

Ricardo Haro (Argentina) *

El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales

I. Del constitucionalismo clásico o liberal al constitucionalismo de la sociedad posindustrial

1. *Los postulados del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social*

1. Es evidente que para llegar a comprender de la mejor manera posible la función judicial en la vida sociopolítica se torna necesario tener conciencia de la función del derecho, ya que de cuáles sean los ámbitos de la vida social que penetre y con qué finalidad lo realice dependerán las dimensiones y sentidos de la función judicial.

Una de las manifestaciones más excelsas del derecho ha sido la surgida del *constitucionalismo*, movimiento filosófico-político que realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre sociedad y Estado, y justificó su origen y desarrollo en dos premisas trascendentales:

- a. La primera es la afirmación y protección de la *dignidad de la persona humana*, paradigma fundamental que marcaría definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico-institucional que abreviaría en una axioteleología antropológica, política, social, cultural y ética, mediante los *derechos individuales* y sus correspondientes *garantías*.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- b. La segunda premisa consistió en establecer la *división y equilibrio del poder* y sus funciones, que se imputaron a diversos órganos, en procuración de un poder limitado y controlado, para evitar todo abuso que violase precisamente esa dignidad humana.

De allí los grandes objetivos de *libertad, seguridad y propiedad*, ideas-fuerza asumidas por el constitucionalismo clásico o liberal a través del Estado de Derecho, para más tarde, con motivo de los excesos de una irracional aplicación de ese individualismo en la vida de la colectividad y de la aparición en la escena mundial de la llamada *cuestión social*, transformarse en las primeras décadas del siglo XX en la nueva versión que representaba el constitucionalismo social. En éste, como bien afirma Mirkine de Guetzevich, se pretendió “el control social de la libertad individual”, ya que junto con aquellas ideas-fuerza se enarbolaban ahora las de la *justicia* y la *solidaridad*, insuflando al derecho toda una dimensión social que se proyecta en el nuevo Estado social de Derecho, en la expresión de Hermann Heller, y que se afianzaría definitivamente después de la segunda posguerra mundial.

2. *El constitucionalismo posindustrial*

2. Ahora bien, en los albores del siglo XXI nos encontramos frente a cambios cada vez más profundos y dinámicos, tanto en las estructuras sociales como en las culturales y en las económicas, que se originan y manifiestan en un acelerado progreso científico-tecnológico realmente sorprendente y desconcertante.

Estas circunstancias que señalamos han llevado a diversos pensadores, en el decir de Juan Fernando Segovia,¹ a calificar a nuestra sociedad como *tecnocrática* (para Brzezinsky), *participativa* (para Zampetti), o *posmoderna* para Lyottard, o *posindustrial* (para Daniel Bell). Y desde la perspectiva institucional-política, agregamos nosotros la *tecnocracia* de Meynaud o la *tecnodemocracia* de Duverger.

Vale la pena reseñar brevísimamente la prognosis propuesta por Daniel Bell en su obra *El advenimiento de la sociedad pos-industrial*,² fruto de más de diez años de investigación y debate. Sostiene Bell que en los próximos treinta o cincuenta años veremos surgir lo que ha dado en llamar la *sociedad posindustrial*, que implica primeramente un cambio en la estructura social, con consecuencias que variarán según las diferentes configuraciones políticas y culturales de las sociedades. Los cambios de esta nueva sociedad plantearán problemas de dirección para el sistema político, lo mismo que los cambios en la cultura y el estilo de vida, y asimismo en el campo del derecho, como lógicamente agregamos nosotros.

¹ Juan F. de Segovia, “Nuevas tendencias en el constitucionalismo”, en *Derecho público provincial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Mendoza, 1990, t. I, p. 106.

² Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad pos-industrial*, Alianza, Madrid, 1976.

En la sociedad posindustrial —señala Bell— y en cuanto a la estructura social, el principio es el de *economizar*, de acuerdo con el principio del menor costo, optimización, maximización, etcétera. Por su parte, el principio axial en la política moderna es la *participación*, a veces movilizada y controlada y otras exigida desde abajo. En cuanto a la cultura, el principio axial es el deseo de *realización y reforzamiento del sujeto*. Como la sociedad posindustrial aumenta la importancia del componente técnico del conocimiento, obliga a los “sacerdotes” (hierofantes) de la nueva sociedad —científicos, ingenieros y tecnócratas— a competir con los políticos o a convertirse en sus aliados.

En esta sociedad que aproximadamente surge a partir de la segunda mitad del siglo pasado, advertimos nosotros que, como una de las actuales tendencias del constitucionalismo, surgen los llamados *derechos de la tercera generación*, que vienen a juridizar en numerosos textos constitucionales las expectativas del hombre, de los grupos sociales y de toda la sociedad, en cuyas cabezas está la titularidad de tales derechos, los cuales *tienden a proteger la paz, el medio ambiente sano, la lealtad en las relaciones del consumo de bienes y de utilización de los servicios, los derechos que hacen a la identidad y pluralidad cultural, a la información y a la intimidad, al desarrollo, etcétera*.

II. Principios liminares del constitucionalismo

1. *El poder y los derechos*

3. Bien sabemos que, desde sus orígenes, la doctrina constitucional está conteste en afirmar que todo Estado constitucional de Derecho se asienta sobre los dos principios fundamentales: *la división y equilibrio de los poderes estatales y la dignidad de la persona humana con los derechos que le son inherentes*, todo ello establecido en una ley fundamental y suprema que es la Constitución y que viene a presidir la validez formal y sustancial de todas las normas infraconstitucionales que integran el orden jurídico del Estado, otorgando la seguridad y unidad que éste implica.

De estos dos principios surge necesariamente una conclusión, que no siempre es considerada y meritada en toda su vital trascendencia para la organización política de la sociedad, dada la tendencia que desde antaño se consolidó en la doctrina constitucional, hoy felizmente superada, en el sentido de hacer referencia a los “poderes” como modos de expresión del poder estatal. Es por ello que estimamos necesario un replanteo y una redefinición de esta expresión de *los poderes*, para un enfoque global y más integral, que amplíe su significación hacia todas las manifestaciones de *facultad*, de *potestad*, de *energía racionalizada* que se desarrollan en el marco de la vigencia del derecho.

De allí, en consecuencia, que debemos entender por *poderes* tanto las *competencias o atribuciones* de los departamentos de Estado, como los *derechos individuales*

les y colectivos, porque en cualquiera de sus manifestaciones son *verdaderos poderes*. Por ello, desde nuestra perspectiva, lógicamente son *poderes* los que ejercen los órganos supremos del Estado, pero también lo son los derechos subjetivos individuales y colectivos, toda vez que implican los *poderes-ser* de cada persona en la consecución de su personalidad, individual y grupalmente tomada.

4. En la realidad de todo hombre, como hemos analizado más pormenorizadamente en un estudio anterior,³ se observan cuatro grandes dimensiones de su existencia, a través de las cuales se encauzan y maduran todas las posibilidades de su realización personal. Así hemos señalado:

- a. La dimensión individual que transita en la búsqueda de la identidad, la autenticidad y la excelencia de su *yo*.
- b. La dimensión social que le demanda el desarrollo “con los otros que no son yo” en la convivencia con los demás y le posibilita la vivencia de la fraternidad y la solidaridad.
- c. La dimensión cósmica en su apertura hacia el universo, participando en la permanente tarea de continuar la creación, con el espíritu de señorío y de investigación al servicio ya sea de la protección del mundo como de su crecimiento.
- d. La dimensión trascendente que lo vincula con el Dios Padre de los creyentes o con el Absoluto de los filósofos según Kant, en la que debe proyectar un espíritu de filiación, noble y gratificante.

Es preciso tener muy presente, para evitar posiciones erróneas, que la existencia de los hombres transita por estas *cuatro grandes dimensiones*, buscando la felicidad en su *realización personal* mediante el permanente y responsable *ejercicio de todos sus derechos*, en una continua y perseverante faena de *ser, siendo* cada día por estos *poder-ser* que implica el ejercicio de cada uno de los innumerables derechos humanos.

En ambos casos, si bien con distintas instrumentaciones, el ejercicio de los poderes-derechos encuentra su razón de ser y la fuente de la legitimación en la medida en que estén orientados a la promoción del bien general que revierte hacia el bien personal. Las atribuciones de los departamentos de Estado, como los derechos de la persona, vienen a constituirse en *verdaderas energías* que naturalmente tienden a los abusos y demasías, por lo cual necesariamente deben ser *conjugadas y limitadas en la consecución del bien general*, por la fuerza racionalizadora del derecho. No otra cosa es el Estado de Derecho.

2. *Limitación y control*

5. De allí que no sólo el ejercicio del *poder político deba ser limitado y controlado*, sino que también *deben ser limitados y controlados los poderes que impli-*

³ Ricardo Haro, *Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2000.

can los derechos, por cuanto, originándose ambos en la naturaleza social del hombre, llevan ínsita la permanente posibilidad de entrar en los conflictos propios de la dialéctica del proceso social.

Para que no se frustre, la idea de *limitación* conlleva necesariamente la idea de *control*. Por lo tanto, un auténtico Estado de Derecho es aquel que establece los procedimientos jurídico-institucionales para *limitar*, pero también para *controlar* los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales.

De allí que toda Constitución sea una *ley de garantías* frente a los posibles excesos, tanto del poder político como de los derechos individuales y sociales en cuyo ejercicio a menudo se configuran los *abusos del derecho*, pues todos ellos constituyen centros de expansión de sus potestades y de sus derechos, respectivamente, que deben ser limitados para evitar tanto el *autoritarismo o el totalitarismo* del Estado, como *la anarquía, el caos y la ley de la selva* en la sociedad, pues esto ya nos llevaría por la grave pendiente de la marginación de la ley y de desintegración del orden jurídico.

