



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO

DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

**UN ESTUDIO SOBRE LA INSTITUCIÓN Y SUS EXPRESIONES EN EL DERECHO
COMPARADO**

RAÚL JESÚS ALEJANDRO ROMERO DÍAZ.

**Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.**

Profesor guía: Ignacio Covarrubias Cuevas.

Santiago, Chile

2024

*Quiero agradecer y dedicar esta memoria a cada una de las personas que me
han acompañado durante mi carrera,
a mi familia, por todo el amor y las enseñanzas que me han brindado,
a mis amigos, que alimentan mi confianza en un mundo mejor
a cada uno de los docentes que formaron los pilares de mi carrera,
al Decano de la Facultad, Sr. Ignacio Covarrubias Cuevas,
por guiar esta tesis, por su mentoría
y sobre todo por darme la oportunidad de enseñar.*

ÍNDICE

1. Introducción.....	6
2. De las leyes.....	8
3. Las amarras al leviatán.....	10
4. De la Constitución como límite al Estado.....	11
5. Supremacía Constitucional. Constitución: Norma y Suprema	15
6. Implicancias de la Supremacía Constitucional: La <i>judicial review</i> y el control de constitucionalidad.....	19
6.1. La herencia inglesa del <i>common law</i> y el rol del cristianismo en el desarrollo del control de constitucionalidad.....	19
6.2. El Federalista en el desarrollo del Control de Constitucionalidad....	21
6.3. Marbury v. Madison en el desarrollo del Control de Constitucional: La <i>judicial review of legislation</i>	22
6.4. No podemos olvidar a... en el desarrollo del Control de Constitucional.....	25
7. Materialización del control de constitucionalidad.....	26
7.1. Para gustos, los colores; para Estados, los Ordenamientos Jurídicos: Formas de materializar el control de constitucionalidad....	26
7.1.1. Según la naturaleza del órgano encargado de resolver las cuestiones de justicia constitucional: político o jurisdiccional.....	31
7.1.2. Según la pluralidad de órganos o la unicidad del ente competente para controlar: difuso o concentrado.....	37
7.1.3. Según la modalidad de control del órgano: concreto o abstracto.....	38

7.1.4.	Según los efectos de la sentencia estimatoria: inaplicar un precepto o expulsarlo del ordenamiento jurídico.....	41
7.1.5.	Según el alcance de los efectos de la sentencia: erga omnes o inter partes.....	42
7.1.6.	Según el momento en que se ejerce el control: a priori/preventivo o a posteriori/represivo.....	43
7.1.7.	Según la inconstitucionalidad sea provocada por acción o por omisión legislativa.....	43
8.	Conclusión.....	45
9.	Bibliografía.....	47
9.1.	Recursos bibliográficos en material impreso.....	47
9.2.	Recursos bibliográficos en línea.....	50

Resumen

La presente memoria tiene por objeto analizar el estudio del control de constitucionalidad de la ley, sosteniendo la insuficiencia de la contraposición europea/ americana como método idóneo para abordar dicho tópico y prefiriendo en su reemplazo el análisis de los diferentes elementos que pueden configurar dicha institución.

Palabras claves: Control de Constitucionalidad de la ley, Derecho Comparado, Constitución, Supremacía Constitucional, Judicial Review.

1. INTRODUCCIÓN

En tiempos en que se discute intensamente el rol de nuestros órganos de control constitucional, es natural que, ante un afán de reforma al sistema, se observe en el derecho comparado las diferentes formas de constituir un determinado modelo jurídico de control. El peligro de lo anterior estriba en adoptar elementos de un determinado modelo que no se condice con el contexto jurídico-social del estado adoptante, en aquel caso, el elemento importado gozará no solo de escasa efectividad,¹ sino que incluso podría ser contraproducente al ordenamiento jurídico. Ante ello, resulta necesario que, previa a dicha circulación de modelos, se estudie la armonía entre los elementos a incorporar y los respectivos elementos identitarios del estado; para lo cual, se debe tener claro cuáles son los elementos que pueden variar de un modelo de control a otro y qué es lo que fundamenta esa determinada configuración en el modelo primitivo.

Por ello, mediante la presente memoria se busca abordar el control de constitucionalidad de la ley afirmando la insuficiencia de la contraposición europea/ americana como único estado del arte del control constitucional, prefiriendo por sobre ella el entendimiento de los diferentes elementos que pueden configurar dicha institución, entendiendo la razón detrás de la forma de dichos elementos, facilitado así la comprensión de las distintas variaciones del control de constitucionalidad y con ello, una armoniosa traslación en los sistemas jurídicos.

En consecuencia, el presente estudio comenzará tratando lo que es el control de constitucionalidad de la ley desde sus raíces, buscando la comprensión de la constitución como norma suprema y de la implicancia que tiene la supremacía constitucional en la configuración del control de constitucionalidad. Una vez sentadas las bases del Control de Constitucionalidad, se estudiará los diferentes elementos que generan la variación de un modelo respecto de otro, para posteriormente buscar la demostración de que los modelos existentes requieren para su configuración o reconfiguración, la adopción de elementos constitutivos que dialoguen en armonía con el contexto jurídico-social del

¹ AJANI, Gianmaria, "et al". Sistemas jurídicos comparados, Lecciones y materiales. 2a ed. Barcelona: Universitat 47, 2010. 70 p.

estado; cuestión que finalmente apoyará la tesis de que, en la complejidad normativa comparada, el estudio del control de constitucionalidad no se puede basar solamente en el estudio contrapuesto de un control Americano vs Europeo, o difuso vs concentrado sino más bien deberá tomar en cuenta los elementos constituyentes de cada control y como estos convergen produciendo un determinado modelo.

2. DE LAS LEYES

El fenómeno de la sujeción de las personas a determinadas reglas no es exclusivo de una sola etapa de la historia humana. Desde tiempos inmemoriales el ser humano ha contemplado el cielo y la tierra, ha podido observar que el universo se desenvuelve a través de patrones, que su expresión respeta ciertas normas y que estas leyes a su vez le permiten aprehender al universo mismo, comprenderlo y dar un cierto orden para facilitar nuestra comprensión; tanto es así, que se han hecho sinónimos los conceptos de Universo y de Cosmos². Por lo anterior, es que resulta natural que nuestra manera de comprender el mundo esté estrechamente vinculada con la idea de que la *expresión* de la existencia de las cosas responda necesariamente a una forma en que se *deben* dar las cosas, pudiéndose así afirmar una necesidad humana en encontrar verdades permanentes, así afirma Hana Arendt “[m]ás importante que la verdad es el hombre que la busca”³. Ejemplo vivo de aquello es el rol fundamental que ha tenido la religión en los diversos sistemas jurídicos y la búsqueda, no solo inspirando y empapando la normatividad con un conjunto de valores y principios que lo guían a un destino, sino también llegando a ser el mismísimo ordenamiento jurídico.⁴

Es así como la forma de entender el mundo no difiere de la manera misma de comprendernos y de regularnos como un animal social, pues ante una multiplicidad de interacciones que pueden resultar cada vez más caóticas y poco armoniosas, las sociedades han adoptado o se les ha dado, diversos conjuntos de normas en busca de un *kosmos*; de un orden ya sea dado por la naturaleza humana, divina o potestativamente

² Éste último derivado del griego kosmos, entendido como aquello que posee cierta armonía y orden *vid.* COSMOS [en línea] Encyclopædia Britannica. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <<https://www.britannica.com/science/Cosmos-astronomy>>

³ ARENDT, Hannah. “Aufklärung und Judenfrage”, En: Die verborgene Tradition. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, (1976) pp. 108-126. p. 109.

⁴ No se puede desligar el estudio de la evolución de los diferentes sistemas jurídicos con la forma en que se relacionan con la religión, pues el estudio de la norma viene dado a su vez por los principios y valores cuya consecución busca obtener o preservar y que en cuyo origen o desarrollo han interactuado con la Religión predominante de un territorio. Así es como un sistema jurídico Románico-Germánico o uno Anglosajón o un Sistema Jurídico Musulmán, poseen ya sea en su origen o desarrollo valores y principios cuyo contacto o influencia con la religión es imposible de negar.

por quien detenta el poder.⁵ Es así como se erige la figura del “Estado/Autoridad” como un *status* que debe perpetuarse, una forma determinada de existir con una cierta armonía -un determinado sujeto que debe permanecer en el tiempo para que la sociedad se pueda desenvolver de una determinada forma-.

Es por esto que este orden sería imposible sin las leyes. Sin esas normas dictadas por el Estado que regulan el complejo universo social, que establecen un margen discrecional dentro del cual nuestras actuaciones se pueden desenvolver con el fin de seguir manteniendo un balance que nos permita vivir en común.

⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*. España: Gredos, 2022. 496. Aristóteles da a entender que la política es una forma de mantener a la sociedad “ordenada” con normas y que tal como también afirma Letelier, se fundan en la amistad natural del hombre. De este modo sostiene que: tal como afirma la tradición platónica y aristotélica, la sociabilidad del hombre no es otra cosa que una amistad natural del ciudadano por sus semejantes y, por lo tanto, el fundamento de la sociedad política y “causa eficiente” del Estado es la concordia política, forma mínima de la amistad electiva. *Vid*, LETELIER Widow, Gonzalo. La amistad como principio de la Polis. **Revista Derecho y Humanidades**. (19): 153-177, 2012. p. 166.

