

I	LA CONSTITUCION COMO DERECHO FUNDAMENTAL. SUPREMACIA .....	1
II	IMPERATIVIDAD CONSTITUCIONAL .....	3
III	¿QUE CONSTITUCION DEFENDER? LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL .....	5
IV	DEFENSA DE LA CONSTITUCION. CONCEPTO Y CONTENIDO .....	9

## I. LA CONSTITUCION COMO DERECHO FUNDAMENTAL. SUPREMACIA.

En la base del problema de la defensa de la Constitución, está el concepto de la supremacía constitucional. Kelsen formuló la idea de la concepción unitaria del ordenamiento jurídico. Este no sería un sistema de normas coordinadas a un mismo nivel, sino una estructura jerárquica de preceptos jurídicos desarrollados en un proceso de creación y aplicación, que venía desde la norma constitucional, pasando por las leyes ordinarias, reglamentos, hasta llegar a las sentencias judiciales y a los negocios jurídicos.

Esta concepción sirvió de base para distinguir las normas primarias o fundamentales, de las secundarias o derivadas, entendiendo el sistema jurídico como una pirámide en cuya cúspide la Constitución, que a su vez tiene su justificación última —dentro de una concepción más lógica que jurídica— en una norma hipotética fundamental, que ordena el respeto a la Constitución. La cúspide de la pirámide, está ocupada por la Constitución, que regula y determina la suprema competencia del sistema jurídico, la suprema autoridad del Estado. Así, la Constitución representa el nivel más alto del sistema jurídico. Es, al decir de Sánchez Agesta, el derecho fundamental de la organización. *La unidad de éstas (las normas) hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra —de grado superior—, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional.*<sup>1</sup>

Independientemente de compartir o no, la discutida teoría kelseniana en bloque, esta idea es clave para el objeto de nuestro estudio. Dentro del ordenamiento jurídico, existe un ordenamiento constitucional con una primicia clara, por ser la base de todo el restante conjunto de normas, y por recoger las decisiones políticas fundamentales que una comunidad específica ha tomado, en ejercicio de la soberanía popular. En el origen de la función constituyente está la decisión libre del pueblo. *Nosotros, los representantes del*

1 Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México; 1949) pp. 127-128.

*pueblo de Centro América cumpliendo con sus deseos y en uso de sus soberanos derechos decretamos la siguiente Constitución...* decía el preámbulo de la nuestra primera Constitución, la Federal de 1824 que constituyó la república independiente y *Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, reunidos en asamblea nacional constituyente cumpliendo el mandato extraordinario para el que fuimos electos y en ejercicio de las facultades soberanas de las cuales estamos investidos, solemnemente decretamos y sancionamos la siguiente Constitución de la República...* dice el preámbulo de la última, la de 1965, manteniéndose con esto una continuidad teórica en nuestro derecho constitucional.

El significado de la Constitución —que parte del siglo XVIII— está en constituir un documento escrito en el que se recoge la decisión originaria de la comunidad política que es la base del poder, se establece un sistema de competencias entre poderes constituidos, y se formula un catálogo mínimo de derechos esenciales que constituyen un espacio libre para los miembros de la comunidad. En una palabra, sigue siendo, una etapa en la larga lucha de los individuos por la limitación del poder del Estado. Estos principios, este significado último, aparece en todo el articulado de la Constitución, desde el preámbulo, la atribución de la soberanía, los objetivos, la declaración de derechos, la división de poderes, el principio de legalidad, etc. Y se constituye, además, como una norma de carácter supremo, por encima de todas las demás, que se impone a los habitantes en conjunto, gobernantes y gobernados: *La supremacía de la Constitución implica, entonces, que en la cúspide del ordenamiento jurídico está el ordenamiento constitucional, establecido como decisión política por el Poder Constituyente y solo modificable, como tal decisión, por éste.*<sup>2</sup> Lo que apareja varias consecuencias: 1) la legitimidad de la Constitución es incontrolable porque no existe un poder superior al constituyente que le dió origen, no existe la posibilidad de declarar una *inconstitucionalidad* de la Constitución; el poder de revisión solamente está en el propio poder constituyente, y por los canales establecidos en el texto; 2) por su carácter de supremo, las disposiciones del texto constitucional privan sobre todas las demás, anteriores y posteriores, y en tal virtud, las leyes o actos con efectos generales dictados con anterioridad, quedan derogados, si se oponen a aquéllas;<sup>3</sup> y 3) las leyes o actos que entren en contradicción con la Constitución, que se dicten en contravención a lo por ella preceptuado, son nulos.