Éstas no son especulaciones de gabinete, sino conclusiones de la vida real y concreta que nos toca vivir todos los días, conclusiones a las que puede arribar cualquiera que observe las aberraciones que se producen en un ejercicio arbitrario de los poderes estatales, pero también, y cada vez más, en un ejercicio ilimitado de derechos subjetivos o colectivos que, tras intereses sectoriales que podrán ser muy legítimos, imponen autoritariamente al resto de la comunidad, a *la gente*, ilícitas limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales, originadas en verdaderos *abusos de derecho*.

Lamentablemente está desarrollándose en el seno de la sociedad una harto peligrosa *conciencia antisocial de los derechos*, pues se ha tornado “normal” el hecho de que cada vez que un grupo o sector social enfrenta un conflicto, cualquier sea su gravedad y naturaleza, con motivos legítimos o no, se arroga el derecho de expresar su protesta violando de forma abierta, artera e impunemente los derechos humanos de la inmensa mayoría de la sociedad.

6. Se toman edificios, se ocupan las calles, se clausuran las rutas, se causan destrozos de bienes particulares y sociales, se abandona hasta a los enfermos en los hospitales o a los alumnos en las escuelas, colegios y universidades. Y más lamentable es que el hombre común se siente indefenso, pues muy a menudo, por seudocomplejos “democráticos” o excesiva y erróneamente “garantistas”, la autoridad policial o judicial no sólo no lo protege con la ley, con todo el rigor de la ley, sino que se advierte una actitud pasiva e indiferente frente a comportamientos que constituyen, insisto, verdaderos *abusos de derecho* y que van carcomiendo precisamente los fundamentos de un Estado de Derecho.

Y nadie controla, nadie limita. Desde ninguno de los poderes se observa y advierte lo que el hombre común advierte y padece. ¿Cuántos delitos se cometen en nombre de la libertad y de los derechos de los que la violan? ¿Cómo es posible que

los responsables de las potestades públicas hablen y no obren frente a esta ignorancia o violación permanente de la ley? ¿Cómo no comprender la falta total de credibilidad de la gente en los políticos y en la justicia? Si ante la anomia, en la certera expresión de Carlos S. Nino,⁴ o la violación de la ley, todo vale porque todo se acepta en la impunidad del *laissez faire, laissez passer* de los poderes públicos, ¿dónde queda el mentado Estado de Derecho? Lamentablemente —dice Nino— no hay garantías absolutas de que los argentinos nos hayamos librado de la tendencia autodestructiva hacia la ajuridicidad que nos tiene atrapados desde el comienzo de nuestra vida como nación independiente.

Todo poder tiene una “naturaleza caída” que lo inclina normalmente a abusar de su ejercicio. Loewenstein ha afirmado con todo acierto que “el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder”.⁵ Por lo tanto, es preciso insistir en que la Constitución es una *ley de garantías*, y lo es en cuanto no sólo prescriba *las limitaciones a los poderes políticos, sociales e individuales*, sino además en tanto efective con vigor y con rigor *los adecuados mecanismos de control*.

3. Control y poder

7. Salvado lo que acabamos de expresar, y dedicando nuestra atención de especial modo al acrecentamiento no sólo del poder político sino también de los sociales, *la regla de oro* de la relación dialéctica de *poder* y *control* es que a todo fortalecimiento del poder estatal o social debe acompañarlo el respectivo fortalecimiento de los mecanismos de control, es decir, *a mayor poder, mayor control*. Y ello tanto porque, como bien decía Montesquieu, “es necesario detener el poder con el poder” (“*il faut arrêter le pouvoir avec le pouvoir*”), cuanto porque, al decir de Lord Acton, “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”.

Y en los tiempos modernos, en que se ha observado un acrecentamiento del poder estatal, una verdadera elefantiasis que lleva a Bertrand de Jouvenel a presentar el poder como el Minotauro en la sociedad contemporánea, es preciso que el *control jurisdiccional de constitucionalidad asuma un mayor protagonismo en esta alta misión institucional de controlar*, sin que ello signifique en modo alguno una transgresión de los propios límites de la función judicial, que se vería exorbitada hacia los campos que son propios de la discrecionalidad de los poderes políticos.

Al respecto, Jorge R. Vanossi resalta que no puede darse un efectivo control si quien lo ejerce no reúne los siguientes tres presupuestos:

- a. Es indispensable la *independencia* del órgano controlante en relación a aquel que es controlado.

⁴ Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 73.

⁵ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 28.

- b. Asimismo es necesario precisar cuál va a ser el *ámbito de lo controlado*, porque quien ejerce el poder puede ser sometido, según sean las funciones controlables, a un control político o a un control jurídico.
- c. Pero además, como el ejercicio del control es imposible si se desconoce la materia controlable, es indispensable el *derecho a la información* y la *publicidad* de los actos.⁶

Por eso, parafraseando a Manuel Aragón Reyes, podemos decir que un Estado constitucional de Derecho es aquel que en el *poder*, en sus diversas manifestaciones, está limitado y está controlado, porque sin poderes limitados y controlados, lisa y llanamente no existe régimen constitucional.⁷

Pero, reiterando el primer requisito expresado, no puede darse un efectivo *control* si quienes lo ejercen no tienen plena y rigurosa *independencia del órgano controlado*. Si esa premisa es esencial a todo control, cómo no lo ha de ser en grado superlativo de modo especial respecto de todos los órganos judiciales y, con mayor impecabilidad, en los tribunales constitucionales o en las cortes supremas de justicia.

III. El control jurisdiccional de constitucionalidad

1. *El principio de la supremacía constitucional*

8. El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley, de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa.⁸

A nadie se le escapa que un principio axial que anima a los Estados constitucionales de Derecho con rigidez constitucional es el de la *supremacía constitucional*, por el cual la normación infraconstitucional debe necesariamente conjugarse —tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración— con las normas constitucionales, como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del poder constituyente y de los poderes constituidos.

El grado superior del derecho positivo —afirma Hans Kelsen— es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. El derecho regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además, en medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de

⁶ Jorge Reinaldo Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

⁷ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Madrid, 1995.

⁸ Carlos Sánchez Viamonte, *Derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1945, t. I.

la manera determinada por otra norma. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en distintos estratos superpuestos. Esto supone que una ley no puede derogar la Constitución y que, para modificarla o derogarla, es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo, una mayoría calificada o un quórum más elevado.⁹

9. Este principio de la supremacía se erige así en una de las garantías más importantes del sistema constitucional, *garantía sustancial* que requiere lógicamente de otras *garantías formales o procesales* que en última instancia configuran la revisión o el control judicial que asegure su plena vigencia y respeto, primordialmente por parte de los órganos estatales, sin perjuicio de vedar también comportamientos individuales y sociales que puedan violar dicha supremacía, porque, como bien señalaba Esteban Echeverría, “en torno de la Constitución las normas gravitan como los astros en torno al sol”.

La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de *seguridad y paz social*, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter, expresa César Enrique Romero,¹⁰ radica la importancia superlativa de la Constitución, porque sobre todas las cosas, según la vieja definición de Borgeaud, ella es una *ley de garantías*; garantía de la nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía, y garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría, al decir de Eisenmann.¹¹

2. *El control de la supremacía constitucional*

10. Esta garantía sustancial de la supremacía constitucional requiere indispensablemente un sistema de control que la asegure con todo vigor, haciendo respetar esa concatenación jerárquica de normas a partir de la Constitución respecto de toda la normación infraconstitucional, tanto en sus aspectos procedimentales de sanción, como de los contenidos normativos de sus textos.

A nadie se le escapa que, a esta altura de la historia de las instituciones, en la casi totalidad de los Estados de los continentes americano y europeo se ha impuesto el control de la supremacía constitucional judicial, es decir, por parte de los jueces. No desconocemos la vastedad y complejidad de tribunales y órganos que realizan el control, ni los numerosos procedimientos establecidos para su andamio.

No obstante ello, básicamente podemos afirmar que existe el *control difuso o no especializado*, de origen norteamericano con notable influencia en Latinoamérica, que es ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, si bien con una corte o

⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, pp. 147-148.

¹⁰ César Enrique Romero, *Estudios constitucionales*, Universidad de Córdoba, 1959, pp. 200-201.

¹¹ Charles Eisenmann, *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, p. 1.

tribunal supremo que, como cabeza de poder, se constituye en el intérprete final de la Constitución.

De otro lado, existe el *sistema concentrado o especializado*, con honda vigencia en Europa, en el cual el control se le encarga a un único tribunal constitucional de raigambre kelseniana, por lo general apartado de la organización judicial ordinaria. Finalmente, en la inmensa mayoría de los Estados latinoamericanos se observa la aplicación concurrente de ambos sistemas en lo que se ha dado en llamar *sistemas mixtos, duales o paralelos*. Analizaremos esta rica temática en sus aspectos medulares en los apartados siguientes.

11. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Maurice Hauriou denomina la *superlegalidad constitucional*, es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por las leyes y corresponde a la misión natural de los jueces.¹²

Parafraseando a Boris Mirkin de Guetzevitch, esta revisión judicial representa una de las técnicas fundamentales para afirmar la *racionalización del poder*, por lo que podemos concluir, esquemáticamente, que *Supremacía constitucional + Control judicial = Racionalización del poder*. Y esto es así en ambos sistemas, ya sea que partamos en, el norteamericano, de la fundacional doctrina del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, a comienzos del siglo XIX, o del pensamiento europeo de Hans Kelsen, en el siglo XX.

De allí que, con el correr de los tiempos y un mejor perfilamiento institucional del tema, haya surgido lo que la doctrina llama *justicia constitucional*, que es la que ejerce la *jurisdicción constitucional* a través de *los tribunales y de los procedimientos constitucionales*.

IV. Control de constitucionalidad en Estados Unidos

1. El control judicial en la Constitución de los Estados Unidos

12. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece en su artículo VI, párrafo 2:

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaran y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, *serán la suprema ley del país*. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.