3. LAS AMARRAS AL LEVIATAN⁶

Para explicar el fundamento del establecimiento de la sociedad/Estado y las amarras a los individuos, la filosofía política ha ofrecido varias respuestas: desde la existencia de un pacto social, pasando por la concretización del orden divino, o simplemente por el predominio de un grupo por sobre otro; mas no sería prudente dejarse llevar por la creencia de que el establecimiento del Estado se justifica por sí solo, sino que independiente de la vertiente que se asuma para explicar la existencia de un poder estatal, es necesario comprender que este poder estatal existe derivado de la convicción de que la vida en común es preferible a la vida en solitario, y que el rol que cumpliría dicho Estado es justamente permitir y armonizar esa vida en común. Ahora bien, sea cual sea la razón del origen del poder estatal, no es menos cierto que una vez establecido no ha resultado exento de normas que han nacido impuestas en busca de intereses individuales o grupales. Lo anterior no *necesariamente* dará resultados negativos,⁷ pero sí es muy probable que, al no regirse necesariamente la normativa por algo exterior a la voluntad humana, la sociedad pueda quedar a merced de pasiones de los gobernantes de turno, siendo incapaz de distinguirse la ley de la fuerza⁸ y provocando descontento en la población cuando dichas pasiones no se corresponden al beneficio social. Es por todo esto que la figura del Estado levanta suspicacias ante la gente, pues la figura de un

⁶ Así como para entender una determinada obra de arte, hay que entender también a su autor y el contexto en el que crea semejante pieza es que debemos entender también al legislador, pues no es errado afirmar que las leyes nacen con el fin de armonizar una conducta humana con ansias de extender en el tiempo una determinada visión del mundo, y hay que tener en claro quién es ese arquitecto de la sociedad y como ha sido su evolución en el tiempo. Si bien no es objeto de esta tesis dilucidar la naturaleza y origen del poder soberano, hay que tener presente las diferentes formas en que este puede llegar a existir.

⁷ Entendiendo que el ejercicio del poder político se da por la imposición o acuerdo de diversos intereses. No es objetivo de esta tesis el hacer un juicio valórico de la conveniencia o inconveniencia de la imposición o acuerdo de determinados intereses. Pues para algunos la conveniencia de aquello será dada por la sujeción al beneficio o acuerdo de los sujetos y por otros por la sujeción a determinados principios y valores. Esta discusión no es nueva, la existencia de formas de gobiernos basadas en el interés propio o de la comunidad viene siendo estudiada desde tiempo de Platón y Aristóteles con *La República* y *La Política* respectivamente. Cfr. KNOLL, Manuel. Aristóteles y el pensamiento político aristocrático. **Revista de Filosofía**, 73 pp. 87–106. 2017.

⁸ Letelier afirma que: “El punto fundamental es que toda ley, si es verdaderamente ley, se dirige a hombres, y por lo tanto actúa sobre la razón, que es forma de la virtud moral; de lo contrario, será pura fuerza dirigida a autómatas, a los cuales tratará como cosas. Quinientos años de voluntarismo teórico demuestran que si la ley es puro acto de una voluntad superior, no hay modo de distinguirla de la fuerza.” LETELIER Widow, Gonzalo. Op.cit., p. 166.

Leviatán, tal y como se le ha descrito a través de los últimos cuatro siglos, no puede dejar de causar temor por todo el poder que posee.

Por lo anterior, el desarrollo de lo político jurídico ha hecho que las amarras no sean solo impuestas al títere, sino también al titiritero. Es decir que las normas no solo obliguen a los individuos componentes de la sociedad, sino además al poder soberano. Teniendo como ejemplos de ello la monarquía inglesa y la sujeción de ella a documentos como la Carta Magna de 1215, el *petition of rights* de 1628, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y el *Bill of rights* de 1689.

4. DE LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE AL ESTADO

Son muchos los mecanismos que se han desarrollado a través del tiempo en pos de establecer ciertos límites a la discrecionalidad del poder estatal, ya hemos hablado en el capítulo pasado de la sujeción del poder soberano a las normas, pero podemos encontrar otros límites como lo son: el establecimientos de determinadas formas de gobierno –como la República y la Democracia–, ciertas formas de ejercicio del poder mismo –como la teoría de separación de poderes– y también, la consagración de ciertas garantías –como los Derechos fundamentales–. Todo ello configura al Estado en cuanto estructura misma, siendo obligado a guardar ciertas formas en el ejercicio del poder soberano, como también a respetar un contenido que debe abstenerse de afectar. Siendo esta configuración estructural la que se establece en las Constituciones Políticas.

Si bien el concepto de Constitución Política lo podemos encontrar desde ya con Aristóteles en su obra “La Política”, su significado difiere materialmente de lo que entendemos contemporáneamente como tal, pues para el filósofo griego se refleja en lo siguiente:

Una constitución es el orden de una *polis* y de sus distintas magistraturas, en particular de su magistratura suprema. La magistratura suprema es, en todas partes, el gobierno de la *polis*; de hecho, el gobierno es la constitución misma (Pol. III,6,1278b8-11).

Por tanto, sería anacrónico sostener que para Aristóteles la Constitución reviste el rol de norma jurídica, sino al contrario, será el orden mismo en que se expresa el gobierno de la *polis*, será la forma en que se constituye el gobierno. Lo anterior, si bien dista de la concepción actual de norma vinculante, no dista en cuanto al resultado final, esto es, la consagración de aquel orden en que se erige el Estado. Por tanto, la Constitución normativa se establece como una herramienta a través de la cual se busca la Constitución aristotélica,⁹ es decir, la materialidad o configuración final del Estado.

Es en este contexto que las Constituciones se erigen: 1) como un marco a través del cual se establece una determinada estructura que configura al Estado, 2) como normas que garantizan ciertos Derechos reconocidos ante los cuales se debe abstener de afectar y 3) como norma que obliga no solo a los individuos dentro de un territorio, sino además al poder mismo.¹⁰

Ahora bien, para comprender a la Constitución en los términos actuales -como una norma jurídica vinculante, que organiza y delimita al Estado, que es escrita,¹¹ codificada¹² y de carácter supremo- debemos entender que dicha concepción es la manifestación de ideas heredadas en su mayoría de la edad moderna, como lo es la teoría de la existencia de un contrato social, de la separación de poderes del Estado, así como de derechos emanados de la naturaleza humana. Estas ideas las podemos encontrar vertidas en la que se puede catalogar, por importancia y antigüedad, como la primera Constitución escrita: la Constitución de Estados Unidos del año 1787, a través de la cual se regula el poder central, se materializa una separación de poderes (los tres primeros artículos

⁹ Incluso en la actualidad, con el Estado de Derecho y la sujeción de éste al principio de legalidad, el Estado y sus organismos menores a ella se deben regir netamente a lo dispuesto en la Constitución Política y a las normas derivadas de ella. Pudiendo postularse que el gobierno último no es el de la pura voluntad del soberano sino la del Derecho, que otorga una determinada discrecionalidad dentro de los mismos marcos de las normas que establece, siendo la cabeza de ella la Constitución Política como norma Suprema.

¹⁰ Esta afectación será diferente según el Derecho Fundamental sea protegido a través de asegurar la abstención de injerencia del Estado o a través de asegurar una determinada prestación por parte de éste.

¹¹ Mención relevante hay que hacer a aquellas Constituciones que no se encuentran codificadas de manera escrita en un texto único como las llamadas Constituciones Materiales y que se consagran como un conjunto de normas y principios a través del cual se expresa el Estado en términos de regular la organización fundamental de él como lo es la Constitución del Reino Unido, la cual - junto como los autores ingleses como Blackstone – resultó en inspiración de la Constitución Norteamericana.

¹² Para más profundización acerca del origen de la Constitución a través de la codificación ver NÚÑEZ, José Ignacio. El Constitucionalismo: tres nortes para una misma brújula. **Seqüência estudos Jurídicos Políticos**, 36 (70):77-92, 2015.

versan sobre ello), se reconoce la soberanía de los Estados y se entrega garantías de protección ante la acción del Estado. Del mismo modo, tienen gran importancia las primeras diez enmiendas del año 1791 denominadas *Bill of right*, en las cuales se limita de manera mucho más patente el ejercicio del poder soberano del Estado estableciendo en las primeras nueve enmiendas un catálogo mucho más visible de derechos fundamentales.¹³

De igual forma encontramos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia del año 1789 el reconocimiento de una serie de derechos naturales que sirven como límite y prevención ante el ejercicio del poder del Estado, de esta forma lo establece su preámbulo:

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; (...)

Sí bien la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano no tiene como objetivo el de regular la manera en que se constituye el Estado, resulta un puntapié a reconocer determinados derechos naturales que sirven como límite al ejercicio del poder soberano; siendo elementos que darán forma a las mismas Constituciones.

Por lo anterior y simplificando la evolución histórica de la Constitución se puede entender a ésta como un instrumento binario, que por un lado establece el marco u orden a través del cual se debe expresar el Estado en el ejercicio de su poder soberano, y por

¹³ Hay que tener presente que como bien indica Hamilton en las publicaciones del Federalista (particularmente en el Número 84) la constitución misma ya regulaba determinadas garantías como el habeas corpus, la irretroactividad de la ley penal, etc. Para más información ver THE FEDERALIST PAPERS N° 84 [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed84.asp>

otro lado también como un conjunto de normas que garantizan la no afectación por parte del Estado.

De esta forma define García de Enterría a la Constitución:

“La constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construido; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad”.¹⁴

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Thomson Civitas, 2006. 324 p.

5. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIÓN, NORMA Y SUPREMA.

Para entender la Constitución Política en los términos actuales y el rol relevante que toma la justicia constitucional, es necesario comprender que más que una declaración de principios, la constitución es norma y es suprema. Que sea norma, quiere decir que presenta una fuerza normativa que la hace obligatoria para sus receptores; por otro lado, que sea suprema quiere decir que resulta elevada ante otras normas, ya sea por jerarquía en la producción de las demás, como en el contenido.

Estas dos ideas, tanto la fuerza normativa de la constitución como la supremacía de ella ante otras normas, son distintas caras de una misma moneda: cual es la Supremacía Constitucional. Concepto que no se entiende sin una u otra cara, pues la sola norma que obliga no es necesariamente suprema y no puede ser suprema una norma si esta no tiene fuerza obligatoria.