<sup>2</sup> Allan Brewer Carías, *Instituciones políticas y constitucionales* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Editorial Jurídica Venezolana, 1982) pp. 159-176.

<sup>3</sup> Brewer, *idem.*, afirma que este principio no puede ser aplicado en términos absolutos, especialmente cuando la norma de la Constitución atribuye competencias, y cita una jurisprudencia de la Corte Suprema de Venezuela de 1958, aplicando el texto constitucional de 1953: "No se concibe lo que podríamos llamar el vacío del derecho. Mientras el Poder Federal no hubiese legislado sobre la materia concreta sobre la cual versan las disposiciones municipales vigentes, éstas han de continuar en vigor sobre toda la materia no legislada aún por el Poder Federal".

Este principio de la supremacía, se recoge con gran claridad y énfasis en tres artículos de la Constitución de 1965; Arto. 77, *Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los disminuyen, restringen tergiversan*,<sup>4</sup> Arto. 172: *Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure* y 246 párrafo primero: *Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional*<sup>5</sup>.

## II. IMPERATIVIDAD CONSTITUCIONAL.

Otro principio capital, es que la Constitución tiene una operatividad inmediata, establece una vinculación automática para gobernantes y gobernados. Principio regido por el Arto. 143 Constitucional que afirma que *el ejercicio del poder público está sujeto a las disposiciones contenidas en la Constitución y en las leyes* y el 145 que dice que *Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella*.<sup>6</sup>

Este *valor normativo inmediato y directo* —según expresión de García de Enterría— hace referencia a la vinculación normativa general de la Constitución, que no se limita al Poder Legislativo, según una teoría que considera al texto constitucional únicamente como de carácter programático. Aquí debemos considerar las dos clases de normas constitucionales, programáticas u operativas, según puedan ser aplicadas inmediatamente o necesiten de una reserva de ley, es decir, de un desarrollo posterior a nivel legislativo para poder tener operatividad. En la *Exposición de Motivos* del proyecto constitucional venezolano de 1961, se formula la distinción y se llama la atención en

4 Sobre los antecedentes de esta norma en nuestro derecho, ver *infra.*, p. 53 y siguientes.

5 Ver *infra.*, p. 56 y siguientes. "Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior* por varias razones. Primero porque la constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante: en este sentido, es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia... o duración... lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido", Eduardo García de Enterría, "La Constitución como norma jurídica", en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría* (Madrid: editorial civitas S.A., 1981). p. 106.

6 El artículo 9 de la Constitución Española de 1978 es más preciso y corto: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

el cuidado de su tratamiento: *Ha sido propósito de la Comisión redactar un articulado sobrio, que no obstante su definición de cortas líneas, deje cierta flexibilidad al legislador ordinario para resolver cuestiones e injertar modificaciones que corresponda a las necesidades y a la experiencia de la República, sin tener que apelar a la reforma constitucional. No obstante esta posibilidad, que en más de una ocasión ha permitido reducir la extensión de muchas disposiciones del Proyecto, hemos considerado que no podíamos llevar nuestros deseos de sobriedad hasta el extremo de ahorrar numerosas disposiciones de contenido programático que, aun cuando no constituyen preceptos de aplicación inmediata y directa, señalan a la acción futura de los poderes públicos aquellos objetivos que la realidad histórica y actual de nuestro país define como imperativos. Es sabido que todas las Constituciones modernas son consideradas, no solo como un texto orgánico de las funciones y poderes del Estado sino también como la expresión del conjunto de valores que inspiran y deben guiar la acción institucional del mismo. Si bien hemos deseado toda disposición que dé a determinadas regulaciones carácter constitucional, dejando un inmenso campo a las leyes, hemos considerado inevitable completar en la Carta Fundamental el conjunto de principios y de aspiraciones que el pueblo venezolano considera imprescindible en su destino histórico.*<sup>7</sup>

Cuando estas normas programáticas (llamadas también *self executing*, *self enforcing*, *self acting*, autoaplicables y bastantes en sí), forman parte del catálogo de los derechos llamados económico-sociales y culturales, surge el problema de su protección. No es posible exigir al Estado, se piensa, el cumplimiento de ellos, mientras no se cumpla la condición de su eficacia a través de la regulación legal que fija los requisitos de su realización. Piénsese en disposiciones tales como el estado *velará por la salud física, mental y moral de los menores de edad* (Arto. 87), *fomentará la propiedad-hogar en beneficio de la familia* (Arto. 88), *velará porque las viviendas de los trabajadores sean adecuadas y llenen las condiciones necesarias de salubridad* (Arto. 115).