A su vez, en artículo III sección 2 dispone:

El Poder Judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad [...]

¹² Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, pp. 326 y ss.

De estas normas surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como se advierte, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, sino que surge de ellos a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en ejercicio de sus *poderes implícitos* y de las normas legales como la Judiciary Act de 1789.

2. *El sistema difuso de control*

13. A partir de estos artículos de la Constitución de los Estados Unidos, surgió lo que se ha dado en llamar el *sistema americano* de control de constitucionalidad para hacer real la vigencia del principio axial de la *supremacía constitucional*, sistema en el cual, haciendo un adelanto en la exposición, la totalidad de la función jurisdiccional en sus dos grandes dimensiones —la *jurisdicción ordinaria* y la *jurisdicción constitucional*— está ejercida por los diversos tribunales que constituyen el *Poder Judicial*, uno de los tres clásicos poderes del Estado, con perfil político-institucional propio dentro del esquema del Gobierno, y en el que cada tribunal ejerce no solamente la jurisdicción ordinaria de los procesos comunes, sino que además —y esto es realmente importante— *ejerce asimismo la jurisdicción constitucional* actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales.

Por eso se lo denomina *sistema difuso* o *no especializado* de control de constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero. Este sistema evidentemente responde a las ideas preconizadas por Hamilton en *El Federalista*, consagradas por el juez Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison* y comentadas por Bryce en *La república norteamericana*, que en seguida analizaremos.

3. *La organización judicial en los Estados Unidos*

14. En la cúspide del Poder Judicial, como cabeza de poder e intérprete último de la Constitución, se encuentra la Corte Suprema de Justicia, que se desempeña igualmente como tribunal de las garantías constitucionales y que, al ejercer la última y definitiva instancia del control de constitucionalidad, cumple el eminente rol de alta política, al ser un *poder moderador* entre los diversos poderes del Estado, ya sea entre los que integran el orden horizontal el Gobierno federal (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), como entre los otros poderes o competencias que integran el orden vertical de su distribución entre el Estado federal y los estados locales.

En definitiva, en el sistema americano, la *función jurisdiccional en la plenitud de su ejercicio* mediante el control de constitucionalidad está confiada al Poder Judicial, de modo tal que bien se puede aseverar que todos los tribunales, y en especial la Corte Suprema de Justicia, *son tribunal y son poder*.

4. *El leading case Marbury v. Madison*

15. A la luz del antiguo antecedente referido al caso *Bonham* de 1610, y de la doctrina en él sentada por el juez Cooke en Inglaterra, la conciencia norteamericana se fue inclinando hacia la revisión judicial (*judicial review*), pues la supremacía del Parlamento, que se había finalmente aceptado en Inglaterra, no convenció a los colonos, que lo veían lejano y no participativo, razón por la cual prefirieron otorgar la supremacía a la ley y luego a la Constitución.

El primer caso judicial, tras algunos antecedentes, fue la célebre sentencia que en 1803 pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que el *Chief Justice* Marshall elaboró la originaria versión de la doctrina de la supremacía constitucional en su enjundioso y clarividente voto que sustentó el fallo definitivo en el *leading case Marbury v. Madison*, a partir del cual se desarrolló ampliamente la correlativa doctrina del control judicial de constitucionalidad, que quedó sintetizada en las cinco tesis que comentando el fallo elaboró Johnson: 1) la Constitución es una ley superior; 2) un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; 3) es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto; 4) si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo, el juez debe rehusar aplicar este último; 5) si así no se hiciera, se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas.

16. De allí que Hamilton,¹³ entre otros conceptos, expresara:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos corresponde, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere 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.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que, donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes se halla en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales, antes que por las que no lo son.

Por su parte, Alexis de Tocqueville¹⁴ afirmó:

El juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político [...] La causa reside en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.

¹³ Hamilton, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

¹⁴ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Guadarrama, Madrid, 1968, p. 97.

5. *Los principios o reglas que rigen el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*

17. En este punto, siguiendo el análisis que realizan diversos autores y, de particular manera, el lúcido y fundado estudio de Alberto B. Bianchi,¹⁵ podemos expresar que los principios o reglas que han ido enmarcando o encauzando el control de constitucionalidad en los Estados Unidos surgen, si bien de disposiciones legales, fundamentalmente de la doctrina judicial que fue desarrollando la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un tema por demás complejo y con un pausado pero firme dinamismo.

Pasamos solamente enumerar las principales reglas, pues la índole de este trabajo no permite una mayor exposición de ellas, las que han sido explicitadas en seculares desarrollos que ha formulado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

1. *Indispensabilidad ineludible de la declaración de inconstitucionalidad para resolver el caso, atendiendo a la relación de causalidad entre la norma inconstitucional y el perjuicio.*

No debe pronunciarse la inconstitucionalidad de una ley si el caso puede resolverse ya sea: a) por la aplicación de otras normas; b) por la interpretación constitucional que razonablemente permita la norma o ley.

2. *Existencia de un proceso contencioso, ya sea que se persiga una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa.*

En caso contrario se afecta el principio de la división de poderes, pues los tribunales no pueden evacuar consultas, ni dar opiniones ni consejos.

3. *La impugnación de inconstitucionalidad tradicionalmente se plantea como excepción o defensa incorporada en una acción ordinaria, sin perjuicio de que en las últimas décadas se han aceptado las acciones declarativas de inconstitucionalidad.*

4. *La declaración de inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio por los jueces, sino a petición de parte interesada.*

5. *Es indispensable que en el peticionante acredite debidamente que existe de su parte un interés concreto y legítimo, por la producción actual o inminente de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho.*

La Corte Suprema de Estados Unidos ha dicho:

La parte que solicita la inconstitucionalidad de una ley debe poder probar no sólo que es inválida, sino que también le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo.

¹⁵ Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 125-163.

6. *Que la inconstitucionalidad o incongruencia constitucional sea convincente, categórica, pues en caso de duda rige más que nunca la presunción de legitimidad de los actos estatales.*

Cooley decía:

La duda sobre la validez constitucional de una ley no justifica que sea dejada de lado. No es por leve suposición ni por una vaga conjetura que pueda declararse que la Legislatura ha transgredido sus atribuciones y que sus leyes deben considerarse como nulas.

7. *La declaración de inconstitucionalidad que se solicita debe ser oportuna, es decir, no prematura.*

Es prematura una inconstitucionalidad en la que el agravio es especulativo, aleatorio y tal vez nunca llegue a tener lugar; v. g., cuando no se ha agotado la vía administrativa impuesta por las leyes procedimentales.

8. *Es improcedente la declaración de inconstitucionalidad cuando la resolución del caso se ha tornado abstracta por circunstancias advinientes.*

El interés personal que debe existir al momento de promoverse la inconstitucionalidad, debe subsistir a lo largo de todo el proceso, salvo casos excepcionalísimos como, por ejemplo, que desaparezca el agravio principal pero subsistan daños colaterales, etcétera.

9. *No corresponde a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad en las llamadas cuestiones políticas, es decir, en las no justiciables, en las que escapan o exceden por diversos motivos, al ejercicio del control jurisdiccional.*

10. *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad siempre serán inter partes, es decir, solamente recaerán entre las partes que integraron la litis, sin expandirse fuera del caso concreto resuelto, es decir, sin tener efectos erga omnes.*

V. El control de constitucionalidad en Latinoamérica

1. Aproximación al tema

18. Es evidente que el tema que debemos abordar es de trascendental importancia en el Estado constitucional de Derecho y, por otra parte, presenta una vasta amplitud y variada complejidad a la hora de pretender realizar un análisis pormenorizado de la rica diversidad, tanto de tribunales u órganos que realizan el control de constitucionalidad, como de los numerosos procedimientos establecidos para su andamio.

No es sencillo encarar un análisis que logre una diáfana claridad del derecho comparado latinoamericano sobre el tema, ya que se nos ofrece una notable diversidad de tribunales y procedimientos que a veces son rotundamente diferenciables,

pero que en la mayoría de los casos muestra una mixtura de formas y modalidades que no ayudan a la pretendida claridad.

Lógicamente, esa complejidad no quita en lo más mínimo importancia a la pormenorización de la “anatomía” y la “fisiología” del control de constitucionalidad en Latinoamérica, el que siempre será imprescindible para un estudio especializado. Pero cuando nos pusimos a elaborar las presentes reflexiones, temíamos que ese enfoque nos distrajese de aspectos y puntos capitales que presenta la rica temática del control de constitucionalidad en Latinoamérica.

De allí que hemos creído oportuno presentar los diversos tribunales y procedimientos en sus líneas más caracterizantes, tratando de “bucear” en algunas de esas líneas que consideramos requieren alguna revisión, para hacer más efectivo el control de constitucionalidad en sus vastas dimensiones, pero nunca exorbitando los límites que el propio Estado constitucional de Derecho le impone.

2. *Visión panorámica*

19. Atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales de los distintos países latinoamericanos y a los estudios de derecho comparado, de modo especial el pormenorizado análisis de Allan R. Brewer-Carías,¹⁶ podemos señalar las siguientes características básicas que perfilan los distintos sistemas o modelos de ejercicio de la jurisdicción constitucional.

a. *Diversos sistemas*

20. Entre los países latinoamericanos que hemos consultado, observamos que una mayoría ha adoptado un sistema mixto de control difuso y de control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia —como en *Venezuela, Brasil, México, El Salvador*— o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial —como en *Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador*— o fuera de él —como en *Perú y Chile*.