Para llegar a este estado de las cosas, es necesario entender que la Supremacía Constitucional no ha sido fruto de una creación espontánea, sino fruto del desarrollo histórico de las ideas constitucionales. Es por ello que no podemos dejar de lado el contexto histórico en que se desarrolla la idea de fuerza normativa de la constitución, cuya consecuencia final es el respeto de ella por todos los individuos de la sociedad como del mismo poder del Estado. Esta consideración de la sujeción del poder a una normatividad preestablecida tiene como piedra fundante la Constitución del Reino Unido y el aporte de autores como Blackstone y Coke en la defensa del *common law* y sus principios generales.¹⁵

En línea con lo anterior, es relevante entender cómo es que la Constitución Inglesa (como conjunto normas y principios sin codificación) se consagra en importancia al regular entre sus ideas fundamentales la Separación de Poderes, la Soberanía Parlamentaria y lo que se podría afirmar como la piedra angular de la Supremacía

¹⁵ Presupuestos del constitucionalismo: Así como anteriormente se afirmó que la creación del estado se deriva de la creencia de que es preferible la vida en común que en solitario, no se debe caer en el error de identificar las amarras al poder estatal, con la creencia de que siempre el poder estatal será negativo para la sociedad, pues así como la causa del Estado es la creencia de un bien común, la generalidad del actuar del estado debería venir dada por ello.

Constitucional: el Estado de Derecho o en palabras del *Common Law*, el *Rule of law*; esto es la sujeción del poder del Estado y de todo individuo a la ley, dejando así de ser el monarca el detentador de un poder absoluto y pasando a estar limitado por la Ley.¹⁶ De esta forma expresa Bazán: *El vigor normativo de la Constitución implica la efectiva vinculación jurídica (y no solamente política) de los poderes públicos —entre ellos el legislador— a las disposiciones constitucionales, que consagran mandatos jurídicos y no meras expresiones de deseo.*

Así, los primeros elementos de la Supremacía Constitucional serán su fuerza normativa y, por extensión de principios, el Estado de Derecho; entendido este como la sujeción a las leyes tanto por parte de los individuos como por parte del poder soberano.

Por otro lado, en la otra cara de la moneda, encontraremos como elemento formante de la supremacía constitucional el hecho de que la Constitución sea efectivamente superior a otras normas. Logrando con ello que se pueda llegar a prescribir ciertos límites a otras normas que no se pueden pasar a llevar, como la consagración de los derechos fundamentales, la prescripción de la forma en que se debe expresar el mecanismo estatal, sus organismos, poderes y atribuciones. De esta forma lo ilustra el profesor Núñez Leiva:

*Así, la supremacía constitucional sería equivalente a una supranormatividad intrasistémica e impondría un deber de subordinación dirigido a las otras fuentes formales del derecho. Ello conduciría a resolver las eventuales contradicciones entre la norma suprema y las inferiores, en base al criterio de solución de conflictos normativos denominado “jerárquico”.*¹⁷

Ahora bien, respecto a que es lo que hace que una determinada norma sea superior a las demás, podemos encontrar que esta superioridad normativa puede

¹⁶ Se estima que algunos hitos generadores de la Sujeción del Poder Absoluto del Monarca a las leyes, resultan ser la Carta Magna de 1215, el Bill of Right de 1689 y fallos de trascendencia como Entick v. Carrington. Para mayor profundidad acerca del Rule of Law, la preponderancia en la Constitución Inglesa y la producción normativa en el Common Law ver JIMÉNEZ ALEMÁN, Ángel. La Producción Normativa en el Common Law. Fundamentos para un análisis de Derecho Constitucional Comparado. Tesis (Doctor Internacional). Vigo, España: Universidad de Vigo, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, 2013.

¹⁷ NÚÑEZ, José Ignacio. Jurisdicción Constitucional: las Implicancias del Neoconstitucionalismo. Santiago, Chile: Der Ediciones, 2019, 290 p., p. 35.

fundarse en el mecanismo de producción formal de las normas,¹⁸ en su origen¹⁹ o en poseer un determinado contenido²⁰ que se entiende más elevado a los demás.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos finalizar postulando que los elementos principales de la Supremacía Constitucional son: su obligatoriedad como norma tanto para el resto de los individuos como para el mismo poder soberano; y la superioridad de ella por sobre otras normas, dada ya sea por su jerarquía, su origen y/o su contenido.

Esta concepción de la supremacía constitucional comprendida como un desarrollo doctrinario y hasta jurisprudencial pasará a tener un peso normativo con su formulación positiva en la primera Constitución escrita de un país²¹, así lo establece la Constitución Estadounidense en su artículo VI, párrafo segundo:

“Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se realicen con arreglo a ella, y a todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados

¹⁸ Desde el punto de vista de la producción formal, podemos encontrar la vertiente positivista de Kelsen acerca de una jerarquía por la cual se regula la forma en que unas normas se derivan necesariamente de otras otorgando validez por el hecho de provenir de una de mayor jerarquía, y siendo la primera que valida la existencia de las demás la *norma hipotética fundamental*. En este sentido *la validez de la norma depende de la creencia de los individuos, esto es, de que los miembros de la comunidad consideren, mediante su práctica, a las normas positivas como instancias que deben obedecer*. Vid. SERRANO, Enrique. Teoría de la Constitución, Positivismo y Derechos Fundamentales. **Revista Andamios**, 9 (18): 59-87, 2012. p. 65.

¹⁹ La jerarquía de normas en cuanto a su origen puede venir de la mano de su origen, como por ejemplo derivada de un origen divino como propone St. German, por la cual la ley suprema será la ley eterna, de la cual derivarán las demás leyes como lo son la ley natural, la ley de Dios y la ley Humana. En este sentido la validez de la norma y su superioridad provendrá de su origen. De la misma forma y con cierta modificación se expresa Blackstone al clasificar las leyes como Ley Natural, Divina y Humana de la siguiente forma: *The first of these, the law eternal "is well called the fyrste/ for it was byfore all other lawes. And all other lawes be deryvyed of it."* Vid. HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty, **The George Washington Law Review**, 72 (1): 2-41, (2003), p. 9. Por otro lado, podemos encontrar que la norma será suprema según provenga del poder constituyente tal como afirma el profesor Humberto Nogueira, así pues, la “supralegalidad generará como consecuencia la rigidez constitucional, que constituye a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución [...] la determinación de que en la cúspide del ordenamiento jurídico estatal se encuentra la Constitución establecida **por decisión del poder constituyente y solo modificable por él**” vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Tópicos Sobre Jurisdicción Constitucional Y Tribunales Constitucionales. **Revista De Derecho**, 14, 43–66 p., jul 2003, p. 24.

²⁰ En este sentido podemos encontrar determinadas normas que se entienden supremas debido a que su contenido, es el caso de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.

²¹ Tenemos que tener claro que, aunque la primera regulación escrita de una Constitución a nivel país se suele atribuir a Estados Unidos, ya existían regulaciones de carácter constitucional que si bien abarcaban menor extensión territorial, seguían siendo tales, así es como podemos encontrar dentro del mismo Estados Unidos, constituciones estatales como la de Pennsylvania (1776), Virginia (1776), Maryland (1776) New York (1777), entre otras. Vid. 18TH CENTURY DOCUMENTS: 1700 - 1799 [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/18th.asp>

Unidos **constituirán el derecho supremo del país** y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlo, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier estado alguna disposición que lo contradiga”²²

²² 2. This constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding. *Vid.* U.S. CONSTITUTION [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/usconst.asp>

6. IMPLICANCIA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.

Si entendemos que efectivamente la Constitución es norma y que es norma suprema, la principal implicancia que podemos encontrar debido a su naturaleza elevada es la interrogante acerca de que sucede si una ley ordinaria contraviene a la misma Constitución. En otras palabras, la mayor consecuencia de entender la Constitución como norma obligatoria y suprema es el deber de velar porque efectivamente se respete dicha supremacía constitucional frente a otras leyes o actos de Estado. Encontrando dentro de este tópico a uno de los mecanismos más importantes: el control de constitucionalidad de la ley.

En dicho sentido se expresa Victor Bazán: *la supremacía y la fuerza normativa de la Ley suprema componen el fundamento esencial del control de constitucionalidad*. Para entender el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo que explica la concreción del control de constitucionalidad se deben entender tres hitos. En primer lugar, encontramos la herencia inglesa del common law y el rol que jugó el cristianismo en él; en segundo lugar, encontramos las ideas divulgadas por *El Federalista*; y en tercer lugar encontramos la decisión del Juez John Marshall en el caso Marbury v. Madison.

6.1 La herencia inglesa del *common law* y el rol del cristianismo en el desarrollo del control de constitucionalidad.

El primer hito que comienza a esbozar una respuesta ante el conflicto de dos normas (siendo una superior a la otra) la encontramos en los albores del *common law* y su vínculo con el cristianismo²³. Esta estrecha relación provocó que autores como St. Germain, Coke y Blackstone argumentaran que la ley natural²⁴ regía por sobre las demás

²³ Vid. ZIMMERMANN, Augusto. Bajo Dios y bajo la ley: fundamentos de Derecho natural en el sistema del Common-law inglés. *Revista Prudentia Iuris*. (76): 145-156. 2013.

²⁴ Santo Tomás de Aquino afirma que respecto a la criatura racional “hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural”, en el mismo sentido, afirma que la ley natural “no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional. SUMMA TEOLÓGICA, I-II, CUESTIÓN 91, ARTÍCULO 2. [en línea] Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino [fecha de consulta]: 19 Marzo 2024. Disponible en: <<https://hjjg.com.ar/sumat/b/c91.html>>

leyes creadas por los hombres y que en el caso de contradecir las segundas a las primeras, las leyes del hombre resultarían nulas al contradecir a la ley natural.

