado, y que ahora el concepto de dignidad humana y del derecho constitucional a casarse incluían el derecho a celebrar, por parte del divorciado, un nuevo matrimonio, resultando inconstitucional la prohibición legal de así realizarlo.



Según se anticipa, el régimen de control de constitucionalidad para el caso concreto permite admitir por su fluidez las situaciones emergentes de inconstitucionalidades relativas y evolutivas, pues lo resuelto en una sentencia puede abandonarse en otra, o admitirse con variaciones.

- Efectos para erga omnes. La otra opción consiste en otorgar al fallo que dispone declarar inconstitucional a una norma efectos generales, derogatorios de la regla jurídica reputada violatoria de la ley suprema.

Es el mecanismo tradicional de los regímenes de jurisdicción constitucional especializada y concentrada en un único órgano básico del régimen de control de constitucionalidad. El sistema puede operar en los casos de vigilancia preventiva, de manera más fácil. Por ejemplo, el Artículo 62 de la Constitución de Francia de 1958 indica que no podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada inconstitucional. El sistema puede operar en los casos de vigilancia preventiva, de manera más fácil. Por ejemplo, el Artículo 62 de la Constitución de Francia de 1958 indica que no podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada inconstitucional. Las resoluciones del Consejo Constitucional serán inapelables y se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

En los casos de control reparador de inconstitucionalidad, con efectos decisorios (derogatorios) erga omnes, los textos constitucionales se preocupan por detallar las consecuencias de tal régimen. Así, la Constitución de Austria señala que el fallo del Tribunal Constitucional por el cual anule una ley como anticonstitucional, obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. La anulación entrará en vigor, el día de la



promulgación si el Tribunal Constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia... anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley es anticonstitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos, art. 140.

Prescripción análoga, en lo esencial, contiene el Artículo 1654 de la Constitución de España de 1978, ya que las sentencias del Tribunal Constitucional son publicadas en el Boletín Oficial del Estado, y las que declaren la inconstitucionalidad de una ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. A su vez, el Artículo 100 in fine de la Constitución de Grecia de 1975, puntualiza que las decisiones del Tribunal Superior son irrevocables, y que toda disposición legal declarada anticonstitucional caducará a partir de la publicidad la decisión correspondiente o de la fecha que ésta fije. El Artículo 136 de la actual Constitución italiana adopta una posición parecida.

Un sistema derogatorio, con matices particulares, adoptaron, en su momento, Checoslovaquia y Yugoslavia. La primera, por su Ley Constitucional de 1968, indicaba que las sentencias del Tribunal Constitucional debían ser publicadas en el Boletín Oficial y que de declarar la discordancia entre una norma inferior y la Constitución, los órganos competentes estarán obligados, dentro de los seis meses contados desde el día de publicación del acuerdo del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaquia... De no hacerse así, dichas disposiciones o la parte o precepto afectado perderán toda vigencia a los seis meses de la publicación del acuerdo Artículo 90. Un régimen semejante fue el estatuido por el Artículo 384 de la anterior Constitución de Yugoslavia de 1974, dando así la posibilidad al órgano que dictó la ley inconstitucional, de abolirla por sí mismo, satisfaciendo de tal modo una especie de



formalismo respetuoso de una interpelación algo extrema del principio de división de los poderes. Sin embargo, y esto es lo fundamental, cuando el órgano autor de la prescripción inconstitucional no la autoderoga en un plazo determinado, la norma en cuestión queda de todos modos borrada del derecho vigente, vencido aquel termino.

En América esta alternativa tuvo alguna recepción. La anterior Constitución del Perú de 1979, en efecto, dijo lo siguiente: El Tribunal de Garantías Constitucionales comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma incostitucional. Transcurridos cuarenta y cinco días sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial Artículo 301.

Aunque no sea frecuente, ocurre de vez en cuando que tribunales estrictamente judiciales pueden anular, con efectos erga omnes, normas declaradas inconstitucionales. Así lo puntualizó, por ejemplo, el Artículo 183 de la Constitución de El Salvador, reservado tal misión a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y los Artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica de Venezuela, de la Corte Suprema de Justicia (basándose en el Artículo 215, Constitución de 1961), habilitaron un juicio de nulidad de los actos de efectos generales como las leyes, por razones de inconstitucionalidad, en el cual, de hacerse lugar al recurso, la Corte ordenará, además, que en el sumario de la Gaceta Oficial donde se publique el fallo y se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulados.

