

N° 212
Volumen II
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

ACERCA DEL CONCEPTO Y EL ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

RODRIGO PICA FLORES
Universidad Central

1. ¿QUE ES LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

Usualmente, en nuestro medio se suele hablar de jurisdicción constitucional, justicia constitucional, derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal y de control de constitucionalidad, resultando común que muchos de estos términos, incluso a veces todos ellos, sean vistos como sinónimos, o bien usados indistintamente unos y otros. En realidad los términos señalados carecen de sinonimia, por lo cual es necesario hacer algunas precisiones conceptuales a este respecto.

Al hablar de jurisdicción constitucional, siendo analíticos, deberíamos entender por ella la potestad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas relativas a materias propias de la Constitución. Siguiendo a García Pelayo¹, distinguimos aspectos formales (competencias del tribunal de carácter constitucional) y materiales (los legitimados para acceder a ella, materia del recurso, carácter normativo o político de su objeto, etc.). En una conceptualización más formalista, siguiendo alemán H. Mosler el profesor Francisco Zúñiga² señala que la jurisdicción constitucional es todo procedimiento judicial destinado a garantizar de modo inmediato la eficacia de la Constitución. Además de lo anterior, a veces se suele hablar de jurisdicción constitucional para identificar a la jurisdicción

¹ Manuel García-Pelayo, "El 'status' del Tribunal Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, N° 1 volumen 1, enero-abril de 1981, p. 31.

² Francisco Zúñiga Urbina, Elementos de jurisdicción constitucional, Universidad Central de Chile, 2002, tomo I, p. 21.

protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se efectúe en aplicación de Constitución alguna, también en otros casos se restringe sólo a la jurisdicción que controla la constitucionalidad de las leyes³. No adherimos a conceptualizar a la justicia constitucional como sinónimo de jurisdicción constitucional, pues la jurisdicción es un concepto de naturaleza procesal que no encuadra totalmente en el esquema de control de constitucionalidad, porque según enseña el derecho procesal la jurisdicción se ejerce en un proceso que tiene por requisitos de existencia a las partes, el litigio y el tribunal, requisitos que aquí en muchos casos no se dan. Así tenemos por ejemplo el caso de las leyes cuyo control de constitucionalidad es obligatorio, un control previo, preventivo, en el que es muy frecuente que no exista controversia alguna, es decir, no hay litis sobre la constitucionalidad de estas leyes o de sus modificaciones posteriores.

Al no haber litis, evidentemente tampoco hay partes de una litis inexistente, y el único elemento del proceso que existiría es el tribunal, por ende no hay proceso que pueda ser objeto del ejercicio de la jurisdicción⁴. Sin embargo, no podemos desconocer que en ciertos casos, como por ejemplo el español y el norteamericano, dicha sinonimia es posible, porque el juez constitucional actúa sólo a posteriori, a petición de parte, con lo cual el control previo y obligatorio sin necesidad de litis no existe, sino por el contrario, para que haya control debe existir una litis que se someta a conocimiento del juez constitucional. De esta forma, los casos ya señalados constituyen modelos de control exclusivamente represivos y a posteriori, contradictorios y por ende litigiosos por esencia, lo que hace que en toda forma de control bajo estos modelos haya ejercicio de jurisdicción, pero no es éste nuestro caso.

Además de lo anterior, el propio Hans Kelsen, al crear los tribunales constitucionales les da el carácter de legislador negativo, negando que ejerzan jurisdicción, al realizar un control abstracto y general, limitándose a contrastar dos normas y viendo si una se ajusta a otra, sólo en aspectos formales y procedimentales, sin aplicar norma alguna a un caso particular⁵. Es verdad que

³ Francisco Rubio Llorente, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴ En este sentido, respecto del caso chileno, ver Andrés Bordalí, "Tribunal constitucional chileno: ¿Control jurisdiccional de supremacía constitucional?", *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Volumen XXII, agosto de 2001 p. 45 y siguientes.