Ejemplo de aquello lo podemos encontrar en Christopher St. Germain, quien afirmó que la “ley del hombre” descansa en la necesidad de la paz social y la coordinación. Y, sin embargo, toda ley que va contra la ley de Dios “no es recta ni obligatoria”.²⁵

Un segundo ejemplo lo podemos encontrar en una de las más importantes sentencias de Sir Edward Coke en el caso Dr. Bonhams, en el cual se expresa de la siguiente forma:

“Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el *common-law* controla leyes del Parlamento, y en ocasiones las decreta completamente nulas; **porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y la razón, o repugnante, o imposible de llevar a cabo, el *common-law* controla y la decreta nula**”²⁶

Por último, podemos encontrar la siguiente cita de William Blackstone en su obra *Comentarios de las leyes de Inglaterra*:

*“La ley natural, siendo coetánea a la humanidad y dictada por Dios mismo, es por supuesto una obligación superior a todas las demás. Es vinculante sobre todo el mundo, en todos los países y en todo momento; **ninguna ley humana tiene validez, si es contraria al derecho natural**; y aquellas que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este derecho original”*.²⁷

Relacionando los tres ejemplos anteriores resulta natural afirmar que dentro de las mentes inglesas ya existía la idea de que ciertas normas priman sobre otras, haciendo que frente a la contradicción las de menor jerarquía sean ineficaces.

²⁵ ZIMMERMANN, Augusto. Op. Cit., p. 149

²⁶ *Ibíd.* 151.

²⁷ *Id.* p. 155.

Este control de armonización en que prima la ley natural por sobre la ley del hombre se ve complementado en el territorio americano colonial con el rol de contralor que tienen los tribunales; así, según lo describe Gianmari Ajani et al., antes de la declaración de la independencia y antes de la creación del ordenamiento federal, las colonias inglesas ya ejercían una suerte de armonización normativa, entendiendo que las leyes coloniales se aplicaban en cuanto no se oponían al derecho inglés; siendo los tribunales los encargados de resolver los conflictos de jerarquía en que primaba el *common Law* (en el sentido amplio de principios) por sobre los *statutes* (en el sentido de genérico de derecho legislado).²⁸ Siendo por ello que afirma Ajani que: “el mecanismo de control judicial sobre la validez de las leyes no era desconocido en la experiencia inglesa y era una práctica habitual también en las colonias”.

6.2 El Federalista en el desarrollo del Control de Constitucionalidad.

El segundo hito relevante en sentar las bases del control de constitucionalidad es la influencia que tuvieron las publicaciones de Hamilton, Madison y Jay en el periódico “el Federalista” bajo el seudónimo de *Publius*. Estos documentos tenían como principal objetivo argumentar dentro del Estado de New York en favor de la aprobación de la Constitución Estadounidense, objetivo que a la vez sirvió para apuntalar y desarrollar una teoría constitucional en sí misma. Es en este contexto que uno de los elementos claves del texto constitucional era el papel supremo que ejerce la Constitución respecto a las leyes y el rol de guardián de la constitución que le corresponde al poder judicial; consagrándose de esta forma como uno de los cimientos de la *judicial review*. Así lo podemos ver reflejado en los planteamientos de Hamilton al referirse respecto a posibles conflictos entre la constitución y la ley: *Y sí ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.*²⁹

²⁸ AJANI G. et al. Op.cit., p. 201.

²⁹ Traducción extraída de: GARCIA GARCIA, José Francisco. Tres Aportes Fundamentales de el Federalista a la Teoría Constitucional Moderna. **Revista de derecho (Valdivia)**, 20 (1): 39-59 pp. 2007. p.56.

A su vez también afirma que:

No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no sólo lo que éste no permite, sino incluso lo que prohíbe.³⁰

6.3 Marbury v. Madison en el desarrollo del Control de Constitucional: la *judicial review*.

En los dos hitos anteriores hemos podido observar cómo es que no resultaba extraño el control de constitucionalidad³¹ a la experiencia inglesa y colonial americana, y mucho menos a la posterior experiencia estadounidense en la defensa de su Constitución escrita, la cual si bien establecía expresamente su carácter de norma suprema en su artículo VI, “guardaba silencio sobre los medios para tutelar dicha supremacía”.³² Es acá donde cobra importancia la sentencia de Marbury v. Madison dando podio al juez Marshall para declarar por primera vez la inconstitucionalidad de una ley, teniendo como consecuencia la no aplicación de la ley por los tribunales de justicia por no constituir derecho al ser una norma inválida, en otras palabras: la *judicial review of legislation*.

El famoso caso tiene como contexto político la rivalidad entre el ex presidente de los Estados Unidos, John Adams -saliente del cargo- y el presidente Thomas Jefferson - que estaba llegando al cargo-. Antes de terminar su mandato como presidente, Adams designó a varios hombres que lo apoyaron a él y a su partido para los cargos de juez con la intención de frustrar a Jefferson y su Partido Republicano. El Senado confirmó rápidamente los nombramientos de Adams, pero dos días después de la inauguración

³⁰ *Ibíd.*, p. 56.

³¹ Entendiéndolo como un mecanismo de control que busca resguardar la supremacía constitucional en su conflicto con otras normas.

³² AJANI G. et al., *Op.cit.*, p. 201.

del mandato de Jefferson, éste aún no había entregado algunos de los nombramientos de jueces. Jefferson creía que los nombramientos eran nulos porque no se habían entregado a tiempo y le ordenó a su nuevo Secretario de Estado, James Madison, que no los entregara. Uno de los hombres cuyo nombramiento no se había entregado a tiempo era William Marbury, un empresario de Maryland que había sido un firme partidario de Adams y de los federalistas. A fines de 1801, luego de que Madison se hubo negado repetidamente a entregar su comisión, Marbury planteó su problema en la Corte Suprema pidiendo a la Corte que obligase a Madison a entregar su comisión, el mecanismo para ello era el llamado *writ of mandamus*.

El conflicto de constitucionalidad en este caso se da respecto de la Constitución y la *Judiciary Act* de 1789, una norma que le entrega a la Corte Suprema la jurisdicción para conocer de ciertos temas, entre ellos el *writ of mandamus*. La Corte dictó su decisión el 24 de febrero de 1803 declarando la inconstitucionalidad de la norma, inconstitucionalidad que se producía desde el momento en que la norma federal de 1789 “ampliaba los casos en que la propia constitución permitía recurrir al Tribunal”³³ de esta forma lo expresa la misma sentencia:

“Por tanto la ley que establece los tribunales de justicia en los Estados Unidos, para dirigir mandamientos a funcionarios públicos, no parece ser reconocida por la Constitución, y se hace necesario indagar si es posible ejercer una jurisdicción así conferida”³⁴

Luego de tal afirmación el Juez Marshall se dispone a argumentar acerca de si una ley contraria a la constitución puede transformarse en derecho aplicable. A continuación, exponemos el que consideramos el principal extracto de la sentencia en que se discute dicha idea:

Las funciones del poder legislativo están definidas y limitadas, y para que esos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita. ¿Qué sentido tendría limitar los poderes, y por qué se habrían plasmado tales limitaciones por

³³ *Ibíd.*, p. 202.

³⁴ *Id.*, p. 204.

escrito, si luego las limitaciones pueden ser ignoradas en cualquier momento por aquellos a quienes se pretende constreñir? [...] Resulta demasiado evidente como para ser cuestionado que, o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualesquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca.

Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es Derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable.

Ciertamente, aquellos que han elaborado Constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas.

Y posteriormente se dispone a justificar la no aplicación de la norma por parte de los tribunales debido a la falta de validez de la misma:

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿vincula a los tribunales y les obliga a darle efectos a pesar de su invalidez? O, en otras palabras, aunque no sea Derecho ¿constituye una regla tan operativa como si fuera propiamente una ley? Esto supondría arrumbar en la práctica lo que se estableció en la teoría y parece, a primera vista, demasiado absurdo como para insistir en ello. (...)

De esta forma la Sentencia del Juez Marshall en el caso de Marbury v. Madison se consagra como la expresión de un mecanismo de control constitucional que da operatividad al principio de supremacía constitucional por medio de “combinar el poder judicial que la Constitución le reconocía a la Corte en su artículo III con la cláusula de

supremacía del artículo VI de la misma Constitución, creando el mecanismo de la *judicial review*".³⁵

6.4 No podemos olvidar a... en el desarrollo del Control de Constitucional

Lo que se ha intentado hacer en los subcapítulos anteriores es instar a comprender que, el nacimiento del Control de Constitucionalidad de la ley no se da por un solo hito sino por un proceso compuesto por diversos trazos que fueron configurando un mecanismo de control de constitucionalidad. Entendiéndolo de esta forma espero que se me perdone el haber dejado de lado otros hitos que siendo importantes no se han visto reflejado en la presente tesis debido a su extensión. Hitos como la discusión entre *Brutus* y *Plubius*, entendiéndose como tal la disputa intelectual entre los antifederalistas y los federalistas, así como destacadas sentencias anteriores a *Marbury v. Madison* que fueron marcando su derrotero, como lo fueron *Hylton v. US*, *Ware v. Hylton*, entre otras.³⁶

³⁵ Citando a Bernard Schwartz, en CARBONELL, Miguel. *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, (5): 289-300, 2006. p. 291.

³⁶ Para mayor profundidad respecto a este tema, ver NÚÑEZ, José Ignacio. *Jurisdicción Constitucional: las Implicancias del Neoconstitucionalismo*. Santiago, Chile: Der Ediciones, 2019. 290 p.

7. MATERIALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Habiendo ya estudiado en los capítulos anteriores el desarrollo de la constitución como norma política, su supremacía constitucional y el proceso de nacimiento de la operatividad de dicho resguardo; estudiaremos a continuación la forma en que dicha operatividad del principio de supremacía constitucional se materializa en diferentes maneras por medio del control de constitucionalidad.