Por otro lado, tenemos a *Uruguay, Paraguay, Costa Rica, Honduras, Panamá y Chile* (si bien con cierta particularidad) con exclusivo control concentrado; y, finalmente, sólo *Argentina* con exclusivo control difuso de constitucionalidad.

b. *El sistema difuso*

21. *En los casos de aplicación del sistema difuso* (ya de modo exclusivo o conjuntamente ejercido con el concentrado), se advierte, entre otros requisitos:

¹⁶ Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Ediciones Jurídicas, Jurídica E. Esteva y Jurídica; Madrid, Lima, Montevideo y Caracas, 1997. Es una magnífica obra colectiva de constitucionalistas latinoamericanos y europeos en la que se puede consultar, respecto de la caracterización de los sistemas latinoamericanos, el muy ilustrativo y pormenorizado análisis del citado jurista Allan R. Brewer Carías, en pp. 117 y ss.

1. Se exige una causa o proceso judicial.
2. La impugnación constitucional se plantea incidentalmente, es decir, como defensa o excepción dentro de una acción ordinaria.
3. Debe ser efectuada a petición de parte legitimada procesalmente.
4. Que asimismo acredite un interés concreto en la impugnación.
5. Los requisitos 3 y 4 descartan lógicamente el control de oficio de constitucionalidad por los tribunales; tanto en la legislación como en la doctrina judicial de los países en que se aplica el sistema difuso, se ha consolidado la prohibición a los tribunales de conocer y decidir *ex officio* la inconstitucionalidad de una norma o acto estatal.
6. Por otra parte, y siguiendo a la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se han excluido del control jurisdiccional de constitucionalidad las llamadas *cuestiones políticas*, por considerarlas no justiciables.
7. En este sistema, la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos entre las partes litigantes en el proceso, es decir, que no produce efectos *erga omnes*, sino sólo *inter partes*. No obstante ello, en algunos países y bajo ciertos presupuestos (v. g., en México, cinco decisiones consecutivas sobre una cuestión) se ha establecido la obligatoriedad de la jurisprudencia en la materia, respecto de los tribunales inferiores.

En nuestro caso argentino, no existe legislación alguna que prescriba tal obligatoriedad. Pero la Corte Suprema ha establecido reiteradamente que los tribunales inferiores, en principio, deben acatar su jurisprudencia en la materia, no sólo por la autoridad moral de sus fallos como intérprete final de la Constitución nacional, sino además por un deber moral e institucional de los jueces (*Fallos*: 25-368 y 212-59), quienes sólo podrán apartarse de este efecto vinculante establecido pretorianamente, en los excepcionales casos en que, en sus discrepantes fallos, argumenten con nuevos fundamentos (*Fallos*: 307/1-1094) o suficientes que justifiquen tal apartamiento, y no signifique ello un desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del Alto Tribunal (*Fallos*: 212-59).

c. *El sistema concentrado: diversas versiones institucionales*

22. Respecto del *sistema concentrado del control de constitucionalidad*, ya sea que se aplique de modo exclusivo en un Estado o conjuntamente con el sistema difuso, podemos señalar las siguientes características:

1. En los países latinoamericanos analizados, se advierte que *el control concentrado*, cuando es exclusivo, puede concentrarse, en virtud de las disposiciones constitucionales pertinentes, en la *Corte Suprema de Justicia*, cabeza de Poder (v. g. Honduras, artículo 184; Panamá, artículo 188.1; y Uruguay,

artículo 256), o en *una de sus Salas* (v. g. Costa Rica en la reforma de 1989 al crear la Sala Constitucional; El Salvador, artículo 174; y Paraguay, artículo 260).

2. En cambio, cuando el control concentrado de constitucionalidad de las leyes coexiste con un sistema difuso, puede estar radicado en la *Corte Suprema de Justicia* (v. g. Venezuela, artículo 215; Brasil en el Tribunal Supremo Federal; México) o en un *Tribunal Constitucional* (v. g. Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia).
3. Una muy específica categoría la representa el sistema de Chile, en el que el sistema concentrado está ejercido simultáneamente, según los casos, tanto por la Corte Suprema de Justicia, que conoce por vía incidental, como por el Tribunal Constitucional, que ejerce el control de carácter preventivo en el momento de la discusión de proyectos de reforma constitucional, de leyes aprobatorias de tratados internacionales y de leyes constitucionales, y en estas últimas también antes de su promulgación. Además, el Tribunal ejerce un control *a posteriori* sobre los decretos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.
4. De otro lado, se observa que en el sistema concentrado generalmente rige, como en el difuso, la prohibición de los tribunales para ejercer *ex officio* el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales de carácter general, sin perjuicio de que en algunos casos, deducida la acción o la vía incidental, la Corte Suprema o Constitucional pueda pronunciarse sobre otras inconstitucionalidades no deducidas.

d. *Formas de planteamiento y efectos en el sistema concentrado*

23. En el *sistema concentrado*, la inconstitucionalidad de una ley se puede plantear, según los países, alternativamente:

1. *Por vía de acción o por vía incidental* (v. g. Uruguay, Honduras, Paraguay, Panamá, Costa Rica) que además puede habilitar el control por las vías de consultas legislativas o judiciales.
- 2) *Por vía de una acción popular* (v. g. Venezuela, que también ejerce un control preventivo ante el veto del PE; en igual sentido Colombia, Panamá, El Salvador, Nicaragua y Ecuador) o de una *acción directa* (v. g. Ecuador; Guatemala y Bolivia establecen la acción directa de funcionarios específicamente señalados, como asimismo Perú, aunque, amén de los funcionarios, aquí puede plantearlo también un número elevado de ciudadanos; Chile por acción directa). Brasil ha establecido a través de sus diversas reformas constitucionales tres vías de impugnación: la acción de inconstitucionalidad *de intervención, genérica y por omisión*.

e. *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*

24. La declaración de inconstitucionalidad en algunos casos sólo tiene efecto en la causa judicial *inter partes* (v. g. Uruguay, Paraguay, Honduras) y en otros tiene efectos generales, *erga omnes* en los casos de acción directa (v. g. Panamá, Costa Rica, Venezuela, Colombia, Guatemala, Bolivia, México, Brasil, Perú).

Siguiendo a Allan R. Brewer-Carías en el citado estudio, podemos señalar que lo característico del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes en sentido amplio es el *control posterior*, el cual en algunos casos se ejerce conjuntamente con un control *a priori*, ya sea antes de su promulgación o cuando la ley ha sido observada o vetada por el Poder Ejecutivo.

VI. El control de constitucionalidad en Europa

I. *Antecedentes de su aparición y desarrollo: diversas etapas*

25. Es por demás ilustrativo ofrecer una breve visión panorámica sobre el surgimiento, desarrollo y formas de control de constitucionalidad en la historia institucional europea, para lo cual recurrimos, entre otras fuentes consultadas, al estudio y al pensamiento del distinguido constitucionalista francés Louis Favoreu, en su magnífica obra *Los tribunales constitucionales*.¹⁷

26. Durante el *siglo XIX* sólo se aceptó en los sistemas políticos europeos el control de constitucionalidad por el *propio órgano legislativo o parlamento*, pues era el órgano que investía la legitimidad de su representación democrática y expresaba la voluntad del pueblo, del soberano, la cual se manifestaba jurídicamente a través de la ley. ¿Quién entonces mejor que el Parlamento para juzgar de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley?

27. Nadie podría dudar de que uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes del *siglo XX* fue *la aparición y el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad* y de la pertinente justicia constitucional, a través de órganos específicos, ya se llamen tribunal constitucional, consejo constitucional, tribunal supremo constitucional, etcétera.

Desde sus orígenes, que se remontan a 1920, la historia muestra claramente tres etapas diferenciadas, aun cronológicamente, que podemos reseñar de la siguiente manera:

- a. Primera etapa. Bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austríaco de 1920 se constituyen tanto el *Tribunal Constitucional Checoslovaco* (Constitución del 29 de febrero de 1920) y el *Alto Tribunal Constitucional de*

¹⁷ Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992.

Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después, en la España republicana, el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (Constitución de 1931).

- b. Segunda etapa. En la segunda posguerra mundial, el nuevo movimiento constitucionalista sanciona las nuevas constituciones en diversos países: el *Tribunal Constitucional Italiano* de la Constitución de 1948; el *Tribunal Constitucional Alemán* de la Ley Federal de Bonn de 1949; el *Consejo Constitucional Francés* de la Constitución de 1958, de particulares connotaciones; el *Tribunal Constitucional Turco* de la Constitución de 1961; y el *Tribunal Constitucional Yugoslavo* de la Constitución de 1963.
- c. Tercera etapa: Avanzando una década más, llegamos a nuevas creaciones de tribunales constitucionales con motivo de la sanción de significativas constituciones: el *Tribunal Constitucional Portugués*, fruto de la Constitución de 1976, con las modificaciones de 1982; el *Tribunal Constitucional Español* de la Constitución de 1978; con muy especiales particularidades, el *Tribunal Especial Superior Griego*; el *Tribunal de Arbitraje en Bélgica*, de 1983; los tribunales establecidos en sus constituciones por *Polonia* en 1985, *Hungría* en 1989, *Checoslovaquia*, *Rumania* y *Bulgaria* en 1991.

2. *Aproximación al sistema europeo de control*

28. Por nuestra parte y como hemos expresado en anteriores trabajos, creemos necesario a esta altura precisar, en primer lugar y sin entrar en circunstanciadas consideraciones que la amplitud acotada de este estudio no permite, que en el *sistema continental europeo*, con régimen parlamentario de gobierno, la función jurisdiccional —más allá de las denominaciones constitucionales que se le otorguen— forma parte de la administración del Estado, y de allí la denominación de *administración de justicia*, expresión que ha alcanzado equívocos usos.

Esta *administración de justicia* se conforma como una organización administrativa jerarquizada, como un orden judicial de lo cual es acabado ejemplo el artículo 104 de la Constitución de Italia cuando dispone: “La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”; pero, bueno es aclararlo, sin investir la jerarquía de un poder del Estado y sin el similar rol político-institucional de los poderes Ejecutivo o Legislativo (en similar sentido, v. g. las constituciones de Alemania y Austria, en los capítulos intitulados “De la jurisdicción”, artículos 92 y siguientes y 82 y siguientes, respectivamente; de Francia en el título VIII, “De la autoridad judicial”, artículos 64 y siguientes; de España, no obstante que al título VI lo denomina “Del Poder Judicial”, artículos 117 y siguientes).¹⁸

¹⁸ Ricardo Haro, *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Constitucionales, serie Cuadernos y Debates n° 64, Madrid, 1996, pp. 189-92.