Se hace necesario, además de reconocer estos derechos, encontrar una fórmula para controlar la negligencia de los órganos encargados de su desarrollo, para garantizar a los destinatarios de estos derechos y rescatarlos de la desvalorización en que se encuentran por su falta de efectividad. Germán Bi-

7 "Exposición de motivos al proyecto de Constitución Nacional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central*, No. 21 (1961) pp. 371-372. Sobre el tema de las normas el excelente estudio de José Alfonso da Silva, *Aplicabilidades das normas constitucionais*, 2a. ed. revista e atualizada (Sao Paulo: editora revista dos Tribunais, 1982). Una cuidadosa discusión sobre normas operativas y programáticas en Humberto Quiroga Lavié, "Sobre la interpretación constitucional", en *La interpretación constitucional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1975) pp.95-124. También Rolando Pina, *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas* (Buenos Aires: 1973).

dart Campos ha sostenido la tesis de que cuando el Estado no cumple con las obligaciones que la Constitución le impone, se puede impugnar judicialmente, ya que ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión: *...la Constitución queda lesionada tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando se deja de hacer lo que ella manda*, y sobre esta premisa ésta otra: *El control de constitucionalidad no puede retraerse frente a omisiones inconstitucionales. Su funcionamiento debe ser tan vigoroso como lo es para enervar las infracciones derivadas de acciones positivas. Un órgano de la jurisdicción constitucional no puede inhibirse de intervenir y resolver cuando el titular de un derecho económico-social formulado pragmáticamente invoca su ejercicio trabado por la ausencia de reglamentación. Tal falta de reglamentación debe declararse judicialmente como omisión inconstitucional, y ante la laguna que la no reglamentación suscita, el juez ha de integrar el orden normativo lagunoso, confiriendo prioridad a la Constitución suprema. De esta manera, por la vía más sencilla, la Constitución recuperaría su supremacía al ponerse en funcionamiento la norma pragmática en favor de quien resulte titular del derecho declarado en ella.*<sup>8</sup> Los constituyentes peruanos de 1979, encontraron una salida, incorporando en las Disposiciones Transitorias, una, que indica que *Las disposiciones constitucionales que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La ley anual del presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición*, situación que de todas formas, mantiene el problema de la congelación del desarrollo de las normas programáticas de que nos ocupamos.<sup>9</sup>

### III. ¿QUE CONSTITUCION DEFENDER? LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL.

El problema de la legitimidad está en la base de la estabilidad política y constitucional. Una constitución es legítima, sólo cuando es reconocida, no

8 Germán Bidart Campos, "Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad", *Derecho Comparado*, revista de la Asociación Argentina de Derecho comparado, No. 2 (1978) p. 56. Podrían proveerse otras soluciones, advierte Bidart: que se intente judicialmente al órgano obligado a ejercer la competencia demorada, o que el órgano judicial dictara por sí mismo la reglamentación, y otros mecanismos que pudieran imaginarse en el mismo sentido, en busca de subsanar las omisiones inconstitucionales que frustran la vigencia de los derechos económico-sociales declarados programáticamente. Y que si hay cláusulas "directivas" — como las llama Vanossi — que imponen funciones a ciertos órganos de poder, la exigibilidad de cumplir dichas funciones no se debe limitar a la responsabilidad política, sino que debe propiciarse acción judicial para subsanar la inconstitucionalidad por omisión. Dice Jorge Reynaldo Vanossi que hay dos clases de Cláusulas: las directivas que "están dirigidas al legislador, que debe convertir esas competencias en derechos exigibles; pero tal situación no es demandable, por lo que la cuestión queda reducida a un problema de responsabilidad política de los legisladores" y las interpretativas que "están dirigidas al juez, que debe aplicarlas para resolver los problemas de interpretación y zanjar las dudas que al respecto se le presenten", "Las cláusulas económicas y sociales en la República Argentina", *Loc. Cit.*, p. 83.