Ahora bien, a pesar de que el control de constitucionalidad se puede llegar a aplicar a cualquier tipo de acto, ya sea actuaciones del poder legislativo y ejecutivo, el más conocido en la *praxis* y al que nos referimos en el presente trabajo es al control de constitucionalidad de la ley.

7.1 Para gustos, los colores; para los Estados, los ordenamientos jurídicos: Formas de materializar el control de constitucionalidad.

Comprender las diferentes maneras en que se materializa el control de constitucionalidad es comprender la existencia de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos y de la diversidad del Derecho³⁷, debiendo entenderse que aquella variedad normativa se explica por la diferencia de identidad de cada Estado o Sociedad que se encuentra normada. Es decir, la identidad normativa de un determinado Estado, será dada por la identidad misma del Estado, identidad formada por aquellos factores de carácter social, cultural e históricos, entre otros. De esta forma lo refleja Ajani:

“Los ordenamientos jurídicos de las naciones se diferencian entre ellos por varios motivos, determinados por la evolución histórica y por decisiones políticas y culturales. Los ordenamientos pueden distinguirse por razón de los principios que los informan (piénsese en el diverso significado que se otorga a la pena capital en el ámbito mismo de la cultura occidental) o por razón de circunstancias de

³⁷ Entendido la voz “Derecho” en su acepción de derecho objetivo u ordenamiento jurídico, es decir, como un “conjunto de reglas de conducta que en una sociedad determinada van a gobernar las relaciones de los individuos entre ellos” DERECHO [en línea] Tesauro de Derechos Humanos - Biblioteca Corte IDH [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr2454.htm#:~:text=Derecho%20objetivo%20es%20el%20conjunto,impondr%C3%A1n%20mediante%20el%20constre%C3%B1imiento%20social>>

hecho (piénsese en el distinto significado que se le da, en diversos sistemas, a la donación); e incluso cuando principios y circunstancias de hecho coinciden, una distinta evolución histórica también puede ser origen de la diversidad”.

Lo anterior provoca que cada Estado constituya de una forma determinada su Derecho objetivo y no de otra forma, atendiendo la dinámica misma en que dicha sociedad se estructura culturalmente. Esto hace que, si bien puedan existir ciertas coincidencias en la forma de pensar las instituciones del Derecho entre dos naciones, la conformación final de las instituciones será diferente según la forma misma en que las sociedades se piensan y constituyen en su Derecho. Es así como el control de constitucionalidad de la ley, como institución del Derecho que es, no se escapa de las diferentes formas de materializarse en los diversos ordenamientos jurídicos ya sea por las diferentes formas de concebir la separación de poderes del estado, los diferentes roles que asume la jurisdicción, la mayor o menor injerencia en la actividad legislativa, entre otras razones.

Es a través de esta diferencia en la ponderación de ideales, que se producen distintos modos de entender la manera en que el control de constitucionalidad se debe ejercer, generando por ello una multiplicidad de modelos a nivel de derecho comparado. Para estudiar estos modelos es necesario comparar.

Dworkin dice que a todo el mundo le gustan las categorías, y a los filósofos legales les gustan mucho³⁸; y es que no falta razón alguna en su afirmación pues para poder comparar, individualizar y situarse en un punto respecto a otros en el mapa, es necesario categorizar; de modo que, extrayendo los puntos más representativos de los objetos de estudio, se puedan agrupar de manera tal que se individualice la esencia que reúne a los objetos pertenecientes a una determinada clase. De esta manera lo explica Scargaglia:

“el término “modelo” implica una idea de clasificación, una idea de síntesis de la complejidad a través de categorías lógicas. La clasificación implica la

³⁸ DWORKIN, Ronald. "Natural" Law Revisited. **University of Florida Law Review**. 34 (2): 165-188. 1982, p. 165.

definición en categorías de los objetos de análisis mediante la identificación de rasgos peculiares de todos los objetos que puedan ser reconducibles a esa clase”.

Es por ello que resulta práctico clasificar las formas de ejercer el control de constitucionalidad de la ley pues nos permite identificar los aspectos más esenciales que conforman determinado modelo, a fin de entender la mecánica o estructura a la cual se puede optar al momento de configurar dicho control en un determinado Estado.

Una de las clasificaciones más usadas cuando se habla de sistemas o modelos de control de constitucionalidad la podemos encontrar en el enfrentamiento del sistema estadounidense versus el sistema europeo, o si se quiere, la confrontación entre los modelos de la *judicial review of legislative actions* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (VfGH).

Es de importancia destacar que, si bien es la clasificación clásica, no se estudiarán los modelos de control de constitucionalidad bajo esta dicotomía, debido a que, si bien puede ser ilustrativo, se puede caer en el riesgo de identificar inexorablemente ciertos elementos con otros, cuando en realidad pueden pertenecer a diferentes formas de estructurar el control de constitucionalidad. A modo de ejemplo, se podría caer en la confusión de que, por existir un mecanismo de control de constitucionalidad concentrado, ineludiblemente el control deberá restringirse a ser de carácter abstracto, cuestión que en la realidad jurídica no es necesariamente así, puesto que el estado del arte a nivel de control se ha complejizado de tal forma que los modelos actuales tienden a tomar elementos de ambos modelos³⁹. En líneas con ello, podemos encontrar a Fernando Segado:

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados en Italia y Alemania tras la segunda postguerra, en cuanto que estos sistemas partieron de una idea de Constitución

³⁹ En el caso chileno, podemos encontrar un órgano concentrado como lo es el Tribunal Constitucional, que aparte de conocer directa y abstractamente de la constitucionalidad de una norma, también puede llegar a conocer concretamente en búsqueda de la inaplicabilidad de una norma a un caso concreto por resultar inconstitucional en su aplicación.

muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo”

Es por lo anterior, que se analizarán los diversos modelos de control constitucional con aquella categorización más general, escogiendo los elementos que se estiman más representativos para poder entender las principales estructuraciones a través de las cuales se expresa un determinado sistema de control constitucional e intentando evitar la identificación de unos con otros, pues si bien en la mayoría de los casos pueden coincidir, el decantarse por una de las categorías no implica la sujeción necesaria a otra, pues ello dependerá netamente de los Estados el configurar de una forma determinada.

Es así como podemos diferenciar los diversos modelos de control de constitucional insertándolos en las siguientes categorías que estimamos más representativas de la estructuración de un sistema de constitucionalidad:

- 7.1.1 Según la naturaleza del órgano encargado de resolver las cuestiones de justicia constitucional (político o jurisdiccional)
- 7.1.2 Según la pluralidad de órganos o unicidad del ente competente para controlar (difuso o concentrado)
- 7.1.3 Según la modalidad de control del órgano (concreto o abstracto)
- 7.1.4 Según los efectos de la sentencia estimatoria (inaplicar un precepto o expulsarlo del ordenamiento)
- 7.1.5 Según el alcance de los efectos de la sentencia (erga omnes o inter partes)
- 7.1.6 Según el momento en que se ejerce el control (a priori/preventivo o a posteriori/represivo)
- 7.1.7 Según la inconstitucionalidad sea provocada por acción o por omisión legislativa.

Aparte de estas clasificaciones que pueden resultar más o menos evidentes a la doctrina comparada, resulta de gran aporte la clasificación que realiza Roberto Scarciglia⁴⁰, por la que declara que a nivel de derecho comparado hay elementos invariables y elementos variables en el control de constitucionalidad, los elementos

⁴⁰ SCARCIGLIA, Roberto. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2011. 232 p.

invariables serán para el autor la existencia de un órgano que ejerza el control de constitucionalidad⁴¹ y una decisión asumida por el órgano que ejerce el control de constitucionalidad, alrededor de los cuales se configurarán una serie de elementos variables.

En relación a la primera invariable, esto es, la existencia de un órgano que ejerza el control de constitucionalidad, Scarciglia inserta un conjunto de elementos variables, como lo son:

(a) *El momento de control:* según se ejerza antes de que el acto normativo sea aprobado definitivamente por el órgano legislativo o bien posteriormente a la entrada en vigor del mismo acto.

(b) *La abstracción o concreción del control:* según la extensión del análisis.

(c) *Las modalidades de acceso al control de constitucionalidad:* ya sea por vía principal/directa o por vía indirecta.

(d) *Las modalidades de nombramiento o designación:* según presente diferencias respecto a una mayor o menor dependencia del poder político.

(e) *La composición del tribunal:* según la cantidad de personas que compongan el órgano.

(f) *La duración:* Según la duración de los integrantes en su cargo se encuentre limitada en el tiempo o sea de carácter vitalicio.

⁴¹ En cuanto a la existencia del órgano que ejerza el control de constitucionalidad, el Scarciglia estudia los principales modelos según sigan un patrón estadounidense o europeo, es decir le otorga de antemano la naturaleza difusa o concentrada del control y en ésta última la naturaleza política o jurisdiccional del órgano concentrado.

En relación al segundo elemento invariable, este es, la decisión asumida por el órgano⁴² que ejerce el control de constitucionalidad, el autor propone los siguientes elementos variables, que son:

(a) *Decisiones estimatorias o desestimatorias*: según acojan total o parcialmente, o bien rechacen la cuestión de constitucionalidad.

(b) *Decisiones Típicas o Atípicas*: según tengan encaje o no en un esquema teórico previo.

(c) *Decisiones que tenga efecto erga omnes o erga partes*: según los sujetos vinculados por las decisiones.

Ahora bien, en el presente capítulo se estudiará el control de constitucionalidad según la primera selección de categorías y no bajo la clasificación de Scarciglia, pues si bien resulta útil esta forma de estudiar los diferentes tipos de controles, estimamos que es mucho más fructífera realizarla con mapamundi en mano, analizando como varía cada manera de regular la institución de país en país, cuestión que no será objeto del presente estudio.