Por lo tanto, la función jurisdiccional no está asumida en tribunales que integran el “tercer poder estatal”, sino que lo está en órganos muy importantes pero que no dejan de pertenecer a la administración del Estado, “corporaciones eminentes encargadas de dar cumplimiento al derecho del legislador” (según Duc de Noailles, en *Cien años de la República de los Estados Unidos*). De allí que los jueces no tengan otro *status* jurídico que el de funcionarios jerarquizados de la administración (al decir de Alberto A. Spota).¹⁹

29. Es precisamente por ello que en este sistema continental europeo existe un deslinde categórico entre la función jurisdiccional ordinaria y la función jurisdiccional de control de constitucionalidad. Aquélla está atribuida a los tribunales que integran la *administración de justicia*, a cuya cabeza está por lo general un tribunal supremo. Por el contrario, la alta función político-institucional como *poder moderador* de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos estatales está confiada a un tribunal especializado, el tribunal constitucional, que responde al *sistema concentrado* de control, siguiendo el modelo de la Corte Constitucional perfeñado por Hans Kelsen en su proyecto para la Constitución de Austria de 1920. En consecuencia, citando a Louis Favoreu, podemos decir:

Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.²⁰

3. *Presupuestos necesarios para la existencia de los tribunales constitucionales*

30. De acuerdo con lo que expone Favoreu, los presupuestos necesarios son:

- a. *Un contexto institucional y jurídico particular*. Los tribunales constitucionales continentales presuponen *sistemas parlamentarios o semiparlamentarios* y la existencia de una dualidad o pluralidad de jurisdicciones y órdenes jurídicos (Austria, Bélgica, España, Francia, Italia y Portugal); cuentan con dos órdenes de *jurisdicción*: la *administrativa* y la *judicial*, aunque Alemania tiene cinco.
- b. *Un estatuto constitucional*. Para ser “independientes de cualquier otra autoridad estatal” (Kelsen), los tribunales constitucionales requieren que la propia Constitución regule normativamente lo referido a su organización, funcionamiento y atribuciones, así como la autonomía administrativa y financiera y las garantías de independencia de sus miembros.

¹⁹ Alberto A. Spota, “El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22.9.1995.

²⁰ Favoreu, o. cit., p.15.

- c. *Un monopolio de lo contencioso constitucional.* La justicia constitucional se concentra en una jurisdicción especialmente creada para el contencioso constitucional y que goza del monopolio en este ámbito, razón por la cual *los jueces ordinarios no pueden conocer de lo contencioso reservado al tribunal constitucional.* Al respecto, tanto Kelsen como Eisenmann ponen de resalto que no hay justicia constitucional sino en el *ámbito esencial del control de la promulgación de los actos fundamentales, de las leyes nacionales y los tratados*, confrontándolos con la Constitución. Los otros ámbitos del contencioso constitucional (v. g. funcionamiento de las asambleas, juicio por acusación a ministros, etcétera) pueden añadirse a fin de ahorrarse jurisdicciones especiales.
- d. *Designación de jueces no magistrados por autoridades políticas.* A diferencia de las jurisdicciones ordinarias, donde los jueces son “de carrera”, en los tribunales constitucionales los jueces no son necesariamente magistrados; pueden ser profesores de derecho, abogados, funcionarios... Kelsen opinaba que eran necesarios los *especialistas* (defensa del derecho) junto con *no especialistas* (defensa de los intereses políticos). La designación por autoridades políticas implica libertad de elección, no crea inconvenientes y legitima las designaciones, acercándolas al modelo americano. Las autoridades políticas designan jueces afines o de sus mismas tendencias políticas, preferentemente profesores universitarios a los que se considera *más independientes que los jueces ordinarios.*
- e. *Los tribunales constitucionales deben ser una verdadera jurisdicción:* que hagan justicia con *autoridad de cosa juzgada* y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en *anulaciones con efecto erga omnes.*
- f. *Una jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional o Poder Judicial.* Tenemos la justicia ordinaria ejercida por el orden judicial con un tribunal supremo a la cabeza, y un tribunal constitucional fuera de ese orden judicial y de los poderes estatales tradicionales. Es un poder independiente para asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos, pues, como bien señalaba Kelsen, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

4. *Atribución central: el control concentrado de constitucionalidad de las leyes*

a. Aparente diversidad de las formas de control

31. Las formas de control son aparentemente muy diversas, pero pueden agruparse en torno a las nociones de *control abstracto* o de *contencioso objetivo* y de *control concreto* o de *contencioso subjetivo* de las normas.

El *control abstracto* es el llevado a cabo por las autoridades políticas, pues se trata siempre de un *contencioso objetivo*, ya que *el proceso es entablado a un acto: la ley*. Así, si minorías parlamentarias o autoridades del Estado las someten a los tribunales constitucionales, ya sea *a posteriori* o *a priori*, siempre se trata de un *control en interés del orden constitucional*.

El *control concreto* de las normas o *incidental* se utiliza muy poco en Alemania, Austria y España, pues se dan escasas remisiones de los tribunales ordinarios a propósito de las leyes. En cambio, se utiliza mucho en Italia. Pero lo cierto es que, escapando a las partes el proceso incidental y teniendo la decisión sobre este recurso efectos *erga omnes*, se trata también de un *contencioso objetivo*, más aún si se atiende a que el verdadero demandante es el juez *a quo*, es decir, una autoridad pública. En conclusión, el *recurso constitucional* cumple una función objetiva.

b. *Desde el punto de vista de las funciones del control de constitucionalidad de las leyes*

32. La cuestión consiste en saber si el *aspecto objetivo* no prevalece sobre el *subjetivo*: este control, cualquiera sea el procedimiento utilizado, apenas sirve para dar satisfacción directa a los individuos. Su legitimidad radica en cumplir con otras importantes funciones que sirven al *buen funcionamiento de las instituciones estatales* y para la *protección y fomento de los derechos fundamentales*, que sólo puede realizar el juez constitucional respecto de la ley, del legislador, pues los jueces ordinarios pueden desempeñar ese papel en relación con los actos administrativos.

VII. El control de constitucionalidad y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales

1. *El papel que desempeña la interpretación constitucional*

33. No cabe duda alguna de que, en toda esta vasta temática, desempeñan un papel de cardinal importancia los métodos o enfoques con que los jueces constitucionales encaren la interpretación de las normas fundamentales del Estado, pues no se pueden frustrar sus eminentes contenidos normativos con una interpretación meramente positivista, en la formalidad de la pura logicidad.

Muy por el contrario, esa interpretación debe tender a realizar ante los problemas jurídicos a resolver, y en los casos y circunstancias concretas que los determinan, una *interpretación realista, dinámica y equitativa*, que pueda garantizar la Justicia que los constituyentes pretendieron para el futuro con los eminentes fines que invocaron al sancionar la Constitución.

Es que nunca debemos dejar de recordar la axiomática afirmación del *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, cuando con visceral profundidad nos recordó para siempre: “Nunca debemos olvidar que lo

que estamos interpretando es una Constitución”, es decir, la ley fundacional y fundamental de una sociedad que se ha constituido en un Estado de Derecho, para realizar desde la perspectiva jurídica el proyecto de vida en común de la sociedad, el reparto de las competencias supremas del Estado, de sus órganos y de todos los hombres que integran una Nación como “una unidad de destino en la historia”, al decir de Legaz y Lacambra.

Congruentemente debemos recordar asimismo la afirmación del gobernador del estado de Nueva York, Charles Evans Hughes: “Vivimos bajo una Constitución, y la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

34. Como acertadamente ha expresado Segundo V. Linares Quintana, en materia de interpretación del derecho constitucional rechazamos toda posición de pureza metodológica que pretenda imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o de las recetas medicinales. El constitucionalista ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con que trabaja, los diversos procedimientos que la técnica constitucional prevé.

El éxito fincará, entonces —continúa diciendo—, no en la interpretación rigurosa de tal o cual método, que sus respectivos sostenedores conceptúen como una verdadera panacea de la hermenéutica, sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: *desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico-constitucional*, que satisfaga más plenamente la finalidad última de nuestra ciencia: la protección y el amparo de la libertad humana, con vista a los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras, que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado.²¹

Por lo tanto, por nuestra parte estamos persuadidos de que no podemos interpretar la Constitución, fruto del poder constituyente, como si interpretásemos una ley común, ordinaria o derivada, fruto de los poderes constituidos, pues estaríamos desconociendo la naturaleza, misión y jerarquía de ambas manifestaciones del poder político.

35. Y, como bien enseñaba César Enrique Romero, a la Constitución se la puede interpretar básicamente desde dos perspectivas:

- a. El *método constitucional*, que corresponde al enfoque racional-normativo de lo que es la Constitución. Se trata de un método estrictamente jurídico, formalista, que estudia e interpreta la Constitución como norma válida, pero sin consideración a los problemas de su vigencia, a los antecedentes históri-

²¹ Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 224-225.

cos y políticos, a la realidad social del momento en que se dictó, ni a la que existe al momento de realizarse la interpretación. Es sin duda insuficiente.