El otorgamiento de facultades derogatorias a las Cortes Constitucionales, respecto de las normas reputadas poro ellas infractoras a la constitución fue considerado por Kelsen como una exigencia



de seguridad jurídica y de eficiencia en un autentico régimen de control de constitucionalidad. Sin embargo, parte de la doctrina ha visto aquí in suerte de invasión judicial sobre áreas propias del Parlamento, desde el momento en que la anulación de una ley importa del ejercicio de una función legislativa (incluso, se ha señalado que en países como los indicados precedentemente, el Poder Legislativo tiene en realidad dos brazos: el Parlamento, que hace y deroga a la ley; y la Corte Constitucional, que si bien no hace a la ley, si puede abolirla por inconstitucional).

En respuesta a esas criticas, Kelsen apunta que el principio de división de los poderes nunca es rígido; que de hecho, la Constitución realiza un reparto del poder en distinto órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros, a fin de impedir la concentración de n poder excesivo en un de ellos; garantizar la regularidad del funcionamiento del sistema político y afianzar el equilibrio constitucional. Desde esta perspectiva, concluye, la concesión de la competencia de anular la ley anticonstitucional a una Corte Constitucional no parece algo anómalo ni impropio, sino todo lo contrario. Coincidimos con tal conclusión, partiendo de una concepción flexible y operativa del principio de división funciones (que nunca es absoluto ni rígido), y de la necesidad de implementar nueva formulas jurídico-políticas que lo actualicen y lo tornen eficiente, sobre todo en un Estado de derecho, mas exigente que otros sistemas en cuanto a la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución.

- Sistemas intermedios. Frente a los dos posibles caminos que se presentan para los sistemas de control de constitucionalidad con efectos decisorios es decir, erga omnes, aparecen algunas alternativas intermedias.



Una de ellas fue la consagrada por el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto por el art. 12 de la Constitución de la Republica de España. Dicha cláusula dispuso que las sentencias que declaran que una ley no fue vetada o promulgada en la forma prescripta por la Constitución o por el Estatuto Regional respectivo, producirán la total anulación de aquella, pero no afectaran a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. Las que resuelven sobre inconstitucionalidad material, únicamente producirán efecto en el caso concreto del recurso o consulta. Tal fraccionamiento de efectos (derogación, en la primera hipótesis; inaplicabilidad en el caso singular, en la segunda) mereció reparos por parte de la doctrina, aunque Reyes, sugería aceptarla a nivel empírico, siquiera por vía de ensayo. La Constitución de Turquía, de 1961 dispuso a su vez, una vía intermedia de efectos concretos o de resultados erga omnes. En principio, la leyes o reglamentos internos o preceptos de ellos anulados por el tribunal Constitucional como contrarios a la Constitución, dejaran de surtir efecto en la fecha en que se publique el fallo motivado en el boletín oficial, dice el art. 152, pero a poco agrega que los fallos del Tribunal Constitucional dictados en virtud de una excepción de no conformidad con la constitución, alegada ante los tribunales, podrán limitarse al caso individual debatido y no vincular mas que a las partes, si así lo decide el Tribunal Constitucional. Con un mecanismo flexible que posibilita el manejo prudente de los efectos de control de constitucionalidad, se deja así el criterio del Tribunal Constitucional optar por el camino de la derogación, o de la inaplicabilidad al caso litigioso, de la norma constitucional.

- Sistemas retroactivos y no retroactivos. Con referencia a la proyección en el tiempo de la decisión del órgano de control de constitucionalidad, es posible diferenciar dos regimenes:



- De efectos no retroactivos. Es el más habitual en el derecho comparado: la norma inconstitucional produce efectos hasta el pronunciamiento de inconstitucionalidad por el órgano pertinente en algunos casos, hasta la publicación del fallo.

Así el Artículo 152 de la Constitución de Turquía dispuso expresamente que los fallos anulatorios del Tribunal Constitucional no podrán tener efecto retroactivo, actitud que comparte el Artículo 204 de la Constitución peruana, “no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte de una norma legal.

- De Efectos retroactivos. Está posibilitado por la legislación de la Republica Federal de Alemania, según detalla Fix Zamudio: en principio, el fallo de inconstitucionalidad es declarativo y en forma diversa de lo que ocurre en Austria, produce efectos retroactivos. Sin embargo, el mismo autor alerta que en la práctica el Tribunal Constitucional Federal modera tales resultados, circunscribiendo, por ejemplo, el efecto retroactivo a situaciones jurídicas no consumadas.