7.1.1 Control de Constitucionalidad según la naturaleza del órgano que ejerce el control: Jurisdiccional o Político.

La discusión acerca de si la naturaleza del órgano que controla la constitucionalidad de la ley debe corresponder a una naturaleza política o jurisdiccional, tiene dos antecedentes: uno mediato⁴³, como es la confianza o desconfianza que se puede tener al rol del juez o del parlamento -la cual es determinante al momento de

⁴² El autor habla específicamente de “*decisión asumida por el juez de constitucionalidad*” y respecto a las decisiones mismas las cataloga como *sentencias estimatorias o desestimatorias*, dejando entrever una connotación jurisdiccional. En el presente apunte, al referirnos a la clasificación de las tratará como *decisiones asumidas por el órgano*, entendiendo que aparte de jurisdiccional, también podrá ser político.

⁴³ Pues sirve como fundamentación a los principios y valores que estructuran la forma de entender al estado mismo.

repartir o limitar el poder- y otro inmediato⁴⁴, como lo es la disputa teórica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Teniendo relación directa con el principio de separación de poderes, el antecedente mediato es de gran importancia pues revela aquellos temores o suspicacias que influyen en la determinación del sujeto a quien se entregará el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Así lo muestra Fernández Segado:

*“en América, el Parlamento inglés aparecía como “the great oppressor”, siguiéndole en tal el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los tribunales correspondía “the role of the liberator”. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de la cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular.”*⁴⁵

Respecto al antecedente inmediato, podemos encontrar la disputa teórica entre Schmitt y Kelsen sobre quien debe ser el guardián de la constitución. Esta discusión cobra relevancia, no solo debido a ser ésta la que pondrá sobre la mesa el cuestionamiento acerca de la naturaleza jurisdiccional o política que debe tener el órgano que ejerza jurisdicción, sino que, además, de la mano de Kelsen se propondrá un Tribunal único e independiente que de forma concentrada ejercerá el control de constitucional. Para Kelsen deberá ser un organismo distinto al poder parlamentario y ejecutivo, esto debido principalmente a que son estos los sujetos cuyas normas expedidas son objeto del control de constitucionalidad. De esta forma lo resume Carlos Herrera⁴⁶ a través de la frase «nadie puede ser juez de su propia causa» para luego citar al maestro de Viena:

“lo esencial es que el control sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, ya que de esta manera se puede evitar las

⁴⁴ Pues proponen directamente una estructura de un sistema ya sea político o jurisdiccional, inspirado a su vez por el antecedente mediato.

⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución. **Revista Derecho PUCP**, (46): 303-343, 1992.

⁴⁶ HERRERA, Carlos. La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardian de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, (86): 195-227, 1994.

violaciones constitucionales de los dos órganos titulares del poder en la Constitución de Weimar, a saber, el Parlamento y el Gobierno”⁴⁷

Por otro lado, encontramos el modelo político defendido por Schimtt, en el cual, *el control de la compatibilidad de la norma con la Constitución se produce durante el propio procedimiento legislativo y es confiada a órganos de naturaleza política.*⁴⁸

A continuación, nos dedicaremos a ahondar en ambos modelos.

Control jurisdiccional

Como el término lo indica, el control constitucional es ejercido en este caso por el poder judicial o algún otro órgano de carácter jurisdiccional,⁴⁹ quedando a su cargo la defensa de la constitución política. Sus antecedentes los encontramos en los albores del control de constitucionalidad con la *judicial review of legislation* y también en los postulados de Kelsen, el cual proponía la radicación de dicha facultad en un órgano jurisdiccional distinto e independiente del parlamento y del ejecutivo.

Mención especial cabe hacer al órgano propuesto por Kelsen pues si bien se cataloga como jurisdiccional, el mismo autor vienes, se encarga de erigirlo incluso independiente del poder judicial. Siendo sus integrantes nombrados por el parlamento y no por los miembros del poder judicial, restringiendo su facultad jurisdiccional solo a conocer de la sujeción de los actos a la constitución de una forma general y abstracta, sin inmiscuirse a los casos concretos. De esta forma lo ilustra Fernández Segado:

En su diseño de un modelo de justicia constitucional, como ya se expuso, Kelsen trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a una función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que dicho órgano considerara contrarias a la Constitución (...) Al impedir que el Tribunal enjuicie

⁴⁷ Traducción tomada de SCARCIGLIA, Roberto Op.cit., p. 215.

⁴⁸Id., p 199.

⁴⁹ Siendo menester no confundir uno con otro, pues como se verá más adelante, el concepto de corte o tribunal constitucional se debe entender en la mayoría de los casos como un órgano distinto del poder judicial, pero que sigue teniendo carácter jurisdiccional.

supuestos de hecho y casos o controversias concretas, manteniendo su juicio en el plano de la pura abstracción, Kelsen estará dando coherencia a ese rol peculiar, complementario del Parlamento, de “legislador negativo”, que ha de asumir el Tribunal Constitucional.

Control Político⁵⁰

El control político a su vez tiene como primer antecedente lo que es el desarrollo del control de constitucionalidad en Francia. Este modelo, influenciado por los postulados de la revolución francesa y las ideas de separación de poderes, le entrega el resguardo de la carta Fundamental a un órgano político; ya sea absolutamente parlamentario -como lo fue en los inicios del desarrollo del modelo- o con vinculación parlamentaria -como lo es actualmente-. Este sistema de control de constitucionalidad mira de forma distante la posibilidad de que un juez pueda anular una ley, concepción que puede ser entendida en el siguiente extracto de Fernández Segado citando a Otto Bachof:

El liberalismo y el constitucionalismo primitivo tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador, sino, como ya dijo Montesquieu, del juez, consecuencia de su posesión de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, pues, una preocupación no solo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como esclavo a la letra de la ley, solo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la “Carta Magna de la libertad”, el juez solamente su obediente servidor y ejecutor.⁵¹

Por su parte, Capelletti logra ilustrar este tipo de control de la siguiente forma:

El sistema tradicional francés de control político encuentra sus razones ideológicas en Montesquieu y la teoría de la separación de poderes, que, con su formulación más rígida, fue considerada como irreconciliable con toda posibilidad de interferencia y de control de los jueces en la esfera del Poder Legislativo,

⁵⁰ El modelo político también se suele calificar de modelo francés, esto por la naturaleza política que históricamente ha tenido el sistema de control constitucional francés.

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución. **Revista Derecho PUCP**, (46): 303-343, 1992, p. 305.

*además de que este último era estimado como la manifestación de la soberanía popular.*⁵²

Actualmente si bien el órgano que ejerce el control de constitucionalidad ya no forma parte del parlamento como lo fue en sus inicios⁵³ -pues las funciones de miembro del parlamento son incompatibles con las de miembro del *Conseil Constitutionnel*⁵⁴- no deja por ello de estar vinculado a órganos políticos. Tanto respecto a su composición como a sus facultades. Respecto a su composición, está compuesto por 9 miembros, 3 elegidos por el Presidente de la Asamblea Nacional, 3 elegidos por el Presidente del Senado y 3 elegidos por el Presidente de la República. Además, integrarán el Consejo Constitucional de forma vitalicia los Expresidentes de la República de pleno derecho. Respecto a sus facultades, la Constitución Francesa le entrega facultades que van más allá del control de Constitucionalidad⁵⁵, y que hacen que se erija como un órgano político⁵⁶

Como segundo antecedente podemos encontrar la tesis de Carl Schmitt acerca de la forma en que se debe entender el control de constitucionalidad, esto es desde el punto de vista político y no jurisdiccional, pues para el jurista alemán entregar dicha facultad a un órgano que ejerza jurisdicción sería ir en contra de la idea de la separación de los poderes del estado, ya que al ser la Constitución un acto político no se podría entregar la facultad de modificar un acto político a un órgano que por naturaleza no está llamado a tomar decisiones políticas; de esta forma lo demuestra Herrera, citando a Schmitt: *“una Constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una*

⁵² CAPELLETTI, Mauro. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. trad. De Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio, Revista de la Facultad de Derecho de México, 16 (61): 27-67, 1966, p.51.

⁵³ Para mayor profundidad *vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Op.cit.

⁵⁴ Constitution du 4 octobre 1958. 4 de octubre de 1958. Francia. Art. 57.

⁵⁵ Facultades como velar por la regularidad de las elecciones del Presidente de la República, examinar las reclamaciones y proclamar los resultados del escrutinio (art. 58), pronunciarse en caso de impugnación sobre la regularidad de las elecciones de los diputados y de los senadores (art. 59), velar por la regularidad de las operaciones de referéndum (art. 60), entre otras.

⁵⁶ No podemos dejar de lado la discusión acerca de si efectivamente la naturaleza del Consejo Constitucional es Jurisdiccional o Política. *Cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Id., p. 320.

decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser” por ello según el razonamiento de Herrera citando a Schmitt:

“una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca «apolítica», por tanto, en el razonamiento de Schmitt, «el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho»”

7.1.2 Control de Constitucionalidad según la pluralidad de órganos o la unicidad del ente competente para controlar: Difuso o concentrado.

El Modelo Difuso.