⁵ Citado por Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 55 y siguientes. En el mismo sentido, Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría Constitucional*, en su edición chilena, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998, pp. 329 y siguientes.

los tribunales constitucionales han ido adquiriendo cada vez más funciones y "jurisdiccionalizando" su labor (en este sentido el caso español es paradigmático), pero no obstante ello, hablar de jurisdicción constitucional es dejar fuera las funciones no jurisdiccionales, que son las originarias y que en nuestro país tienen muchísima importancia (por ejemplo, control a priori de las leyes orgánicas constitucionales).

Al hablar de Derecho Procesal Constitucional, según el profesor Héctor Fix Zamudio, se habla de "una disciplina científica que estudia los instrumentos predominantemente procesales de la justicia constitucional en sentido estricto, pero que abarca aquellos que no explican una jurisdicción constitucional, pero que también se utilizan para la tutela de las normas fundamentales"⁶, así hablamos de un conjunto de normas, instituciones y procedimientos a fin de hacer efectivos los derechos y garantías que la Constitución otorga o ha reconocido, concepto mucho más completo que el de jurisdicción constitucional, pero que en estricto rigor no es otra cosa que reconocer lo que hace varios siglos se ha dicho: que en el derecho constitucional la antigua distinción entre derecho objetivo y subjetivo es plenamente aplicable, porque contiene tanto normas sustantivas como normas adjetivas. Lo anterior es de muy antigua data, aquí podemos remontarnos a la Carta Magna, que contenía normas de ambos tipos, sólo que como entre nosotros la vinculación inmediata y directa es algo nuevo, los instrumentos de su efectividad evidentemente serán nuevos también. Otros distinguen el Derecho Procesal Constitucional del Derecho Constitucional Procesal. El propio Fix Zamudio señala, en el mismo artículo citado, que son disciplinas distintas y que la segunda se ocupa del análisis de las normas fundamentales que regulan las categorías procesales. Nosotros no adherimos a tal distinción, en razón de que el concepto de constitución formal propio del constitucionalismo clásico, a través de su desarrollo histórico posterior, tanto por recepción del derecho norteamericano como por su evolución en la Europa de la segunda postguerra, contiene actualmente normas adjetivas.

A esas normas adjetivas antes aludidas, nosotros preferimos denominarlas derecho constitucional adjetivo o procesal, normas que para el concepto formal del constitucionalismo clásico podrían ser más bien propias del derecho procesal, pero que han pasado a ser parte del derecho constitucional al estar contenidas dentro de la Constitución, lo cual ha implicado, además de elevar su jerarquía,

⁶ H. Fix Zamudio, "La justicia constitucional: Reflexiones comparativas", La Revista de Derecho, Universidad Central, julio diciembre de 1990.

una forma de interpretación distinta, y además, funciones distintas para esas normas, pero todo ello enmarcado en el desarrollo histórico del concepto de constitución en el sentido formal, concepto propio del constitucionalismo clásico, bajo el cual la Constitución originalmente aparece como una norma sólo sustantiva y además justiciable sólo en la medida en que a través de la soberanía ejercida por los parlamentos cuenta con leyes complementarias que la desarrollen, por lo que en ese concepto la Constitución no era autoejecutiva ni aplicable directamente por sí sola a litis sobre materias constitucionales. Es en este sentido que el caso *Marbury con Madison* el hito que transforma al concepto clásico de constitución formal en norma autoejecutiva, aplicable directa e inmediatamente.