- De efectos flexibles. Ocasionalmente pueden adoptarse soluciones maleables, en atención a las particularidades del caso. Así con referencia al resultado de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, la ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica, disponen que tendrán efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Pero también añade que la sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, tiempo y materia, efecto retroactivo, y dictara las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social. Se trata de una prescripción no frecuente, que confiere papeles materialmente legislativos



a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en aras de hallar propuestas jurídicas prudentes y prácticas, muestra, de un fuerte voto de confianza en la judicatura constitucional.

CAPÍTULO III

3 La acción de inconstitucionalidad general, como mecanismo hacer valer el imperio de la constitucionalidad.

3.1 Normas constitucionales e interpretaciones constitucionales.

El juicio de constitucionalidad requiere para ser realizado que le jurista coloque frente a sí los preceptos constitucionales y las normas o conductas presuntamente opuestas aquellos. Tal ponderación consiste en averiguar si los segundos concuerdan o no con los primeros; esto es, si son *seundum constitutionem* o *contra constitutionem*.

Si se trata de una comparación de normas infracosntitucionales respecto de las constitucionales, debe recordarse que algunas veces la Corte Suprema ha dicho que la inconstitucionalidad investigada puede derivar de dos razones: a) porque las normas infraconstitucionales sea, en si, opuesta a la Constitución Nacional y b) porque la interpretación (inteligencia o entendimiento), de esa norma, tal como costa en la resolución impugnada por medio del recurso extraordinario, se halle en conflicto con la ley suprema (interpretación inconstitucional).

La doble posibilidad de cuestionar por medio del mencionado recurso tanto a las normas inconstitucionales de normas eventualmente constitucionales, has sido objetada por Imaz y Rey, quienes reputan obscura e inconveniente a la segunda parte de tal doctrina. Strohm, sin embargo,



advierte que la teoría de la objeción de las interpretaciones inconstitucionales por medio del recurso extraordinario, tiene como clara meta salvar la validez de la normas en cuestión (puesto que vale tanto como decir que esas normas, entendidas con otro alcance posible, son constitucionales) y concluye admitiendo a esa tesis, augurándole un desarrollo positivo. A la postre, al doctrina de las sentencias arbitrarias por interpretación una adecuada o injusta, ha venido de algún modo a avalar su prospectiva.

Compartimos el criterio de Strohm: una exégesis opuesta a la Constitución, de una norma conforma a la ley suprema, es una interpretación inconstitucional, y puede ser atacada por medio del recurso extraordinario, en tal caso, el interesado no esta objetando a un norma, sino a un acto de autoridad judicial asimilada a tal sentencia o resolución del caso que interpreta a la norma de manera opuesta a la Constitución, Artículo 14, inc. 2 y 3.

En síntesis., al atarea de comparación jurídica puede versar en un doble sentido: entre la Constitución y una norma; o entre la Constitución y actos cuestionados, en los que se incluyen las interpretaciones inconstitucionales insertadas en una resolución.

Respecto de la necesaria y especial cautela que debe tener un juez al declarar la inconstitucionalidad de un precepto y las pautas a seguir, remitimos al lector al 300 in fine.

3.2 Inconstitucionalidad absoluta y relativa.

La eventual incompatibilidad de un precepto subconstitucional (ley, decreto, resolución, etc.) con la Constitución puede ser de tipo absoluto es decir, insalvable y emergente en todo caso en el que se pretenda aplicar la regla subconstitucional; esto importa una oposición intrínseca entre las dos



reglas, como, por ejemplo, si una provincia impone tributos al tránsito por ella de personas o bienes o tipo relativo.

La inconstitucionalidad relativa aparece cuando una regla subconstitucional lesiona en algunos casos a una regla constitucional, y otros no. En función de los hechos de cada situación, aquel precepto perjudica o no perjudica a la supremacía de la Constitución. Un ejemplo típico ha sido, en la Argentina, en casos del Artículo 276 de la ley de contrato de trabajo, norma que imponía como método de ajuste por depreciación monetaria en los créditos laborales al índice del peón industrial. En ciertos periodos, tal índice producía una actualización razonable, al guardar una correspondencia relativa respecto del índice de precios del consumidor, usualmente llamado el costo de vida. Para otros meses, en cambio, el indicador del peón industrial se atrasaba sensiblemente en cuantos al indicador del costo de vida y allí causaba perjuicio, por acarrear una indexación infraesarcitoria al dependiente, afectando así el Artículo 14 de la Constitución además el Artículo 17.