9 Cfr. Domingo García Belaúnde, "Protección constitucional de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", *Derecho*, revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 35 (junio 1981) pp. 68-69.

simplemente como situación de hecho, sino cuando la fuerza y la autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La única legitimidad hoy aceptada es la democrática, basada en la idea de que el Estado es la unidad política de un pueblo y que el modo y forma de la existencia política se determinan por la libre voluntad de la comunidad. Una constitución es legítima, únicamente cuando es producto de un consenso popular libre y democráticamente obtenido. El problema de la legitimidad, dice Linares Quintana, *es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remon-tándolo hasta la naturaleza del acto constituyente. Para que la Constitución sea legítima, el acto constituyente debe ser la expresión de la genuina voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria, y no hallarse viciado por el fraude, el soborno o la violencia*<sup>10</sup>

La representación política significa, por un lado, la participación indirecta del pueblo en el poder, y por otro, la única forma de legitimación de la autoridad y de justificación de la obediencia. Sus objetivos son: 1. Legitimar la autoridad, al establecer el mecanismo, por medio del cual, el pueblo nombra sus representantes y desplaza la imputación de las acciones de aquél a través de éstos; 2. Expresar la voluntad popular, a través del procedimiento electoral, permitiendo expresar una imagen de la opinión pública del país y 3. Seleccionar a las personas más capacitadas para, en el caso del poder constituyente, formular las decisiones políticas fundamentales de la organización política.

Por eso, una asamblea constituyente debe funcionar en un clima de amplia libertad de acción y participación, y en el instrumento legal que norme su integración se deben contener una serie de requisitos mínimos, inspirados en principios generalmente compartidos y reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos: reconocimiento de los derechos de las minorías a través de la representación proporcional, producto de un concepto humano y no bélico de la política; voto secreto y escrutinio público; auténtica y real libre participación de los partidos políticos en el evento; eliminación de prohibiciones antidemocráticas en la integración; organización de organismos electorales que garanticen la pureza del sufragio y el establecimiento de recursos efectivos de control. Será necesario —afirma Messineo— *para la legitimidad de la Constitución o de su reforma, que las dis-*

<sup>10</sup> Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. II (Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953) p. 139. Wilhem Ropke, sostiene que las tres calidades de un estado sano, son la legitimidad, la cooperación y la descentralización. Y que esa salud solo puede lograrse por el Estado "que dispone de un título intrínseco, moral y jurídico, no amañado por juristas serviles, con el que totalmente se identifica el ciudadano, y por consiguiente, sin discusión y sin necesidad ulterior de legitimación por obra de éxitos espectaculares es reconocido por la población como el que manda por derecho propio", *Civitas Humana* (Madrid: Revista de Occidente, 1949) pp. 107-108, citado por Juan Francisco Linares, "Legitimidad y razón suficiente del poder", *Jurisprudencia argentina*, Año XXV, No. 1672, 29 de agosto de 1963, p. 1.

*tintas corrientes políticas que orientan el pensamiento popular declaren abierta y libremente sus programas y sus objetivos con respecto a la enmienda, y que estas materias sean libremente expuestas a la ciudadanía, para que ésta se halle en condiciones de conocer ampliamente las razones en favor y en contra de la reforma y pueda formarse un exacto juicio de valor al respecto.*<sup>11</sup>

No debe realizarse un proceso constituyente sin que exista un clima de libertad propicio. Una de las últimas constituciones brasileñas asentaba que *no se reformará la Constitución durante la vigencia del Estado de sitio*. Y siempre resulta pertinente en estos temas recurrir a la autoridad de Heller: *La cuestión de la legitimidad de una Constitución no puede, naturalmente, contestarse refiriéndose a su nacimiento según cualesquiera preceptos jurídicos positivos, válidos con anterioridad. Pero, en cambio, sí precisa una Constitución, para ser Constitución, es decir, algo más que una relación fáctica e inestable de dominación, para valer como ordenación conforme a Derecho, una justificación según principios éticos de Derecho... La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia.*<sup>12</sup>

Si en cualquier momento de la vida política —afirmaba, en forma premonitory, el nada sospechoso de radicalismo Manuel Fraga Iribarne— debe conjugarse la autoridad con la representación, en el momento en que se reestructura el régimen de un país, constituyéndose o reconstituyéndose, esa conjugación adquiere especial importancia, porque se tomarán decisiones que rígidas o no, van a ser excepcionalmente importantes en la vida social. Y el ejemplo español, en el desmantelamiento de la dictadura y el régimen franquista, como un proceso de búsqueda de consenso a través de una *constitución de compromiso*, merece nuestra mayor atención por lo reciente y por la semejanza con la situación latinoamericana.<sup>13</sup>

11 *Il potere costituente* (Roma: 1946) pp. 68-69. Citado por Linares Quintana, *Op cit.*, pp. 140-141. El profesor Irving Louis Horowitz —de la Washington University— considera que la razón de la crisis política permanente en América Latina, es la "falta de legitimidad política por medio de la soberanía popular y de la legalidad constitucional", que se relaciona con el surgimiento de un sistema normativo, basado en la violencia, que implica el control del sistema político por medios arbitrarios, no consentidos y por eso se ha institucionalizado la ilegitimidad más bien que la autoridad reconocida. Los gobiernos legítimos tienden hacia la crisis, más bien que a la estabilidad", "La legitimidad política y la institucionalización de la crisis en América Latina", *Foro Internacional*, Revista del Colegio de México, Vol. VII, No. 3 (enero-marzo 1968) pp. 235-257.