Al hablar de control de constitucionalidad estamos aludiendo una revisión, un examen que consiste en verificar si un acto o norma es o no ajustado a lo que la Constitución establece, sea en forma o en fondo; el concepto es así mucho más aproximado a la praxis, abarcando aquellos controles en que hay conflicto y aquellos en que no lo hay, pero el simple control no se explica por sí solo, al menos en un derecho constitucional democrático en que el aspecto material es tan importante y que por su carácter fuertemente político no se basta a sí mismo con los purismos juristicistas. Es por lo anteriormente expuesto que el control es sólo una herramienta, un instrumento al servicio de un fin trascendente, que en este caso es la supremacía de los aspectos materiales de la Constitución (supremacía constitucional material), que a su vez aparece como el objetivo de la justicia Constitucional. Entonces si el objetivo de la justicia constitucional es la supremacía material de la Constitución, dicho objetivo no es otro que la efectividad de los valores políticos que la Constitución consagra (transformándolos en el contenido fundamental del derecho), que se hacen efectivos a través de los medios jurídicos (generalmente procesales) que la Constitución otorga para lograr dicho objetivo.

Siguiendo al insigne Pablo Lucas Verdú, "mediante la justicia constitucional se cumple el concepto y se asegura el orden fundamental"; según este autor la justicia constitucional significa la "autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo"⁷, de esta forma podemos señalar que la justicia constitucional no es otra cosa que la realización práctica (o más bien empírica) del principio de supremacía constitucional a través de su interpretación y su aplicación a cuestiones jurídicas constitucionales particulares y específicas por un órgano que la interpreta con la finalidad de aplicarla y así resolver dichas cuestiones, órgano que no es otro que uno o más tribunales que cumplen sus

⁷ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho político*, 1984, Editorial Tecnos, volumen II pp. 683 y siguientes.

funciones a través de la interpretación con fuerza obligatoria de la Constitución, actuando por sobre los demás poderes constituidos.

De esta forma, podemos señalar dicho concepto de justicia constitucional a partir de la supremacía constitucional material, porque esta última no es otra cosa que la primacía del conjunto de valores de naturaleza política que la Constitución consagra, que se logra sólo a través de dicha interpretación y dicha aplicación, las que persiguen un fin de naturaleza política: la defensa de los valores políticos que la Constitución ha consagrado a través de los medios jurídicos que la justicia constitucional ha otorgado o reconocido en su caso. Así vemos que el concepto de justicia constitucional es mucho más apropiado que los antes vistos, pues como concreción práctica de la supremacía constitucional abarca los medios para hacerla efectiva (acciones de derecho constitucional procesal, sus respectivos procedimientos y los tribunales que ejercen la función de control y jurisdicción constitucional), además al hablar de los medios que la Constitución otorga para hacer efectiva dicha supremacía hablamos de medios jurídicos, y aquí encontramos la jurisdicción constitucional, las acciones de naturaleza constitucional, el control como herramienta y también en su aspecto jurídico la interpretación constitucional.

Así, concordamos plenamente con el profesor Ismael Bustos C. cuando señala que “la justicia constitucional admite tantas definiciones reales cuantos sean los elementos que se hagan entrar en la estructura del concepto que se tenga de ella”⁸. Es por ello que consideramos que los instrumentos procesales, la interpretación, el control y la aplicación por el órgano jurisdiccional son elementos del concepto de justicia constitucional. En consecuencia, sólo podríamos definir la justicia constitucional como el conjunto de elementos que permiten concretar y cumplir la supremacía constitucional a través de resoluciones de jueces especializados en el tema, que utilizan como medio para ello –entre otros– al derecho constitucional adjetivo o derecho constitucional procesal, tanto en su dimensión orgánica como en su dimensión funcional, categorías procesales que estimamos plenamente vigentes en esta área.

Al hablar de un juez especializado, no aludimos otra cosa que un juez preparado en materias constitucionales y con los conocimientos del caso, por lo que es error el decir que puede ser un lugar común señalar que al hablar de un juez especializado se habla de tribunales especiales; no siempre es así, de hecho la justicia constitucional norteamericana nace y descansa hasta hoy en el juez ordinario

⁸ Introducción al análisis de la justicia constitucional, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, año 1989, p. 195.