Cuando el jurista encuentra una inconstitucionalidad absoluta, toca así declararlo y reputar inválido el precepto inconstitucional, en todos los casos a resolver. En cambio, si halla un inconstitucionalidad relativa podrá aplicar ese precepto en una litis e inaplicarlo en otras, según cause o no, en cada hipótesis daño a la Constitución.

3.3 Leyes y decretos leyes.

El juicio de constitucionalidad consiste, en definitiva, en un pronunciamiento sobre la compatibilizada o incompatibilidad entre la Constitución y las norma o actos infraconstitucionales de derecho federal o no federal.



En diversas oportunidades atendiendo que el número de leyes nacionales excede a veinticinco mil, al Corte ha calificado como inconstitucionales a determinados Artículos de leyes o decretos leyes dictados por el gobierno nacional. Ciñéndonos principalmente a los cinco últimos decenios, pueden recordarse, por ejemplo al régimen indexatorio del entonces Artículo 276 de la ley de régimen de contrato de trabajo lesivo, de los Artículos 14 y 17 de la Constitución de Argentina; el Artículo 22 de la ley 21.342, legislo también el derecho de propiedad, al disponer la actualización de los créditos provenientes de ocupación ilegítima, ajuste o falta de pago de alquileres, desde la notificación de la demanda y no desde su exigibilidad. En materia de indexación, también se declaro inconstitucional el Artículo 4 de la ley 21.864. En su turno la ley 17.310, en cuanto dispuso el congelamiento de los haberes de jubilación y pensión por un termino incierto, en contravención al principio constitucional de movilidad de las prestaciones Artículo 14, corrió igual suerte, lo mismo que el Artículo 8 de la ley 21.274 que impuso la prohibición de reingreso de los agentes declarados prescindible de las administraciones provinciales y municipales, lo que implicó un exceso en el legislador nacional, que ejerció un poder no delegado por la Constitución según sus Artículos 5, 104, 105 y 106; y el propio Artículo 8 de la norma citada, porque no resulta aceptable que la prohibición de reingresar sea reglamentación razonable de los Artículos 14 y 16 de la ley suprema.

Por vulnerar las autonomías provinciales y ale actual Artículo 75, inciso 12, de la Constitución de Argentina, la corte califico de inconstitucional al Artículo 57 de la ley 20.615, y así ocurrió igualmente, por infracción al Artículo 14 de la carta magna, respecto del Artículo 7 inciso f de la ley 12.990, que posibilito la veda de la doble matriculación de un escribano que solo es titular de registro en una jurisdicción. Conceptuó inconstitucionales, por transgredir los Artículos. 75, inc.



12 y 121 de la Constitución Argentina, a las normas procesales que extendiera jurisdicción del tribunal bancario, con asiento en la Capital federal, a los agentes de esas actividades que se desempeñaban en las provincias.

El Artículo 28 de la ley 13.264, fue descalificado por inconstitucionalidad, contradictorio con el Artículo 17, de la constitución Argentina., al disponer que las costas eran a cargo del expropiante solo cual indemnización fijada hubiese excedido de la ofrecida, más la mitad de la diferencia entre esa suma y la declarada. Por su parte, lo Artículos 2 y 3, de la ley 18.310 sufrieron objeción constitucional al considerárselos opuestos al Artículo 75 inciso 30 de la Constitución Argentina, por cuanto reconocían jurisdicción a las provincias, para instalar establecimientos de utilidad nacional. La competencia nacional, en tales supuestos, era exclusiva y excluyente, dijo en tal oportunidad la Corte y no puede ser prorrogada por actos legislativos.

El Artículo 41 de la ley 12.908, en cuanto atribuyo a las comisiones peritárias allí previstas la decisión de cuestiones laborales concernientes a periodistas, con carácter definitivo, sin apelación a la autoridad judicial, fue declarado inconstitucional por alterar la garantía de defensa en juicio, Artículo 18, Constitución Argentina. Y el régimen de la ley 18.226, sobre la comercialización de billetes de lotería, que prohíbe a las loterías oficiales de provincias circular en la capital federal, a pesar de que los billetes de lotería nacionales circulan por todo el territorio del país, quedo caracterizado como atentado respecto de las garantías constitucionales que protegen la libre circulación de los efectos, el comercio y el trabajo lícito.