- b. El *método político*, que urge ir más allá de la mera comprobación dogmática de las prescripciones constitucionales. Aquí el intérprete se pregunta sobre *la verdad del régimen político* que la Constitución ha receptado normativamente y en cuanto a su real vigencia en la sociedad. Y para ello necesitamos de este método político, porque los conceptos politológicos tienen una vertiente jurídica, pero asimismo una económica, histórica, cultural, psicológico-social.²²

36. En el mismo sentido, Julio Oyhanarte propugna el *método dinámico*, que significa que, dentro del marco normativo constitucional del que no pueden salirse sin caer en violación, los jueces intérpretes de la Constitución deben optar por las soluciones regulares (intranormativas) que resulten más adecuadas para contemplar y satisfacer las circunstancias y necesidades de la sociedad contemporánea. Los hechos descalifican la irreal visión de Montesquieu, para quien los jueces no eran nada más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Cuando cumplen debidamente su función, los jueces no son “fonógrafos”, son servidores del derecho para la realización de la justicia. Trabajan con materiales dados y dentro de un marco preestablecido, pero ello no les quita la posibilidad de elegir según sus preferencias y su concepción del mundo.²³

No se olvide, enseña Weaver, que el término *Constitución* implica un instrumento de naturaleza permanente y debe ser interpretado para hacer frente a todos los nuevos hechos y condiciones que surjan en los distintos tiempos.

2. *La Constitución como sistema de creencias, ideas y valores políticas*

37. Es que toda Constitución implica —más allá de su texto formal y positivo— un sistema de *creencias políticas*, de valores, sentimientos y convicciones, de esas *ideas fuerza que con vigor demiúrgico* vivifican y hacen realidad la representación jurídico-política que la sociedad considera valiosa para su más plena realización en el cumplimiento de sus altos objetivos. Para Arturo Sampay es el *núcleo metafísico*, ya que, como afirma Maurice Hauriou:²⁴

Las creencias político morales son la fuerza del régimen constitucional. No importan tanto los mecanismos políticos como las energías espirituales que los han creado y que los animan. Estamos en presencia de creencias y de convicciones.

²² César Enrique Romero, *Introducción al derecho constitucional*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1973, p. 69.

²³ Julio Oyhanarte, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 21.

²⁴ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reu, Madrid, 2ª ed., p. 49.

De otro lado, recordemos que es el *techo ideológico* para Pablo Lucas Verdú,²⁵ para quien “la ideología política es un conjunto de ideas, convicciones, prejuicios e incluso sentimientos sobre los fundamentos, la organización, el ejercicio y los objetivos del poder político en la sociedad”, ideología en la cual se distingue el *sector estructural e institucional*, el modo de organizar el poder político, y el *sector estrictamente ideológico*, referido a las ideas, convicciones, prejuicios y sentimientos. Como las *ideologías políticas son esencialmente dinámicas, los objetivos son las metas que determinan su tensión dinámica*.

Es así como cobra relieve la *búsqueda de sentido*, pues, según enseñó Cueto Rúa, el criterio de objetividad de la jurisprudencia, con mayor razón cuando es la que proviene del órgano rector de la comunidad, exige que la elección de los cursos de conducta que difunde o irradia sea compartida y aceptada por aquélla.

Augusto Mario Morello expresa que se trata, obviamente, de *pronunciamientos importantes que prefieren valores* que no son indiferentes a la sociedad, muchos de ellos abiertos a duras controversias y que atañen al proyecto de vida individual y colectiva, ciertamente complejo, cuya mejor estimación no es todavía el momento de establecer o acordonar de modo definitivo. Son sentencias que se vinculan con la organización de la sociedad y, desde esta perspectiva, se marca la necesidad de agudizar la medida y la discreción.²⁶

38. Es evidente que *este sistema de creencias se enraíza en un sistema de valores* que constituyen el meollo y la razón de ser de cada norma jurídica, pues, como bien señaló Von Ihering, todo derecho es un valor jurídicamente protegido. Esos valores que integran el *plexo valorativo o axiológico* son los que inspiran o deben inspirar cada norma jurídica que integra el *plexo jurídico*, y que constituyen las múltiples manifestaciones de ese valor supremo que, en nuestra opinión, es el de la *dignidad de la persona humana*, persona humana que es el sujeto, el fundamento y el objeto de toda sociedad, de todo Estado, de todo derecho, pues todos ellos constituyen una manifestación de la naturaleza y cultura del hombre, en cuyo servicio, primordialmente, encuentran su fin último, su *razón de ser*.

Pero bien sabemos que no todos los valores que integran la dignidad de la persona humana tienen igual importancia desde la esencialidad del valor *vida*, lo cual conlleva un ordenamiento jerárquico de los valores protegidos, que precisamente son congruentes con el orden jerárquico de las normas que integran el ordenamiento jurídico estatal, al frente del cual está la Constitución que reconoce los valores más eminentes y entrañables del hombre y la sociedad.

Es de tal relevancia el tema, que Francisco Fernández Segado ha destacado que el ejemplo más significativo lo proporciona el moderno constitucionalismo alemán,

²⁵ Pablo Lucas Verdú, *Principios de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., t. I, pp. 198-199.

²⁶ Augusto Mario Morello, *La Corte Suprema en acción*, Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 132.

con su concepción de un *Wertordnung* u *orden de valores* subyacentes a la Constitución, que vincula a todos los poderes del Estado. La enérgica pretensión de validez de las normas materiales constitucionales se explica por ese orden de valores que se manifiesta en la ordenación de los derechos y libertades, un orden de valores que, como dijo Bachof, no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento se encuentra en una idea del hombre que descansa en esos valores.²⁷

39. Es precisamente en esta línea tan básicamente común en nuestras constituciones, que podemos recordar a título de ejemplo el artículo 1.1, de la Constitución Española de 1978, cuando prescribe: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su orden jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”.

Refiriéndose a ellos, Gregorio Peces Barba²⁸ ha sostenido que constituyen los caracteres esencialmente inseparables del tipo de régimen político instituido, considerados en su inescindible correlación, pues son la positivización de los contenidos éticos o de justicia que el poder pretende realizar a través del derecho. Esos valores superiores son la meta del Estado de Derecho y los cuatro faros que iluminan la interpretación de la voluntad constituyente.

En un sentido similar, Juan Bautista Alberdi, inspirador eminente de la Constitución argentina de 1853, al referirse al preámbulo de ésta, decía que oficiaba de fanal (faro) que ilumina el camino de la Constitución. Y en el capítulo final de *Las bases* afirmaba:

Conviene, pues, que el Preámbulo exprese sumariamente los grandes fines de la Constitución (*la unión nacional, la justicia, la paz interior, la defensa común, el bienestar general y la libertad*). Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno.²⁹

La nueva cultura democrática, señala Antonio Torres del Moral,³⁰ suele tener en los preámbulos constitucionales un privilegiado reflejo. No en vano en su opinión éstos son, sin mengua de su especial valor normativo, piezas retóricas muy valiosas en las que se dan cita los valores y los ideales que motivan la redacción de sus respectivos textos constitucionales.

²⁷ Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, p. 49, en García Belaunde y Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, o. cit. (n. 16).

²⁸ Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

²⁹ Juan Bautista Alberdi, *Las bases*, Castellví, Santa Fe, 1957, p. 203.

³⁰ A. Torres del Moral y J. Tajadura Tejada (dirs.), *Los preámbulos constitucionales de Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, serie Cuadernos y Debates n° 113, Madrid, 2001, p. 10.

3. *La conciencia constitucional*

40. Es indispensable que sepamos hacer renacer esos *valores fundamentales*, esas *fuerzas demiúrgicas*, esa *axioteleología* de la Constitución, esas *ideas fuerza*, pues ellas son las que nutren la vida de cada hombre y de todos los hombres viviendo en sociedad.

Ese plexo de ideas, valores y creencias constituye el patrimonio de la cultura constitucional, e indudablemente las cortes y los tribunales constitucionales deben saber extraer, a través de sus pronunciamientos, la inmensa riqueza de los matices de sus contenidos, que son nada menos que los que alimentan la *conciencia constitucional* de la sociedad.

No desdeñemos la sentencia bíblica: “La letra mata pero el espíritu vivifica”. Es imprescindible que a través de una amplia, razonable y vivificante interpretación constitucional, las cortes o los tribunales constitucionales expongan y transmitan a la sociedad el mensaje de su alto magisterio constitucional: *cuáles son las ideas, los sentimientos y los comportamientos constitucionales que, por tener una repercusión social valiosa, promuevan una actitud ejemplificadora de convocatoria, seguimiento y compromiso*.

Con una expresión europea —señala Pedro J. Frías— podríamos decir que nuestros preámbulos son el imaginario argentino (y de cualquier sociedad), o sea, las representaciones mentales depositadas en nuestra memoria colectiva. Nos imaginamos así. Si no es nuestro presente, es nuestro “futable”. Son valores socialmente reconocidos. Los hay finales, como la paz y la justicia, y los hay instrumentales, como la participación y la representación política.³¹

41. En un exhaustivo estudio y análisis sobre la *conciencia constitucional*, Pablo Lucas Verdú³² ha expresado que *es una dimensión moral del hombre* (conciencia ética), pero en el caso que nos ocupa se refiere al hombre como ciudadano (conciencia cívica), conciencia constitucional, que versa sobre una Constitución, sobre los valores que la legitiman, sobre el correcto funcionamiento de las instituciones y órganos fundamentales, ante todo acerca del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos. Es por ello que, a su juicio, *la conciencia constitucional es “una facultad del hombre, en cuanto ciudadano, que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida en que satisface sus convicciones político-sociales”*.

Insistimos, por nuestra parte, en que esa identificación no es con la letra del texto fundamental sino con el espíritu que la anima y la finalidad a que tiende. Se percibe que la ley mayor puede adaptarse a las transformaciones y demandas sociales

³¹ Pedro José Frías, *Las nuevas constituciones provinciales*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 1.

³² Pablo Lucas Verdú, “Conciencia y sentimientos constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional y Universidad de Murcia (España), nº 9, 1997, pp. 1-2.

sin procesos críticos ni traumáticos. Es por ello que tan magníficamente expresaba Hermann Heller: “*la Constitución en una forma abierta por la que transita la vida. Vida en forma y forma que nace de la Vida*”.