(lo cual no quita que en países de tradición legalista formalista como el nuestro sea mayor garantía un tribunal constitucional especial). Si hablamos de tribunal, hablamos de resoluciones obligatorias y con efecto de cosa juzgada, o a lo menos permanente, y también hablamos de jurisdicción en la medida que corresponda.

Al hablar de resoluciones de jueces especializados en el tema hablamos de interpretación y aplicación especializada de la constitución, con todas las consecuencias de ello.

Al hablar de derecho constitucional adjetivo hablamos de los procedimientos, las acciones y los medios procesales del derecho constitucional, cuyo fin es hacer efectiva la supremacía de la Constitución.

Tratar de definirla de otra forma es sólo dar definiciones nominales, que además de ser poco útil es muy difícil, al no haber consenso sobre el significado real de la palabra justicia. Quizás puede ser éste uno de los motivos por los que a veces se habla más de jurisdicción constitucional, de derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal y de control de constitucionalidad que de justicia constitucional, porque si a alguien se le ocurriera que ha de delimitar consensuadamente el concepto de justicia antes de un primer approach al tema, los problemas aparentemente serían muy grandes, pero en realidad lo justo para la Constitución no es otra cosa que la primacía de los valores que consagra, valores que están contenidos en ella.

2. ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Es un lugar común señalar que lo que hoy conocemos por justicia constitucional nace en Estados Unidos en 1803, con el caso Marbury con Madison, al declarar el Chief Justice Marshall que "the principle supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void", pero ello puede no ser tan cierto si entendemos que lo que nosotros conocemos como derecho constitucional adjetivo en Inglaterra es de muy antigua data y que la justicia constitucional va mucho más allá de lo que el constitucionalismo clásico entiende como Constitución en el sentido formal; si bien es cierto que el concepto de constitución en sentido formal heredado del constitucionalismo clásico es fundamental para la comprensión de la justicia constitucional como la conocemos hoy, podemos desentendernos de él y asumir que no es indispensable, porque con el solo concepto de constitución material el derecho anglosajón ya había desarrollado antes lo que nosotros hoy denominamos justicia constitucional y con muchísima mayor claridad lo que llamamos como

derecho procesal constitucional y también la jurisdicción constitucional al estar todo el poder en este tema al juez ordinario a través de controles contenciosos a posteriori. En efecto el derecho inglés, al no tener la constitución formal, escrita y sistematizada en un documento único, como lo que en el continente se conoció y se entiende que debe ser, da mayor importancia al aspecto material de la Constitución. Es en razón de ello que los ingleses señalan que sus derechos son innumerables, inmemoriales e indenegables, porque siendo muy pragmáticos señalan que enumerarlos es imposible y además significaría dejar muchos afuera de dicha enumeración. Es así que en este sentido es el juez quien determina (de forma declarativa, conforme con el ius naturalismo propio del constitucionalismo anglosajón) los aspectos materiales de la Constitución, en consideración al contexto y al caso particular.

Entonces, consecuentemente con lo antes expuesto, para quienes dudamos que el aspecto formal de la Constitución sea indispensable para la justicia constitucional, deberíamos situar entonces el inicio de ella en el año 1215, la fecha de la Carta Magna; la razones son las siguientes:

La Carta Magna es el primer documento constitucional que se conoce: en él se establecen normas sobre debido proceso, amparo y otros derechos, reclamables directamente por el súbdito ante los tribunales como un límite y un contrapeso frente al poder del gobernante (en ese momento el monarca). Es así que el derecho anglosajón entendía ya en esa época que la Constitución era plenamente eficaz por sí misma sin necesidad de ley que la desarrollara, incluso más, sin necesidad de Constitución escrita, y que por esta fuerza obligatoria propia y por su mayor jerarquía frente a las demás normas del derecho que tiene por sí misma la Constitución, debe haber judicatura encargada de interpretarla y aplicarla, punto que es clave en la doctrina de Marshall y que es un lugar común señalar que es en el artículo 3 de la Constitución norteamericana y su posterior interpretación en el caso Marbury con Madison (1803) la primera vez que se encuentra esta idea (enmarcada en lo que nosotros conocemos por Constitución), que como vemos, es de muy antigua data (recordemos que en Inglaterra es el juez ordinario el que falla, y ha fallado siempre esta materia por ser de "common law", de "derecho común", materia en la cual es especialista el juez ordinario inglés, pero ello sin el concepto formal de constitución).