12 Hermann Heller, *Teoría del estado* (México: fondo de cultura económica, 1947) p. 308.

13: "Comentario a *El Poder Constituyente*, de Nicolás Pérez Serrano", *Revista de estudios políticos*, Madrid, T. XVII, Núms. 31-32 (1947) p. 467. Sobre la Constitución española de 1978, y el arreglo político que está en su base, Javier Jiménez Campo, "Crisis política y transición al pluralismo en España (1975-1978)", *La Constitución española de 1978...*

La Constitución de 1965, es producto de una experiencia nueva en nuestra historia constitucional, aún no analizada globalmente. El ejército, como institución, tomó el poder a través de un golpe de estado, el 31 de marzo de 1963, derrocando al Presidente constitucionalmente electo, Miguel Ydígoras Fuentes. El Coronel Enrique Peralta Azurdia, su Ministro de Defensa, convertido en Jefe de Estado y en representación de la institución armada, centralizó los poderes en su persona y ejerció, técnicamente, una dictadura a partir de esa fecha, ilegalizando en sus primeras disposiciones los partidos políticos. El ejército, decía el decreto justificatorio, *conservando su jerarquía militar, asume el gobierno de la República.*<sup>14</sup>

Más tarde, en un arreglo con dos de los partidos (el Revolucionario y el Movimiento de Liberación Nacional) el gobierno militar, ante un malestar creciente por la prolongación del régimen de facto, abrió las puertas a la vuelta al régimen de legalidad, convocando un cuerpo constituyente. Los dos partidos del arreglo, presentaron diez candidatos cada uno, reservándose el gobierno, la nominación de los restantes diputados, y en una elección de lista única, que fue presentada a un electorado apático, que desertó en un 70%, fue designada la asamblea.

*Op. cit.*, pp. 45-94 y J. Jiménez Campo y J. Porres Ackona, "Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso: la Constitución española de 1978", *Revista de derecho público*, 2a. época, Vol. 1, No. 74, pp. 83-112 entre otros. David Pantoja Morán, en lúcido análisis, llama la atención en las implicaciones políticas y jurídicas de la legitimidad: "...a la democracia se le ha fincado sustancialmente en el proceso electoral, en las garantías para el multipartidismo y en la división de poderes consagrados todos ellos en la Constitución y en la estructura del orden jurídico imperante. Pero si bien estas condiciones formales son necesarias para el ejercicio democrático, no son suficientes. Ante nuestros ojos estos valores del Estado de derecho se han hecho nugatorios: la voluntad ciudadana manipulada por poderosísimos instrumentos de condicionamiento social, las opciones verdaderas de voto sensiblemente reducidas, la democracia interna de los partidos escamoteada por la burocracia de sus aparatos y la división de poderes desvanecida gracias al proceso de concentración de capitales y del poder político y la creciente fusión de ambos. Lo enunciado anteriormente de manera rápida nos revela que el simple *garantismo* constitucional, la sola estructura jurídico-formal, no bastan para garantizar la realidad democrática. Nos revela también que uno de los problemas más graves a que se enfrenta la teoría democrática moderna es, sin duda alguna, el de 'encontrar los mecanismos de una participación real de las mayorías en el ejercicio del poder y en la toma de decisiones', vale decir, el problema de la legitimación de la autoridad por el *consenso real* de la voluntad ciudadana. Con todo, lo dicho no basta; la voluntad soberana no solo se forma del consenso mayoritario, sino también con el de las minorías. Es imposible, por tanto, suprimir uno u otro —pues se encuentran dialécticamente unidos— so pena de secar la fuente de la legitimidad. En la democracia moderna la oposición es un órgano de la soberanía del pueblo tan vital como la mayoría gobernante y se hace necesario que los dos contrarios se puedan manifestar realmente y obrar mutuamente, respetándose en su esfera particular", en "Contribución al estudio de la legitimidad de los regímenes políticos con referencia a los de América Latina", *Revista Mexicana de ciencia política*, Año XVII, No. 66 (octubre-diciembre de 1971) pp. 69-79.