El control difuso de constitucionalidad suele identificarse con el modelo estadounidense pues se remonta a la sentencia de *Marbury v. Madison*.⁵⁷ Este sistema se destaca por la vigilancia del respeto de las leyes a la Constitución ejercida de forma transversal por el poder judicial a través de todos sus jueces. En palabras de Jorge Amaya “*el modelo no se adscribe a un órgano específico, sino que, dentro del Poder Judicial, todos los jueces son dotados de idéntica competencia para esta cuestión.*”⁵⁸

De esta forma se estructura un sistema a través del cual, generalmente por vía incidental, por medio del conocimiento de un litigio o controversia, el tribunal podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de una determinada norma. Sin perjuicio de que en su mayor parte el efecto que provoca es un efecto inter partes -desde el momento en que suele ser un control aplicado al caso concreto- no se puede dejar de lado que, en ciertos ordenamientos jurídicos como el estadounidense, la fuerza vinculante del precedente o *stare decisis* provoca que la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Suprema, pueda llegar a tener un efecto *erga omnes* al constituirse como precedente vinculante para los tribunales de menor jerarquía. Generando además que la misma sentencia de la Corte Suprema actúe como forma de evitar la disparidad o contradicción entre sentencias, de esta manera lo ilustra Fernández Segado refiriéndose al sistema estadounidense: *Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo,*

⁵⁷ Por ello antes de comenzar su revisión nos remitimos a la salvedad hecha en el principio de este capítulo, esto es, el evitar una suerte de identificación obligatoria con otras categorías propias del sistema norteamericano, pues se puede caer en ignorar las variaciones o singularidades que pueden incorporar los diferentes ordenamientos jurídicos. A raíz de esto, si bien en la mayoría de los sistemas coincide por ejemplo el control difuso con un control concreto de constitucionalidad y con ello un efecto inter partes, no quiere decir que es que no puedan existir variaciones que mezclen distintas categorías.

⁵⁸ AMAYA, Jorge A. Control de constitucionalidad. 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. 592p., p.92.

*y conviene ya matizarlo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema.*⁵⁹

Modelo Concentrado.

Este modelo de origen austriaco e inspirado por las ideas del jurista Hans Kelsen, se destaca por poseer un ente único y exclusivo, especializado en el resguardo de la Constitución y de carácter generalmente jurisdiccional⁶⁰, *iniciándose, así, la formación del que con posterioridad va a ser conocido como el “sistema europeo, continental o kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes”*⁶¹. De esta forma podemos encontrar en 1953 al VfGH, como primera Corte de características constitucionales encargada específicamente de velar por la supremacía de la constitución. Se destacan en este modelo los órganos singulares como las Cortes o Tribunales Constitucionales u otros órganos singulares que -sin ejercer jurisdicción- velan concentradamente por el respeto de la Constitución, como lo es el Consejo Constitucional Francés.

7.1.3 Control de Constitucionalidad según la extensión en que se aplica el análisis de constitucionalidad: Concreto o Abstracto.

Como se dijo en los inicios de este capítulo, también puede apreciarse un control de constitucionalidad según la forma en que se realiza y se aplica el juicio de constitucionalidad, esto puede ser de forma concreta o abstracta, es decir puede realizarse en un caso en específico como también se podría realizar de forma general por el órgano especializado.

El Modelo Concreto.

Se caracteriza por la necesidad de existencia de un procedimiento previo en el cual se expresa la inconstitucionalidad de un determinado precepto en la resolución del

⁵⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Parlamento y Constitución. Anuario**, (6): 9-73, 2002., p. 23.

⁶⁰ Dentro de lo que es la existencia del sistema concentrado tenemos que tener presente que este no puede ser reducido al sistema jurisdiccional, pues también puede ser extrapolado al control político por ejemplo al encontrar en el caso francés un órgano centralizado que ejerce el control.

⁶¹ AMAYA, Jorge A. Op.cit., p. 109.

caso concreto. Por ello resulta ser “concreto” pues la cuestión de inconstitucionalidad no se estudia de manera libre, sino que sujeta a un contexto dado de antemano. De esta forma lo ilustra Fernández Segado:

La concreción deriva de la relación de prejudicialidad, correspondiente a la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, que se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno tal norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso.

Históricamente el modelo concreto se ha ligado al sistema de control de constitucionalidad estadounidense, siendo por ello aplicado generalmente de forma difusa y transversal por todos los jueces, y siendo su sanción la inaplicación del precepto en la resolución del caso, con un efecto sujeto solamente a las partes del caso.

A raíz de lo anterior cabe hacer una pequeña puntualización. Si bien la inaplicación con efecto inter partes es la sanción natural atendida la naturaleza concreta del modelo, esto no obsta a que las sentencias de aquellos órganos controladores tengan una suerte de efecto erga omnes, esto es, afecten en cierta medida a todas las personas; pues si bien la resolución del caso y la inaplicabilidad del precepto afecta *directamente* solo a las partes del procedimiento, en determinados ordenamientos jurídicos como el estadounidense -cuya sentencia de la corte suprema tiene una fuerza vinculante en virtud del precedente- la sentencia expedida por el máximo tribunal sí afectará indirectamente a las demás personas. Otro ejemplo de un efecto extensible al resto de la población resulta en el sistema chileno de control de constitucionalidad, que, para poder ejercer un control de constitucionalidad posterior y abstracto de un precepto legal, requiere que el precepto conflictivo haya sido declarado anteriormente inaplicable, razón por la cual la inaplicabilidad del precepto importa como hecho existente erga omnes.

Otra cuestión a puntualizar a propósito del modelo concreto es que si bien usualmente es ejercido difusamente por los órganos que ejercen el control de constitucionalidad -como se puede ver en el sistema norteamericano- ello no quiere decir, que, en un modelo con características concentradas, este órgano singular no pueda

ejercer un control de constitucionalidad de modalidad concreta.⁶² Sino que, al contrario, el hecho de existir un modelo concentrado no resulta en excluyente un modelo concreto.

Modelo Abstracto.

Por su parte el modelo abstracto no requiere de un juicio previo para analizar la constitucionalidad de un determinado precepto, sino que analiza la adecuación del precepto legal a la constitución de una manera libre, ponderando ambas normas a través de la generalidad de su concepto, es decir *la abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial*⁶³ y en relación a la validez misma de la norma.

Históricamente el modelo abstracto se ha vinculado al control concentrado de constitucionalidad, siendo su mayor expresión la del VfGH austriaco de la mano de Kelsen. Ante ello es necesario hacer la misma salvedad que se realizó respecto al control concentrado, esto es comprender que, si bien la vinculación aparentemente natural de un órgano concentrado es con un modelo de control de constitucionalidad abstracto, con resultado de invalidación al precepto inconstitucional y con efecto erga omnes, esto no excluye que dicho órgano singular también pueda ejercer un control concreto y con efecto inter partes.

7.1.4 Control de Constitucionalidad según los efectos de la sentencia estimatoria: inaplicar un precepto a un caso concreto o expulsarlo del ordenamiento jurídico.

Rescatando la clasificación de Scarlaglia en op.cit., tenemos presente que uno de los dos elementos invariables en la transversalidad del control de constitucionalidad es la decisión asumida por el órgano que analiza la cuestión de constitucionalidad. Esta

⁶² Ejemplo de ello será nuevamente el sistema chileno de control de constitucionalidad, que teniendo un organismo de carácter concentrado como lo es el Tribunal Constitucional Chileno, ejercer además de un control abstracto, un control concreto en el cual se busca la inaplicabilidad de un precepto legal.

⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Parlamento y Constitución. Anuario**, (6): 9-73, 2002. p. 37.

decisión⁶⁴ podrá ser de dos tipos, estimatoria, según acoja total o parcialmente la inconstitucionalidad; o desestimatoria, según rechace la cuestión. En ese sentido tenemos que entender que, al rechazar, lo que hace el órgano es posicionarse del lado de la constitucionalidad del precepto, *contrario sensu*, cuando acoge total o parcialmente la inconstitucionalidad, estará posicionándose del lado de declarar la inconstitucionalidad. Esto produce que los efectos propios de la inconstitucionalidad se produzcan de la mano de una sentencia estimatoria, pudiendo ser por un lado invalidación del precepto legal y posterior expulsión del ordenamiento jurídico y por otro lado la mera inaplicación del precepto al caso concreto.⁶⁵

Fernández Segado aborda esta diferencia de efectos de la siguiente manera:

*La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de todo litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario del anterior.*⁶⁶

7.1.5 Control de Constitucionalidad según el alcance de los efectos de la sentencia: erga omnes o inter partes.

Dicha diferencia de modelos radica en la extensión o alcance de los efectos que puede llegar a tener la sentencia, pudiendo afectar solo a las partes intervinientes o a terceros que no son partes de ella.

⁶⁴ Tenemos que tener presentes que, si bien Scarlaglia habla de decisión que asume el *juez* y hablando de *sentencia* estimatoria o desestimatoria, debemos comprender en vista de la existencia de modelos de constitucionalidad políticos

⁶⁵ Recordar el rol que tiene el precedente obligatorio en ordenamientos jurídicos como el estadounidense.

⁶⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Parlamento y Constitución. Anuario**, (6): 9-73, 2002. p. 13

Modelo con efecto *erga omnes*.

Existirá un modelo de control de constitucionalidad con sentencia de *efecto erga omnes*, cuando la sentencia expedida por el tribunal afecte tanto a las partes intervinientes en el procedimiento de constitucionalidad como a terceros ajenos.

La mayoría de las sentencias con dicho efecto se suscitan a raíz de su dictación por parte de un órgano concentrado, de modalidad abstracta y con un efecto de invalidar la norma inconstitucional. Esto porque al invalidar el precepto legal se expulsa de cuajo del ordenamiento jurídico, importando inmediatamente su extinción para todos los sujetos anteriormente obligados a ella.

Modelo con efecto inter partes.

La sentencia dictada por el órgano que controla la constitucionalidad tendrá efecto inter partes, cuando dicha declaración de inconstitucionalidad afecte solamente a las partes que han intervenido en el proceso.

De este modo la mayoría de los modelos que adoptan una sentencia con efecto inter partes son aquellos en los que se establece además un órgano difuso que a su vez ejerce el control de manera concreta y cuyo resultado es la inaplicación del precepto en el caso a resolver. Lo anterior no obsta a que puedan existir sistemas de control de constitucionalidad que, teniendo un órgano concentrado, puedan ejercer un mecanismo de control de constitucionalidad que busque la inaplicabilidad de un precepto en el caso en concreto, afectando generalmente de dicho modo solo a las partes pertenecientes al caso en cuestión.