Hemos meditado realmente la hondura y el realismo que implica esta *vida cotidiana* que transcurre a través de esa infinita e imperceptible cantidad de “arterias” constitucionales, en cada actitud, en cada comportamiento. No se trata de una *norma fundamental* puesta como una proclama, fuera de nosotros y ajena a nuestras vidas. Tampoco se trata de una *vida cotidiana* ajena a la norma constitucional. No es como que *la vida y la Constitución* estuviesen separadas, compartimentadas. No; se trata de una recíproca interdependencia, en un flujo y reflujo de mutuas donatividades mediante las cuales *la vida toma forma constitucional y la forma constitucional está vigente en la encarnadura de la vida de la sociedad*.

42. Estos arquetipos y paradigmas de conductas individuales y sociales y de comportamientos institucionales son como la savia que debe dar vida a todo el ordenamiento jurídico, el cual, como bien se ha afirmado, no es otra cosa que “el orden del orden social, pero no todo el orden social”; expresión y sentido similares a los que manifestaba Ortega y Gasset: “el derecho es realidad social, pero no es toda la realidad social”.

Con acertado criterio en el *leading case Zamorano* del 9 de agosto de 1977 (*Fallos*: 298-441), la Corte Suprema argentina expresó en memorable afirmación que reiteró en fallos posteriores:

Está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente en el estado de sitio, sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse *hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia*.

4. *La dimensión política del control de constitucionalidad*

43. Ya se ejerza en el *sistema difuso* por los tribunales que integran el Poder Judicial del Estado con una Corte Suprema de Justicia a la cabeza, ya en el *sistema concentrado* a través del Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad adquiere siempre una *dimensión política* que se origina en dos razones institucionales:

- a. porque en ambos sistemas nos encontramos frente a un órgano que es poder del Estado con jerarquía y rol institucional similares a los de los demás órganos del poder político;
- b. porque al ejercer el control de constitucionalidad lo están refiriendo a aspectos fundamentales de la organización política del Estado y de su correlativo orden jurídico.

A nadie se le escapa —como lo sostuvimos en anterior oportunidad— que, ya sea desde la perspectiva de la tripartición montesquiana del poder, como desde la

moderna división de las funciones en *gobierno y control*, cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad están asumiendo evidentemente un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas.

En el desempeño de esta revisión jurisdiccional, los jueces asumen y desenvuelven funciones superlativas del poder político del Estado, a poco que se repare que no es aceptable que se reconozca carácter político a la elaboración de las normas (*pouvoir d'établir*) y se le niegue a la potestad de enervar dicha norma, marginándola del orden jurídico aplicable por ser inconstitucional (*pouvoir d'empêcher*).

44. Con la agudeza que lo caracteriza, Karl Loewenstein ha sostenido que el control de constitucionalidad es esencialmente *control político*, y cuando se impone frente a los otros detentadores³³ del poder se trata, en realidad, de una *decisión política*. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador de poder semejante, cuando no superior, a los otros “detentadores” del poder instituido.³⁴

De allí, la eminente dimensión política que implica el correcto ejercicio de esta grave y trascendente función, en la ardua tarea de cooperar a la adecuación jurídica de las supremas competencias del Estado.

5. *El alto magisterio constitucional*

45. Como señalamos en anterior oportunidad, en el ejercicio de las funciones referidas a las competencias supremas del Estado, a sus relaciones entre sí y con los derechos y garantías individuales y grupales, es evidente que las cortes y tribunales constitucionales ejercen lo que hemos dado en llamar el *alto magisterio constitucional*.

Este alto magisterio constitucional se manifiesta cuando, en la función de interpretar y aplicar la Constitución, es necesario desentrañar *su vertebración axioteleológica*, es decir, de los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentran enjundiosamente encapsulados tanto en los preámbulos como en cada norma que integra el plexo normativo constitucional.³⁵

Nuestro Preámbulo, por ejemplo, proclama enfáticamente que la Argentina se constituye para *lograr la unión nacional, afianzar la justicia; consolidar la paz interior; proveer a la defensa común; promover el bienestar general; y asegurar los beneficios de la libertad para los argentinos y todos los hombres del mundo que quieran habitar nuestro suelo.*

³³ El término *detentador* es el que se emplea en la traducción española de la obra de Loewenstein, aunque aquí no tiene el sentido de ‘usurpador’, que es lo que significa en castellano, sino de ‘titular’ de un poder (N. del E.).

³⁴ Loewenstein, o. cit. (n. 5), pp. 308-309.

³⁵ Ricardo Haro, “Tribunales y salas constitucionales en Iberoamérica”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1361-1362.

Este Preámbulo, que a veces solemos olvidar o soslayar, es tan magnífico y significativo que hizo decir a Orlando que “parecía escrito por dioses” y a Posadas, el gran maestro español de la ciencia política, que “quería que encabezase la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Liga de las Naciones”.

46. La Corte, según Germán Bidart Campos en referencia al caso argentino, maneja, asimismo, valoraciones teñidas de temporalidad, pero cuidando de no diluir el valor objetivo en el tiempo ni en el medio social. No es difícil observar que paulatinamente su jurisprudencia ha ido asimilando valoraciones del constitucionalismo social que no podemos encontrar a fines del siglo XIX. La temporalidad del derecho le brinda a la Corte la ocasión de realizar los valores que la Constitución alberga, del modo más adecuado a la exigencia temporal de la época. De ahí que el examen del derecho judicial sirva no sólo para conocer la Constitución material, sino para ilustrarse sobre el progreso de los *valores* y de las valoraciones en su seno. *El derecho judicial es vehículo transmisor de valores dentro de su propio orbe, y dentro de la sociedad.*³⁶

47. Comentando la etapa de la transición en la Argentina del proceso militar al régimen constitucional iniciada en 1983, Carlos S. Fayt³⁷ destaca que una mayor intervención en la dimensión político-institucional tuvo como protagonista a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad de los actos estatales y como intérprete final de la Constitución nacional. Como órgano supremo del Poder Judicial, amplió su jurisdicción abordando el conocimiento de los temas derivados de las cuestiones políticas. No necesitó redefinir sus funciones; le fue suficiente con asumir en plenitud sus facultades. Si priorizó o no su responsabilidad en el interjuego de poderes para consolidar la incipiente democracia, o interpretó las tensiones sociales y la profundidad de la crisis que asoló a la república, lo concreto es que imprimió dinamismo a su actividad, haciendo posible la ulterior consagración constitucional de nuevas estructuras de relaciones interórganos.

De allí que las cortes y los tribunales constitucionales sólo deben, o sólo deberían, resolver los casos en que, por su importancia y trascendencia institucional, se encuentran seriamente comprometidos tanto los valores y los fines constitucionales, como el ámbito, el sentido y el alcance de las normas fundamentales. Como supo decir en su momento el procurador general Jackson de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

La Corte mantiene los equilibrios más fundamentales de nuestra sociedad, tales como los existentes entre centralización y localismo, entre libertad y autoridad y entre estabilidad y progreso.

³⁶ Germán Bidart Campos, *La Corte Suprema, tribunal de garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 220.

³⁷ Carlos S. Fayt, *La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, pp. 85-86.

48. Holmes, en conocida obra,³⁸ ha sostenido:

La vida del derecho no ha sido la lógica; ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas en las diferentes épocas, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones francas o inconscientes de las políticas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, tienen mucho mayor importancia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales han de ser gobernados los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no puede tratarse como si contuviese sólo los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, tenemos que saber lo que ha sido y lo que tiende a ser.

Existe un hondo sentido formativo y pedagógico de la jurisprudencia que tiene a ir conformando un plexo de creencias constitucionales que hacen a los valores fundamentales del hombre y de la sociedad. No en vano un argentino ilustre dijo en las primeras décadas del siglo XX:

El mejor tratado de derecho constitucional lo constituye la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6. *La jurisdicción constitucional ante los nuevos tiempos*

49. Es por ello que cada fallo de las cortes o tribunales constitucionales es la expresión del ejercicio de un poder constituyente material que, con la misma clarividencia y firmeza en el mantenimiento del núcleo de creencias no negociables, debe también asumir una actitud de *apertura hacia las nuevas realidades sociales*, hacia los nuevos signos de los tiempos, y remover todos los obstáculos que impidan *una mayor vigencia de los supremos valores y fines del hombre y la sociedad*, en el proceso irrefrenable de una mayor conciencia social que reconoce las bondades de la democracia política, pero que no se resigna a que lo sea a costa de su marginación de la democracia cultural y de la democracia económica.

Carl J. Friedrich se ha planteado la cuestión, y afirma:

Hay un peligro omnipresente de que los miembros de la Corte puedan llegar a perderse en su propia lógica y de que, en su esfuerzo de mantener las palabras sagradas, intenten sofocar la vida y el progreso de ésta. En tales ocasiones, *la Corte pasa de una posición conservadora a una posición reaccionaria*. Cuando lo hace, está amenazando el futuro del constitucionalismo.³⁹

Recordemos lo dicho *supra*: la letra mata pero el espíritu vivifica.

En la reafirmación de los valores y fines constitucionales, en la búsqueda lúcida y afanosa de nuevos desarrollos exigidos por la cultura social, ya sea tanto respecto de los derechos y de las garantías, como de las competencias supremas del Estado, es

³⁸ *The Common Law*, citado por Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, cap. XII, n. 9.

³⁹ Friedrich, o. cit. (n. 37), p. 222.

preciso destacar que esa *función paradigmática* debe manifestarse no sólo en los aspectos sustanciales del orden jurídico, sino también en sus aspectos procesales, de modo tal que el sistema jurídico en su totalidad sirva en última instancia para lograr el mayor objetivo que la Constitución asigna a las cortes y a los tribunales constitucionales, cual es el de *afianzar un orden de convivencia más justo en la sociedad*.