14 Enrique Peralta Azurdia, *Remembranzas del gobierno militar de Guatemala. 1963-1966*. (Miami: Pan American Litho, 1972) *Cfr.* Jorge Mario García Laguardia, *Política y Constitución en Guatemala* (Guatemala: serviprensa centroamericana, 1977) pp. 35 y siguientes; Adolfo Mijangos López, "La Constitución guatemalteca de 1965", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos*, época VIII, Núms. 3 a 6 (julio-diciembre de 1967; enero junio de 1968) pp. 3-13 y Ramiro de León Carpio, *Análisis doctrinario y legal de la Constitución de la República de Guatemala* (Guatemala: tesis, Facultad de Derecho Universidad Landívar, 1973).

El procedimiento fue motivo de fuerte críticas de sectores representativos de opinión. El Colegio de Abogados de Guatemala, en su III Congreso del año 1964 aprobó resoluciones condenatorias sobre el proceso. En una de ellas, se apunta que *...ratifica... su convicción de que una de las causas que impiden la existencia de un completo régimen de legalidad en el país, es la indebida ingerencia del Ejército, que en varios momentos de nuestra historia, ha actuado arrogándose el papel de contralor de la constitucionalidad, en forma arbitraria y dando por resultado la subversión del orden institucional que debiera garantizar; y su exigencia para que se haga efectiva la representación plena de la ciudadanía en el proceso elaborativo de las normas constitucionales y legales y se denuncia expresamente que la asamblea constituyente ha sido instalada al margen de un proceso democrático y que el hecho de la falta de representación de la ciudadanía en la elaboración de la Constitución, podrá llevar a Guatemala a una situación de inestabilidad institucional más grave aún de aquélla que se confrontó durante la vigencia de la Constitución promulgada, en similares condiciones, en el año de 1956.* Y en otra, referida a la protección de los derechos humanos, se afirma que *...en la integración de la Asamblea Nacional Constituyente se incurrió en vicios formales y materiales, porque la voluntad del pueblo no fue debidamente consultada y que en consecuencia la representación de ese cuerpo no es auténtica.*<sup>15</sup> Más tarde, vigente ya la Constitución, en el IV Congreso del propio Colegio de Abogados, se aprobó una terminante resolución declarando por los mismos motivos, la ilegitimidad de la Constitución.<sup>16</sup>

#### IV. DEFENSA DE LA CONSTITUCION. CONCEPTO Y CONTENIDO.

Dejando antecedentes que podrían llevarse a Grecia y Roma, la idea de la defensa constitucional, se inicia en el período del constitucionalismo liberal, cuyo centro puede fijarse provisionalmente en la Revolución Francesa.

Sin embargo, el desarrollo de la teoría es reciente. En su inicio, el sistema de *judicial review* de tipo difuso norteamericano, formulado jurisprudenden-

15 *Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala* (Guatemala: imprenta universitaria, 1964).

16 *Cuarto Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala* (Guatemala: imprenta universitaria, 1966). El comentario de un notable constitucionalista francés es revelador: "Podría hacerse aquí, guardando todas las proporciones debidas, un paralelo con los países de la Europa Balcánica satélites de la URSS. La guerra civil de Guatemala de 1954 podría emparentarse con la revolución prefabricada de Praga de 1948. Los regímenes políticos son dictatoriales en ambos casos; pero las dictaduras sudamericanas son de tipo conservador (fascistas) y no de tipo progresista. La Asamblea Constituyente guatemalteca de 1954 fue elegida sobre una lista única de 66 miembros presentada en bloque a la aprobación de los electores por una votación pública; es exactamente la técnica de las elecciones fascistas, agravada por la ausencia del secreto de la votación", Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional* (Barcelona: editorial Ariel, 1962) p. 355.

cialmente por la Suprema Corte, en los primeros años del siglo pasado; la recepción de la institución inglesa del *habeas corpus*; y la configuración del juicio de amparo mexicano como institución protectora, son los antecedentes decimonónicos de la teoría, que ha tenido diversos desarrollos. Y, en 1920, en la Constitución austríaca, la creación de la Corte de Justicia Constitucional como sistema concentrado, bajo la inspiración directa de Hans Kelsen.