Las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales, establecidas por la leyes 13.246, 13.897 y 14.451, en cuanto no admita control judicial suficiente de sus resoluciones, fueron



reputadas violatorias de los Artículos 18 y 109 de la Constitución Argentina. El Artículo 9 del decreto 10.596 y 10.597, interpretado con el alcance de que la decisión administrativa sobre la licitud de huelga no admitió la revisión judicial, corrió el mismo destino. Igual criterio se produjo en cuanto al Artículo 16 de la ley 14.546, al establecer que los despidos producidos a partir del 18 de junio de 1958, se hallaban comprendidos dentro de su régimen, puesto que ello importó desconocer las exigencias de la seguridad y de la garantía constitucional de la propiedad.

La pérdida automática de la competencia de un juez nacional, la aplicación de multas y la posibilidad sometido a enjuiciamiento, en razón de lo dispuesto por los Artículos 206, 441, 494, 580 y 695 del entonces Código de Procedimiento en Materia Penal, texto según el decreto ley 201 y 263, fueron consideradas por la Corte Suprema como violatorias de la defensa en juicio y del principio de independencia de los magistrados judiciales. La facultad otorgada por el Artículo 7 inciso a, del decreto 33.365/44, ratificado por la ley 13.030, que faculta a la Policía Federal a emitir edictos para reprimir actos no previstos por las leyes, fue considerado inconstitucional por la corte Suprema, al exceder lka facultad simplemente reglamentaria del Poder Ejecutivo, e importar la de legislar en materia reservada exclusivamente el Congreso. En materia de transmisión de derecho, la Corte Califico como inconstitucional la cláusula del Artículo 80 del decreto 31.665/44, debido a que el establecer un derecho sucesorio distinto del ordinario, respecto de los haberes impagos a la muerte del beneficiario, importaba una discriminación irrazonable entre los bienes y los legítimos heredados del causante, contrario a la garantía constitucional de igualdad.

Otra vulneración al principio constitucional de igualdad se descubrió en el Artículo 1 de la ley 13.228, en cuanto solamente otorga al dueño de una casa de habitación adquirida con préstamo de



las instituciones que especifica, el derecho de exigir su desalojo para ocuparla con su familia, por consiguiente lo negaba al que la adquirió por otros medios A su turno , la excepción prevista por el Artículo 14, parte 1 de la ley 12.335, en favor de ciertas regiones, fue considerada por la Corte Suprema como arbitraria y repugnante a la igualdad , en clara violación a los Artículos 4 y 16 de la Constitución Nacional.

Nuestro más alto tribunal juzgo también que le Artículo 67 del código Penal, interpretado como que impide la suspensión de la prescripción de la acción en las causas en que un obstáculo legal las paralice, resulta violatorio al Artículo 18 de la Constitución Nacional. Y el Artículo 401 del Código de Minería, entendido como que la contribución establecida por la ley 12.161 se aplicaba la producto del titular de una regalía dentro del término de cinco años a que se refiere el Artículo 3 de la ley 10.273, se reputó contradictorio con el Artículo 17 de la Constitución. Otro atentado a los Artículos 16 y 18 de la ley suprema de detecto en el Artículo 1063 de las ordenanzas de aduanas, interpretando en el sentido de que el plazo perentorio de tres días rige tanto para los condenados que estén domiciliado sen la ciudad o zona en que se halla la aduana, como para los domiciliados fuera de ella, sin ampliación alguna por razón de la distancia.

Loa Artículos 3 y 5 de la ley 12.630 fueron estimados por la Corte Suprema contrarios a la Constitución, ya que si bien el Congreso puede reglamentar validamente para el futuro el ejercicio de la profesión médica ante ka justicia, no puede hacerlo mediante la creación de categorías artificiales y arbitrarias, violatorias del principio de igualdad consagrado por el Artículo 16 de la Constitución. La Corte ha calificado como inconstitucional a la interpretación dada en el Artículo 12 de la ley 14.054, según la cual solamente los escribanos de registro que estaban habilitados para efectuar inventarios (en contradicción con el art. 14 de la Constitución).