En efecto, incluso autores norteamericanos afirman con argumentos que la doctrina de Marshall no es nueva, y se remiten a casos anteriores para

demostrarlo. Entre ellos encontramos a Elliot Slotnick⁹, profesor asociado de ciencia política en la Universidad de Ohio State, quien señala que la “judicial review” fue reconocida previamente en muchas ocasiones por prácticas judiciales en las colonias y en los estados y posteriormente en las convenciones estatales y artículos de sus constituciones, además dice que claramente la noción de “judicial review” no era extraña en Estados Unidos, pero que muy posiblemente es acertado sostener que Jefferson se oponía a ella, a pesar de reconocer que en la colonia de Virginia ya existía con anterioridad.

Slotnick confirma lo anterior citando al mismísimo Edward Corwin, quien se refiere a un caso de 1766 en Virginia, en que la Corte Suprema de la colonia declaró inconstitucional (to be unconstitutional) una ley tributaria de estampillas (Stamp Act), además de ello, da otro caso de Massachusetts, en el cual un juez no aplicó una ley por considerarla viciada o nula (void) y por ello inoperante (inoperative).

Con lo anteriormente enunciado podría pensarse que entonces la doctrina de Marshall y el caso Marbury con Madison no presentan nada nuevo, pero ello es un error porque hay elementos nuevos. La naciente república de los Estados Unidos adoptó una constitución formal en el sentido que se entendía en el continente europeo, no en el sentido constitucional del common law (sin perjuicio de la enmienda novena, que es un claro indicio de la primacía de la constitución material del common law), lo que marca una tremenda diferencia con lo que es el derecho inglés, diferencia desde la cual surgen los elementos nuevos aportados por Marshall: trasvasijar, en una época tan temprana como los primeros años del siglo XIX, estos principios e instituciones del derecho anglosajón a una institución tan propia del derecho europeo continental, y además tan criticada por el derecho inglés, como es la constitución formal y escrita en el sentido continental de la expresión, transformándola en una norma jurídica autoejecutiva, vinculante por sí misma sin necesidad de ley que trata la misma materia en forma especial, y aún más, aplicable preferentemente por principio y a priori, aun en contra de dichas leyes que regulen la misma materia, por la esencia misma del concepto de constitución del derecho inglés: un conjunto de normas, usos, prácticas y convenciones fundadas en el derecho natural liberal que nace con Locke, atendiendo más a lo material que a lo formal, todo ello con carácter de norma

⁹ Elliot Slotnick, “The place of judicial review in the American tradition: the emergence of an eclectic power”, en *Judicial Politics Reading from Judicature*, American Judicature Society, 1992, pp. 3 y siguientes.

jurídica aplicable directamente por el juez a la resolución de los aspectos de fondo de la causas que se someten a su conocimiento (sin elementos de simple principio y sin meras declaraciones de buenas intenciones sin fuerza obligatoria, es decir, un cuerpo vinculante en su totalidad), causas que contienen elementos constitucionales de garantía de los derechos del gobernado frente a los poderes públicos, todo lo cual era, en esa época, impensable para el constitucionalismo europeo que ideó este concepto formal adoptado por los "founding fathers" (recordemos que en Europa la vinculación inmediata y directa de la Constitución al actuar de los órganos del Estado es algo que recién comenzó a proliferar en la segunda posguerra y en el caso de nuestro país es algo que recién llega el año 1980)¹⁰.