Precisamente la discusión sobre esta institución, permitirá formular la idea expresa de la defensa constitucional. Kelsen publicará en 1928 un artículo memorable, **La garantía jurisdiccional de la Constitución**,<sup>17</sup> en la que se defiende su idea clave: la Constitución rígida solo puede ser defendida eficazmente, si para garantizar su cumplimiento se crea una específica Corte Constitucional de justicia.<sup>18</sup> Que inmediatamente provocó una muy viva polémica, que aún no termina. En octubre de ese mismo año, en la sesión plenaria del **Instituto de Derecho Público**, (con asistencia de Alvarez, Berthelemy, Bonnard, Duez, Duguit, Fleiner, Gascón y Marín, Gronski, Jeze, Kelsen, Lefériere, Laun, Mestre, Mirkine-Guetzevitch, Nolde, Politis, Romieu e Thoma), la tesis kelseniana fue drásticamente rebatida. Especialmente por Duguit, quien después de rechazar terminantemente la clasificación jerárquica kelseniana —por considerar que las reglas (normas generales) y actos jurídicos (normas individuales) son cosas diversas y por consiguiente imposible de jerarquizar— se opone expresamente a la creación de una jurisdicción constitucional especial ...*que sería inoperante o muy peligrosa porque se transformaría en una tercera —o en una primera— asamblea política.*<sup>19</sup> Posición apoyada por Carré de Malberg, en la más pura tradición francesa, que desconfía del cuerpo judicial y entiende al Parlamento como el representante de la soberanía popular.<sup>20</sup>

Carl Schmitt, quien no estuvo en esta primigenia confrontación, se va a hacer presente espectacularmente, como el gran interlocutor de Kelsen. En marzo de 1929, publica en los **Archivos de Derecho Público**, su trabajo "Der Huter der Verfassung" (Nueva serie, XVI, pp. 161-237), que dos años más tarde en 1931 apareció, elaborado, ampliado y enriquecido con notas de artículos y conferencias de 1929 y 1930. Y que fue inmediatamente traducido

17 "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París (1928) pp. 197-257; traducción española de Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", en *Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, No. I (1974) pp. 471-515. También incluido en la colección de estudios sobre el tema, de Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale* (Milano: Giuffrè editore, 1981).

18 Ver el breve y excelente prólogo de Antonio La Pégola, al libro de Kelsen, *La giustizia...*, *Op. cit.*

19 "La garanzia giurisdizionale della Costituzione. Dibattito presso L'istituto Internazionale di Diritto Pubblico", Kelsen, *La giustizia...*, *Op. cit.*, p. 212.

20 "La garanzia giurisdizionale della Costituzione. Una nota di R. Carré de Malberg", *Idem.*, pp. 215-228.

-en su título en forma libre al castellano,<sup>21</sup> precisamente con el nombre de **La defensa de la constitución**. En ese libro se defendía la tesis central de que un órgano político y no jurisdiccional, el jefe del estado, es el que protege la Constitución y que la determinación sobre el contenido de un precepto constitucional dudoso es *materia de legislación constitucional, no de la justicia*. Posiblemente una frase resume la posición del decisionismo schmittiano frente al formalismo kelseniano: *Una ley no puede ser protectora de otra ley. La ley más débil no puede, naturalmente, proteger o garantizar a otra que sea más sólida. Ahora bien ¿cabe, por el contrario, que la ley difícilmente modificable proteja a la ley más sencilla? En tal caso se habrían invertido totalmente los términos, pues se trata de la protección y defensa de la ley formulada en la Constitución, no de la simple ley, y el problema, es, precisamente, el de proteger una ley difícilmente modificable contra la posibilidad de que sea modificada por una ley sencilla. El problema no surgiría si una norma pudiera normativamente protegerse a sí misma.*<sup>22</sup> Parte del supuesto de que entre las funciones políticas y las judiciales existe una contradicción básica y concluye, que si lo que se busca es una instancia especial que tenga por función garantizar el funcionamiento del sistema constitucional, no se puede encomendar esta función a uno de los poderes existentes, sino a un poder neutral con atribuciones especiales, que encuentra precisamente dentro del régimen de Weimar, en el Presidente del Reich.<sup>23</sup>

Kelsen responde al trabajo de Schmitt, con una larga recensión titulada: **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** de un gran contenido polémico.<sup>24</sup> La idea del defensor de la Constitución hace referencia, apunta, a las garantías que deben establecerse sobre los órganos constitucionales, capaces de provocar infracciones, y en ese sentido, el órgano que defienda la Constitución, no debe ser obviamente el mismo que pueda violarla: *La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados. Si una cosa es indudable, es que ningún órgano es menos idóneo a realizar esa tarea que aquél al cual la Constitución encarga -en todo o en parte- el ejercicio del poder y que tiene en sus manos la ocasión jurídica y los estímulos políticos para violarla. Ningún principio técnico jurídico es tan generalmente compartido como aquél por el cual ninguno pue-*

21 Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Traducción directa del alemán por Manuel Sánchez Sarto. (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: editorial Labor, 1931). Recientemente ha sido hecha una nueva edición italiana, *Il custode della costituzione* (Milano: Giuffrè, 1981).