En cuanto a declaraciones de inconstitucionalidad concernientes a normas opuestas a cláusulas de la Constitución de 1949, por ejemplo, con relación a las disposiciones constitucionales que garantizaban el derecho al bienestar del trabajador y la protección de la familia se han pronunciado distintos fallos.

Del mismo modo la Corte ha declarado inconstitucionales a los Artículos 9 y 10 de la ley 21.898; y al Artículo 57 de la ley 20.615, este por violar el Artículo 75 inciso 12, de la Constitución y la autonomía de las provincias.

En su composición posterior a la reinstitucionalización del país, la Corte declaró inconstitucionalidad al Artículo 11 de la ley 18.037; pronuncio asimismo la inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 21.850, por no reconocer debidamente la indemnización allí establecida, el deterioro inflacionario; el Artículo 8 de la ley 22.681, en cuanto reduce los honorarios que corresponden a los representantes del fisco al 10% del total, violando la garantía de propiedad. Muy celebres y discutidos fueron los fallos pronunciados por mayoría donde se declararon inconstitucionales el art. 6 de la ley 20.771, por irrazonabilidad y vulneración del derecho a la intimidad (la norma castiga la mera tenencia de estupefacientes), y el art. 64 de la ley 2393, que impedía el divorcio vincular. La Corte entendió que esto afectaba diversos derechos constitucionales, con el de dignidad de la persona humana, igualdad, libertad de cultos, etc.

La Corte Suprema reputo inconstitucional a la ley 22.604, de materia tributaria, al entender que lesionó del derecho de propiedad por tomar como hecho imponible una exteriorización d riqueza agotada antes de su sanción.



Así mismo, fue reputado inconstitucional el art. 316, inciso 2, del Código Procesal Penal, pues la Corte entendió que el mismo recurría a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento, por esta vía de agravaciones propias de la ley sustantiva. Por violar el art. 17 de la ley fundamental, fue declarado inconstitucional el art. 56 de la ley 21.449, que establece el plazo de cinco años para la prescripción de la acción de expropiación irregular, puesto que implica la transferencia de bienes al estado sin la correspondiente indemnización.

El art. 17, inciso d, la ley 18.037, fue calificadote inconstitucional, por contradecir el carácter de integrable se irrenunciables que la ley suprema reconoce a los beneficios de la seguridad social. Al inconcebible hachón la exigencia constitucional del pago previo debido al expropiado, fue reputado de inconstitucional el régimen de la ley 23.982, eb lo referente al pago demorado de la indemnización por expropiación.

Igualmente, por drogar toda s las normas convencionales que establecían mayores beneficios que los consagrados en el régimen de contrato de trabajo, se reputó al art. 2, inciso a de la ley 21.746, violatorio del Artículo 14 de la Constitución. El art. 6 de la ley 20.771, al incriminar la simple tenencia de estupefacientes para uso personal, fue reputado por la Corte Suprema como incompatible con la prohibición constitucional de interferir con la conducta privada de los hombres.



3.4 Tratados

Si un tratado internacional es opuesto a la Constitución y que un tribunal así lo repute, es una alternativa no descartable. La Corte ha admitido tal hipótesis e incluso evaluado si el art. 10 del tratado comercial con Chile, ratificado por la ley 11.753, violaba el derecho de defensa, dando respuesta negativa a tal pregunta. En la Corte trato específicamente la incompatibilidad entre intratado y la Constitución, dando prioridad a ésta y declarando en su consecuencia la inconstitucionalidad el art. 4 del Acuerdo Sede del 15 de septiembre de 1977, suscrito entre la Republica de Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por ley 21.756, y que establecía una inmunidad de jurisdicción opuesta al derecho a la jurisdicción que emerge de la Constitución.

Producida la reforma constitucional de 1994, el panorama es el siguiente: por un lado, están os tratados internacionales comunes, que tienen graduación jurídica superior a las leyes, pero que son inferiores a las Constitución. Por ende, un tratado ordinario puede resultar inconstitucional y una ley puede concluir inconstitucional (si viola un tratado y desde luego, si también viola la Constitución).

También declaró la reforma de 1994 a ciertos pactos y convenciones con rango constitucional y habilitó al Congreso a darle asimismo jerarquía constitucional a otros tratados, en materia de derechos humanos, luego de ser aprobados pro el Congreso y con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada sala.