7.1.6 Control de Constitucionalidad según el momento en el que se ejerce el control Constitucional: Preventivo o Posterior.

También denominado como a priori o a posteriori, habrá un control de constitucionalidad de estas características según el momento del control de constitucionalidad.

Modelo preventivo

El control de constitucionalidad de la ley será preventivo cuando este sea ejercido antes de su entrada en vigencia, por esa misma razón, su carácter de control abstracto resulta inevitable, al ser imposible que sea aplicado a un caso en particular. A su vez el control preventivo podrá revestir el carácter de obligatorio o de facultativo. Será obligatorio cuando, por revestir la ley una determinada calidad, resulta menester su revisión de constitucionalidad ante el órgano encargado de realizarla; por otro lado, será preventivamente facultativo cuando el motivo de conocimiento del control de constitucionalidad por parte del órgano controlador sea a solicitud de un sujeto facultado a poder elevar la solicitud y no por una determinada calidad de la ley.

Modelo posterior.

El control de constitucionalidad será posterior o represivo, cuando se realice una vez entrada en vigencia la ley. Visto desde este punto de vista, este control podrá ser concreto o abstracto y a su vez, se podrá distinguir según el control se halle delimitado temporalmente o si no existe límite temporal para su verificación.

7.1.7 Según la inconstitucionalidad legislativa sea provocada por acción o por omisión legislativa.

Inconstitucionalidad por acción.

Tal como hemos visto a través de las páginas de la presente memoria, la noción de inconstitucionalidad se suele identificar natural e históricamente con el concepto de inconstitucionalidad por acción, es decir, el entender contrario a la constitución un actuar por parte del legislador -en este caso la expedición de una ley- y que en aplicación del principio de supremacía constitucional resulta "inconstitucional". Si bien la inconstitucionalidad por acción suele resultar el sentido natural y obvio de la inconstitucionalidad legislativa, esto cambia con el desarrollo de la inconstitucionalidad por omisión, cuestión que veremos en el siguiente apartado.

Inconstitucionalidad por omisión.

Ya situados en el marco del control de constitucionalidad de la ley y sus diferentes modelos, emerge la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa como aquella sanción ante la omisión del legislador que resulta contraria a la constitución, pues tal como afirma Víctor Bazán: *la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, comisión o conducta positiva (un “facere”), sino, también, por omisión, esto es, una violación negativa del texto constitucional (un “non facere” o “non præstare”),*⁶⁷ pudiendo darse el caso en que llanamente el legislador no actúe a pesar de la previsión del constituyente de que así sea, o cuando se legisla una determinada directriz constitucional de una forma insuficiente o discriminatoria.

En ese contexto, Fernández define la inconstitucionalidad por omisión como:

*“la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación.”*⁶⁸

⁶⁷ BAZÁN, Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Bogotá, Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung. 2014. 992 p., p. 61.

⁶⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español. Madrid: Civitas, 1998. p. 81

8. CONCLUSIÓN.

La presente memoria ha tenido como objetivo abordar el estudio del control de constitucionalidad, afirmando la insuficiencia de la contraposición europea/ americana como método idóneo para abordar dicho tópico y prefiriendo en su reemplazo el análisis de los diferentes elementos que pueden configurar dicha institución.

Con ello en mente se dispusieron los capítulos del presente estudio de modo de sostener lo anteriormente planteado, de forma que, mediante un estudio deductivo, se pudiera llegar a demostrar la hipótesis presentada. De esta manera, se estudió lo que es el control de constitucionalidad de la ley desde sus raíces, buscando la comprensión de la Constitución como norma, como norma suprema y de la implicancia que tiene la supremacía constitucional en la configuración del control de constitucionalidad. Una vez sentadas las bases del Control de Constitucionalidad, se estudiaron los diferentes elementos que materializan a cada modelo y generan la variación respecto a otro.

A su vez, entendiendo que los sistemas jurídicos no responden a ciencias exactas o a fórmulas determinadas de creación,⁶⁹ es posible sostener que los Sistemas de Control Constitucional de los Estados no necesariamente se configuran a través de la adopción/exclusión de modelos, sino al contrario: un Sistema de Control de Constitucionalidad puede llegar a estar compuesto por distintos tipos de elementos o mecanismos.

Mismo planteamiento podemos encontrar de la mano de Fernández Segado:

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva

⁶⁹ Como afirma Carpentier, hace falta reconocer que la pureza de los sistemas jurídicos existe más en el mundo literario que en el real. Elice Carpentier, Utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 129-142, ISSN 0718-0195.

*convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.*⁷⁰

Por todo lo anteriormente mencionado, los argumentos desarrollados a lo largo de este trabajo y la bibliografía que los sostienen, damos por confirmada la hipótesis central que ha orientado esta memoria, esto es que: en la complejidad normativa comparada, el estudio del control de constitucionalidad no se puede basar solamente en el estudio contrapuesto de un control Americano vs Europeo, o difuso vs concentrado sino más bien debe tomar en cuenta los elementos constituyentes de cada control y como estos convergen produciendo un determinado modelo.

⁷⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Parlamento y Constitución. Anuario**, (6): 9-73, 2002. p.12.

BIBLIOGRAFÍA.

9.1 Recursos bibliográficos en material impreso.

AJANI, Gianmaria, "et al". Sistemas jurídicos comparados, Lecciones y materiales. 2a ed. Barcelona: Universitat 47, 2010. 446 p.

AMAYA, Jorge A. Control de constitucionalidad. 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. 592 p.

ARENDT, Hannah. "Aufklärung und Judenfrage", En: Die verborgene Tradition. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, (1976) pp. 108-126.

ARISTÓTELES, Política. España: Gredos, 2022. 496 p.

BAZÁN, Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Bogotá, Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung. 2014. 992 p.

CAPELLETTI, Mauro. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. trad. De Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio, **Revista de la Facultad de Derecho de México**, 16 (61): 27-67, 1966.

CARBONELL, Miguel. Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, (5): 289-300, 2006.

Constitution du 4 octobre 1958. 4 de octubre de 1958. Francia.

DWORKIN, Ronald. "Natural" Law Revisited. **University of Florida Law Review**. 34 (2): 165-188, 1982.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español. Madrid: Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución. **Revista Derecho PUCP**, (46): 303-343, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. **Parlamento y Constitución. Anuario**, (6): 9-73, 2002.

SILVA GALLINATO, María Pía. La discrecionalidad del legislador y sus límites. En: HENRÍQUEZ, M., ed. Jurisdicción Constitucional y Vicios De Forma. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch, 2021. 190 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Thomson Civitas, 2006. 324 p.

GARCIA GARCIA, José Francisco. Tres Aportes Fundamentales de el Federalista a la Teoría Constitucional Moderna. **Revista de derecho (Valdivia)**, 20 (1): 39-59, 2007.

HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty, **The George Washington Law Review**, 72 (1): 2-41, 2003.

JIMÉNEZ ALEMÁN, Ángel. La Producción Normativa en el Common Law. Fundamentos para un análisis de Derecho Constitucional Comparado. Tesis (Doctor Internacional). Vigo, España: Universidad de Vigo, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, 2013.

KNOLL, Manuel. Aristóteles y el pensamiento político aristocrático. **Revista de Filosofía**, 73. 87–106. 2017.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. En: Cuadernos del Tribunal Constitucional. Santiago de Chile: Tribunal Constitucional, 2011. 152 p.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Las Constituciones Chilenas y sus reformas 1810-2020. Santiago de Chile: Editorial Jurídica De Chile, 2021. 86 p.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Tópicos Sobre Jurisdicción Constitucional Y Tribunales Constitucionales. **Revista De Derecho**, 14, 43-66, 2003.
- NÚÑEZ, José Ignacio. El Constitucionalismo: tres nortes para una misma brújula. **Seqüência Studos Jurídicos Políticos**, 36 (70):77-92, 2015.
- NÚÑEZ, José Ignacio. Jurisdicción Constitucional: las Implicancias del Neoconstitucionalismo. Santiago, Chile: Der Ediciones, 2019, 290 p.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, M. El modelo de control político de constitucionalidad de las leyes imperante en Francia y Chile durante los siglos XVIII y XIX. En: Teoría Constitucional: ensayos escogidos (Núñez, J.I. coord.), Santiago: Universidad Finnis Terrae, 2015.195 p.
- HERRERA, Carlos. La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardian de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, (86): 195-227, 1994.
- SCARCIGLIA, Roberto. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2011. 232 p.
- SERRANO, Enrique. Teoría de la Constitución, Positivismo y Derechos Fundamentales. **Revista Andamios**, 9 (18): 59-87, 2012.
- ZIMMERMANN, Augusto. Bajo Dios y bajo la ley: fundamentos de Derecho natural en el sistema del Common-law inglés. **Revista Prudentia Iuris**. (76): 145-156. 2013.

9.2 Recursos bibliográficos en línea.

18TH CENTURY DOCUMENTS: 1700 - 1799 [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/18th.asp>

COSMOS [en línea] Encyclopedia Britannica. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <<https://www.britannica.com/science/Cosmos-astronomy>>

DERECHO [en línea] Tesauro de Derechos Humanos - Biblioteca Corte IDH [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr2454.htm#:~:text=Derecho%20objetivo%20es%20el%20conjunto,impondr%C3%A1n%20mediante%20el%20constre%C3%B1imiento%20social>>

SUMMA TEOLÓGICA, I-II, CUESTIÓN 91, ARTÍCULO 2. [en línea] Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino [fecha de consulta]: 19 Marzo 2024. Disponible en: <<https://hjpg.com.ar/sumat/b/c91.html>>

THE FEDERALIST PAPERS N° 84 [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed84.asp>

U.S. CONSTITUTION [en línea]: Avalon Project - Documents In Law, History And Diplomacy. [fecha de consulta: 14 Diciembre 2023]. Disponible en: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/usconst.asp>