22 Schmitt, *La defensa...*, *Op. cit.*, pp. 53-54.

23 *Idem.*, pp. 161 y siguientes.

24 Publicada en *Die Justiz*, 1930-1931, Heft 11-12, bd, VI, pp. 576-628. Traducida al italiano, "¿Chi dev'essere il custode della costituzione?", en Kelsen, *La giustizia...* *Op. cit.*, pp. 231-291. Utilizamos la traducción italiana.

*de ser juez en causa propia.*<sup>25</sup>

Así, estaban fijadas las bases para la formulación de una teoría general de la defensa constitucional, que incluyera todos los instrumentos establecidos para limitar los abusos del poder y la sujeción dentro de los límites fijados en el texto constitucional, rebasando el específico control de constitucionalidad de las leyes, que solo sería uno de sus aspectos.

Ha sido el jurista Héctor Fix Zamudio, el que en América Latina ha profundizado más en el tema, sobre el que ha reincidento —enriqueciéndolo— en los últimos años. En uno de sus últimos estudios formula el concepto al afirmar que *...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental. Por este motivo nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre esos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material* y agrega que la defensa constitucional *no debe considerarse sólo desde un punto de vista estático, que concuerda de cierta manera con la idea de conservación de la Constitución defendida por Constant —doctrina del órgano neutro moderador— y Sieyes —Senado Conservador de la Constitución del año VIII— y que tiene un sentido exclusivamente conservador y estático de la defensa constitucional; sino que la Constitución tanto en su sentido material, pero también desde el ángulo formal, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes, por lo que la idea de la defensa constitucional tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewenstein, es decir, que solo resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado de eficacia y de proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.*<sup>26</sup>

<sup>25</sup> *Idem.*, p. 232. (traducción nuestra). *Infra.*, pp. 64 volvemos sobre la polémica Kelsen-Schmitt, a propósito de las relaciones entre justicia y política en relación con la Corte de Constitucionalidad.

<sup>26</sup> Héctor Fix Zamudio, *La Constitución y su defensa*, Ponencia general al Coloquio Internacional sobre el tema, celebrado en el Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el mes de agosto de 1982. También del mismo autor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín mexicano de dere-*

El mismo Fix Zamudio -cuyo esquema clasificatorio seguimos- indica que el concepto puede dividirse convencionalmente como todas las clasificaciones en dos categorías fundamentales, la **Protección de la Constitución**, y las **Garantías constitucionales**. La primera se integra por *todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución*, instrumentos que se refieren al aspecto **fisiológico** de la ley fundamental; y la segunda con *los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores*, instrumentos destinados a la corrección de una **patología constitucional**.<sup>27</sup>

## V. PROTECCION CONSTITUCIONAL.

Está constituida, como hemos apuntado, por los instrumentos encaminados a proteger el orden constitucional. Pueden ser de diverso carácter, político, económico, social y estrictamente jurídico, pero siempre, todos se manifiestan a través de normas de carácter constitucional.

### A. Políticos.

#### 1. División de poderes.

Posiblemente el más conocido de ellos, es el de la división de poderes, formulada en el siglo XVII y XVIII entre la ilustración y la teoría política del liberalismo. Teoría orientada a contener a los diversos poderes dentro de sus propias competencias y a limitar el ejercicio del poder. En el Capítulo XI de **El Espíritu de las Leyes**, de Montesquieu, se le dió forma moderna a este principio. Este autor, poco convencido de que la garantía de la libertad política tuviera su base en la moralidad cívica de las personas, dedicó toda su vida a la búsqueda de un mecanismo dentro del propio gobierno, que natural-

*cho comparado*, Nueva Serie, Año 1, Núm. 1 (Enero-abril de 1968) pp. 89-118, y Jorge Mario García Laguardia, *Teoría general de la defensa de la Constitución* (Guatemala: Septem-Partitarum, publicación de la Asociación de Estudiantes de la Universidad Rafael Landívar, 1973). En un sentido amplio dice José Almagro Nosete— "La expresión *defensa constitucional* denota el conjunto de actividades encaminadas a la preservación o reparación del orden jurídico establecido por la Constitución, y en particular, de la Constitución misma, que en cuanto ley suprema vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos", *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)* (Madrid: Artigrafía S.A., 1980) p. 4.

<sup>27</sup> Héctor Fix Zamudio, *Op. cit.*, pp. 92-93.