Se discute si un tratado con jerarquía constitucional puede ser declarado inconstitucional. El debate se origina en el propio art. 75, inciso 22, párrafo 2; de la Constitución, puesto que al conferírseles alcurnia constitucional a los instrumentos allí enumerados, lo hizo “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan Artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Tal alambicada redacción ha generado un conjunto de teorías sobre el tema. La doctrina de los tres niveles de constitucionalidad, señala que dicho documentos, de haber conflicto en la Constitución, pueden ser reputados inconstitucionales si violan la primera parte de la Constitución, pero si no afectan a la segunda, puesto que prevalecen sobre esta ultima. La doctrina de la prioridad del mejor derecho, opina que debe triunfar la norma que mejor proteja a la persona. A su turno, la doctrina de la prevalecía de la Constitución, señala que ésta siempre predomina sobre cualquier tratado, incluso los de rango constitucional. Y la doctrina de la verificación constituyente de incompatibilidad, sostenida por cuatro jueces de la Corte Suprema, explica que al darles rango constitucional en 1994, la convención constituyente entendió que no había colisión entre ellos y la constitución, motivo por el cuál no podría ser judicialmente meritado como inconstitucional.

En Petric, la Corte Suprema se expidió sobre la constitucionalidad del derecho de réplica incluido en el Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional a tenor del art. 75, inc. 2 de la Constitución y entendió que dicha convención era constitucional. Desde luego, si una ley (federal o de derecho común o local) se opone a intratado con rango constitucional, es inconstitucional.



3.5 Decretos.

La inconstitucionalidad intrínseca de un decreto del Poder Ejecutivo (no por exceso en el ejercicio de atribuciones reglamentarias de ese poder del estado, con relación a una ley, sino por colisión directa entre un decreto y una cláusula constitucional), ha sido pronunciada varias veces por la Corte Suprema.

Por ejemplo, ésta entendido que era inconstitucional el art. 6 del decreto 20.068/46, en cuando conduce a otorgar, en caos de despidos injustos, una indemnización desproporcionada con el perjuicio sufrido. Ante la negativa del empleador al reingreso, dijo la Corte, corresponde una indemnización razonablemente proporcionada, al perjuicio sufrido. En un orden de ideas similar, la Corte consideró inconstitucional de la propiedad, pues resultaba a todas luces exorbitante muy falta de razonabilidad que el despido injustificado de un empleado perteneciente a cualquiera de las instituciones sometidas a la ley 12.988, pudiera acarrear para el empleador que no quisiera reincorporarlo, la obligación de pagarle de por vida todos los sueldos que hubiesen podido corresponderle hasta el momento en que dicho empelado alcanzase el derecho a la jubilación.

La creación de un impuesto por un decreto del Poder Ejecutivo ha importado un acto inconstitucional, puesto que al hacerlo, la Presidencia ha ejercido facultades que la Constitución reserva al Congreso nacional. Igualmente considero que el decreto 1580/43, en cuanto estableció penas pro la infracciones a sus disposiciones, violaba el art. 18 de la ley suprema; o cuando un decreto privó a un jubilado de su acreencia regularmente obtenida, en infracción a los arts. 17 y 18 de la Constitución. Por ser inconciliables con el principio de reserva o legalidad que rige en



materia tributaria, establecido la Corte la falta de adecuación a la Constitución de los Artículos 37, 38 y 40 del decreto 435/90.

También fue considerado incompatible con nuestro ordenamiento constitucional, el decreto, 2736/91, en cuanto creó un hecho imponible distinto al previsto por la ley 17.741. A su turno, fue reputado inconstitucional por transgredir lo arts. 16 y 17 de la ley suprema, el art. 1 del decreto 2075/93, al considerar como gastos del concurso, a gastos adelantados de cualquier naturaleza.

En “Cocchia”, se declaro la inconstitucionalidad del art. 36 in fine del decreto 817/92, al transgredir el art. 14 del la Constitución, pues imponía a las negociaciones de los nuevos convenios una prohibición al apartamiento de las condiciones mínimas fijadas en la ley de contrato de trabajo y en la legislación sobre accidentes de trabajo, impidiendo de esa manera al sindicato cumplir con so objeto fundamental, cual es la defensa de sus representados.