Al parecer nuestra tesis es acertada, pues el propio Slotnick, en la obra ya citada, se remite al Common law, con todo su contenido ius naturalista, y al caso del Dr. Bonham y la sentencia del juez Lord Edward Coke en la Inglaterra de 1610, que aplica normas de la Carta Magna, y señala que las leyes del parlamento que sean "contrary to common right an reason", deben ser declaradas nulas (void), lo mismo señaló un juez de Boston en 1761, agregando la "natural equity". Al parecer la remisión a Coke es un lugar común, pues el libro de Barron y Dienes¹¹ también la contiene y nada menos que en la primera hoja del capítulo de la Judicial review; este libro es una suerte de silabario del derecho constitucional norteamericano (su nombre ya lo dice, algo así como "derecho constitucional en resumidas cuentas"), un texto de 500 páginas aproximadamente en formato de bolsillo, básico para todo estudiante norteamericano en su primer approach a temas de derecho constitucional.

Además de lo anterior, Slotnick señala una serie de factores políticos, además del common law y su relación con la natural law, entre ellos están el gobierno limitado y el constitucionalismo, el pragmatismo americano y el miedo a la

¹⁰ A este respecto es muy interesante la opinión de Eduardo García de Enterría, que señala que el punto de partida de todo esto es, en el constitucionalismo norteamericano, la Constitución como lex superior, que da los valores supremos del sistema, y por ello puede exigir cuentas, incorporando el derecho natural puritano y el de Locke, además de técnicas concretas, propias del common law, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución. Eduardo García de Enterría "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", Revista Española de Derecho Constitucional, N° 1 volumen 1, enero-abril de 1981.

¹¹ Constitutional Law in a Nutshell, fourth edition, Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes, West Group, 1999. Es importante señalar que la palabra "nutshell", no obstante significar "en resumidas cuentas", se compone de dos palabras: nuez y concha, entonces si la transliteramos sería algo así como "Derecho constitucional en una cáscara de nuez".

omnipotencia del legislativo. El profesor Slotnick, agregando a lo anterior, se remite a Corwin, quien señala que los principios formulados como base de esta doctrina americana son: una Constitución escrita, la limitación de los poderes de la legislatura y los jueces como guardianes de la Constitución, señalando que para entender estos principios hay que entender la noción de ley superior, que es tenida por inalterable y fundamental. Que viene de Inglaterra y Francia, en los siglos XVII y XVIII, a lo cual nosotros agregamos las diferencias con dichos países: en Francia al juez se le limitó cada vez más frente al Parlamento y el Ejecutivo, pues la historia del antiguo régimen enseñaba que había que protegerse de los jueces; en Inglaterra el juez defendía al súbdito de un monarca que frente al Parlamento quería siempre más poder, pero en Estados Unidos la figura del juez surge con la Constitución como arma para defender al ciudadano de la suprema omnipotencia del Legislativo, que en Europa era el que hacía el contrapeso al ejecutivo y expresaba la venerada y sagrada voluntad general, pero que para las colonias de la Norteamérica puritana no fue otra cosa que el opresor de la metrópoli, que con sus actos atropelló los derechos de las personas.

De ésta forma, lo que hoy se conoce por justicia constitucional nace como jurisdicción constitucional en Estados Unidos, para difundirse más de 100 años después a través de los muy distintos tribunales constitucionales kelsenianos, que en principio, según su creador, no ejercían jurisdicción.

A título de conclusión, sólo nos resta señalar que lo que actualmente se denomina la judicialización del derecho, no es otra cosa que la recepción de lo ya visto, sea por los cambios en los procesos económicos y sociales, sea por los cambios que hoy vivimos en el derecho a consecuencia de ello, y no es otra cosa que la imposición del pragmatismo y la flexibilidad del derecho anglosajón frente a la rigidez y formalismo del derecho continental y de la creciente necesidad de certeza respecto de los derechos, que se consigue a través la jerarquía y rango de la Constitución que los contiene.