CONCLUSIONES

1. En la actualidad el Estado de Guatemala, es uno de los principales violadores de los derechos humanos y del respeto de las garantías económico sociales, a través de no velar por el cumplimiento de las mismas, por parte de los operadores de justicia encargados de la aplicación del ordenamiento jurídico en materia de regulación del trabajo domestico, violentando el derecho de igualdad de las personas afectadas.
2. La violación a las garantías económicas, sociales y culturales de las personas que se dedican a trabajos domésticos y la falta de regulación clara en la legislación guatemalteca, coadyuva a generar un ambiente de falta de certeza jurídica para los la sociedad guatemalteca, ya que no se contribuye al proceso igualdad y cohesión social entre los habitantes.
3. En su mayoría, las actividades domésticas afectan bienes y servicios de manera directa, los cuales son susceptibles de ser intercambiados en el mercado laboral. El punto clave se encuentra en que estas mismas actividades, llevadas a cabo en el marco de una relación social determinada como lo es la familia, no son objeto de ningún intercambio mercantil y se caracterizan por su gratuidad.
4. Es necesario puntualizar que los operadores de justicia y principalmente los jueces, deben ser los garantes del respeto al derecho de defensa y debido proceso de las personas que laboren en el sector domestico, todo ello con la finalidad de garantizar la observancia por parte del tribunal de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y alcanzar una justicia pronta y cumplida, basada en el principio de equidad.
5. Se puede enfatizar que la institución del Procurador de los Derechos Humanos juega un rol muy importante para alcanzar el respeto de los derechos humanos, en la investigación de toda clase de denuncias planteadas por cualquier persona relacionadas a la violación de los derechos económicos y sociales, los cuales comprenden al trabajo domestico y es por ello que se constituye en un ente de fiscalización de los distintos actores que conforman el sector justicia o entidades gubernamentales.





RECOMENDACIONES

1. Es indispensable que el Estado implemente políticas encaminadas a la protección de los denominados derechos de segunda generación, es decir, derechos económicos, sociales y culturales y que principalmente se aplique y respete lo que establecen los distintos instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia de derechos humanos, especialmente en lo relativo al trabajo domestico.
2. Que el Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Trabajo, implemente mecanismos y políticas encaminadas a cumplir el principio de justicia social y a velar por el respeto a las garantías mínimas que establece la legislación del trabajo, en todos sus ámbitos y de promoción de los derechos económicos y sociales inherentes a las personas, todo ello con la finalidad de hacer conciencia para que no se cometan tantos abusos en lo relativo al trabajo domestico en nuestra sociedad.
3. Se debe implementar por parte del Estado, políticas y programas que viabilicen la creación de un verdadero marco de protección de los derechos humanos, específicamente los económicos y sociales y que en la realidad se apliquen por parte de los distintos actores involucrados en el sector justicia, de tal manera que se contribuya a la consolidación y fortalecimiento de un Estado de Derecho.





BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Mario. **Ensayo sobre el futuro del derecho del trabajo**. Ed. Zavalia, Argentina, 1977.

BIDART CAMPOS, German. **Principios constitucionales del derecho del trabajo**. Ed. Desalma, Argentina. 1988.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Ed. Heliasta. Argentina. 1988.

CARCABALLO, Hugo, **Los derecho irrenunciables de los trabajadores**. Ed. Eudaba, Argentina. 2004

CORNAGLIA, Ricardo. **El ataque al principio de progresividad**. Ed. Desalma. Argentina. 2000.

DIAZ LÓPEZ, Mario Rene. **Jornadas de trabajo y sus modalidades**. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

FERREIRO, Estela. **La igualdad del derecho del trabajo**. Ed. Desalma, Argentina. 1996.

GOLDIN, Adrián. **Las bases del derecho del trabajo**. Ed. Eudaba, Argentina. 1999

GRISOLIA, Julio. **El Derecho del trabajo, presente y futuro**. Ed. Sociedad Argentina de derecho laboral. Argentina. 2000.

HERNANDEZ CASTILLO, Hermógenes Daniel. **Los principios ideológicos del derecho del trabajo y su realización en nuestra legislación positiva**. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1974.

NAPOLI, Rodolfo. **Derecho de Trabajo**. Ed. Desalma, Argentina. 1993.

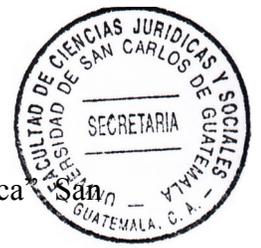
OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta. Argentina. 1984.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana, 02 de mayo de 1948.



Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”
José Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Código de Trabajo. Decreto 1441, del Congreso de la República, 1961.