50. Por nuestra parte, estamos convencidos de que no debemos ser miopes ante las nuevas realidades que, con diversos matices y grados de intensidad, viven las naciones de todos los continentes. En ellas se observan crecientes, vigorosas y legítimas apetencias de los hombres y los pueblos a una mayor participación en el poder, en la riqueza y en la cultura, que les permita lograr la felicidad de la mayor plenificación humana posible.

Y bien, ¿cuál será el compromiso y la función que en este proceso asuman los poderes judiciales y de modo especial las cortes y tribunales constitucionales? ¿Se mostrarán como un poder neutro y prescindente? ¿Se aferrarán a los silogismos jurídicos o asumirán la problemática de la realidad? ¿Enfrentarán los auténticos procesos de cambio para frenarlos o retardarlos, o los asumirán para encauzarlos jurídicamente, “constitucionalizándolos”, de forma tal que se realicen con la mayor justicia y libertad que los momentos históricos permitan?

7. *La función paradigmática y el Estado democrático y social de Derecho*

51. Pero asimismo, es preciso recordar que el cumplimiento de esta *función paradigmática* debe serlo siempre dentro de los amplios marcos de la Constitución, los tratados y las leyes, en todas las dimensiones y posibilidades de justicia que una razonable interpretación pueda brindar. Aquí también valen dos principios inspiradores.

Por un lado, aquel que afirma “*todo dentro de la ley, y nada fuera de la ley*”, porque precisamente de lo que se trata es de ejercer un alto magisterio constitucional que, de no cumplir con este mandato, estaría agregando una vertiente gravísima a la anomia desarticuladora y a la falta de seguridad jurídica.

De otro lado, hacer realidad el sentido profundo de la expresión bíblica “*el sábado está hecho para el hombre y no el hombre para el sábado*”, para no caer en un formalismo positivista que olvide la permanente vocación del derecho al servicio del hombre, porque él es precisamente nada menos que el fundamento, el sujeto y el objetivo de toda sociedad y de toda cultura.

Hoy más que nunca conviene recordar vigorosamente que el derecho y su instrumentación deben servir para “personalizar” al hombre y no para “cosificarlo”, ya sea en un número, en un objeto, en una mercancía o en una marginación.

Esta eminente y trascendental misión de las cortes y los tribunales constitucionales exige asimismo, y en el mismo sentido, la grave responsabilidad institucional de señalar los eminentes *rumbos constitucionales hacia un Estado social y democrático de Derecho*.

52. Es por ello que, ineludiblemente, los jueces de cortes o tribunales constitucionales deben ser eminentes y reconocidos juristas, pero también hombres con una alta dimensión política y una aguda visión de estadistas, es decir, *hombres de Estado*, que con su mesura, su talento y clarividencia política sean conscientes de que en muchas ocasiones, a través de sus fallos, están generando graves decisiones políticas en el continuo proceso de desarrollo de la actividad estatal y social, dirigida siempre hacia el bien general, la justicia social y la cooperación solidaria entre todos los miembros de la sociedad.

Alexis de Tocqueville, en su recordado libro *La democracia en América*, dice que el juez americano está revestido de un inmenso poder político, por lo cual los jueces no deben ser solamente ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados; además es necesario encontrar en ellos hombres de Estado, que sepan discernir el espíritu de su tiempo.

Reiteramos entonces con plena persuasión que los magistrados que integran las cortes o tribunales constitucionales, al estar ejerciendo un alto poder del Estado al controlar la constitucionalidad de todas las leyes y actos estatales, deben ser, además de eminentes juristas, *jueces con una lúcida mentalidad de estadistas*, lo cual implica una adecuada formación política y una especial sensibilidad para percibir los “signos de los tiempos” y, consecuentemente, la trascendencia política que en la vida de la sociedad tendrán sus resoluciones.

Porque, si bien el control de constitucionalidad es básicamente una cuestión de puro derecho, ya que se verifica la congruencia de actos estatales con la Constitución a fin de asegurar el principio de supremacía, no puede ignorarse que, al ser la Constitución la ley fundamental *que asume jurídicamente el proyecto político-institucional de una sociedad*, toda sentencia en la materia constituye una verdadera decisión política sobre el aludido proyecto.

8. *Constitucionalidad, globalización y bien común*

53. Vivimos tiempos en que *la economía de mercado y la globalización se han convertido en paradigmas* que están instalados en la sociedad y en el mundo, y alrededor de los cuales se van construyendo las nuevas estructuras políticas, sociales, económicas y culturales. Giovanni Sartori⁴⁰ asevera que la planificación, como una expresión del intervencionismo estatal en la economía, “ha sido marginada y superada por la *economía de mercado*, cuya victoria sobre la planificación es abrumadora y sin retorno”, y agrega:

La victoria de la democracia como principio de legitimidad hace prever que el éxito del mercado se convertirá cada vez más en una demanda de la democracia, a condición, bien entendida, de que el mercado tenga éxito, *de que verdaderamente produzca bienestar* en los contemporáneos.

⁴⁰ Giovanni Sartori, *La democracia después del comunismo*, Alianza, Madrid, 1994, p. 25.

Pero también es cierto que se observa palmariamente una *notable y progresiva concentración de poderes económicos*, con influencia no sólo en determinados espacios físicos, sino que se extiende sobre el mundo entero. De allí la expresión *globalización*, aplicable a estos procesos de difusión, control y dominación de poderes tecnoeconómicos que trascienden los límites estatales y continentales.

54. Es dable pensar que estas *nuevas y reales formas de imperialismo* lo son sobre los diversos sectores vertebrales de los procesos macroeconómicos (industria, tecnología, comunicaciones, mercados financieros, etcétera). A este panorama debemos añadir que, ante los *procesos de desestatización y privatización* de muchas actividades y servicios públicos en los Estados, que por principio nadie discute, es imprescindible evitar que la sociedad y sus miembros se vean compelidos a un clima de desprotección, inseguridad y marginación generado por una omisión inaceptable del Estado en el cumplimiento de las insoslayables funciones de control, frente a la inevitable puja de los crecientes intereses de los fuertes a costa del deterioro de los débiles.

Y si bien es cierto que a esta altura de los tiempos no es concebible un Estado *invasor ni paternalista*, también lo es que tampoco podemos aceptar un Estado *desertor y ausente*, porque si el *invasor y paternalista* sofoca y ahoga a la sociedad, el *desertor* y el *ausente* condena a la marginación de los débiles, de los que no tienen voz, por los abusos de los poderes económicos que ocupan la escena social y asumen una mayor cuota de poder para acrecentar su insaciable ambición de riqueza.

55. Muy lejos de las actitudes mencionadas y ante las graves circunstancias económicas contemporáneas, es preciso afirmar categóricamente la presencia del *Estado como garante del bien común*, que para ser tal necesita ser un Estado *fuerte*, capaz de asegurar con firmeza las reglas de juego para el bienestar general, frente a los abusos de las nuevas y crecientes concentraciones de los *nuevos poderes* corporativos, principalmente de carácter económico.

Y en esta difícil tarea, las cortes y los tribunales constitucionales tienen que asumir desde lo jurídico la responsabilidad de esta *nuevo garantismo* que, superando la protección de los derechos individuales, asegure con vigor el digno ejercicio de los derechos económicos y sociales.

Es que a esta altura de los tiempos es imperioso afirmar con convicción operante que *la economía de mercado sin solidaridad es capitalismo salvaje, y la solidaridad sin economía de mercado es una utopía*.

Es entonces cuando el valor *justicia* requiere que se promueva y afiance el valor de la *solidaridad*, pues sólo ella puede mitigar esta terrible dicotomía entre el progreso económico y una más justa distribución de la riqueza. No en vano SS Juan Pablo II clama con insistencia por lo que denomina *la globalización de la solidaridad*.

56. Con la globalización y todas las nuevas estructuras y relaciones de poder en el mundo contemporáneo, no podemos dejar de lado los conceptos esenciales que hacen a la vida política. Por ello, en el documento *Gaudium et spes* el Concilio Vaticano II, reiterando su antigua pero siempre actual doctrina en la materia, señala:

La mayor conciencia de la dignidad humana promueve en el orden político un respeto mayor por los derechos de las personas, condición esencial para la participación en la vida pública, de la que se tiene un deseo cada vez más intenso [...] Para establecer una política recta es necesario tener presente el sentido de la justicia y del bien común y poseer noción muy clara de los límites de la competencia de los poderes públicos. La comunidad política existe en función del *bien común*. [Parágrafos 73 y 74].

Hace tiempo ya nos preguntábamos hasta dónde debe intervenir el Estado en la economía, y nos respondíamos: hasta donde el *bien común* lo requiera. En esto no hay dogmas ni recetas fáciles y universales. El ámbito de proyección del sector público y del sector privado depende de los momentos históricos que cada país vive, de las particulares coyunturas que debe afrontar, de los grados de desarrollo que pretende alcanzar. Aquí desempeña un papel decisivo y rector, junto con la solidaridad, el principio de *subsidiariedad*, según el cual el Estado no debe acometer ni absorber las actividades que los particulares, individual o colectivamente, puedan asumir con eficiencia en el fortalecimiento de los intereses generales. Todo nivel que pueda *ser* por sí mismo, no puede frustrarse por la absorción del nivel superior.

57. Por eso, para concluir, deseo recordar las magníficas palabras de Warren, cuando en su *Historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos* afirmó:

La historia de los Estados Unidos, ha sido forjada no sólo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida, en los estrados del Tribunal Supremo.

Quiera Dios que nuestras cortes supremas o tribunales constitucionales sepan también ser protagonistas en la construcción de la historia de nuestros pueblos, procurando siempre afianzar los superlativos valores de libertad, igualdad, solidaridad, justicia social, pluralismo y participación, mediante un orden de convivencia cada vez más justo y solidario, que posibilite a todos, pero en especial a los pobres, a los desocupados y a los marginados, algún tipo de cobertura social que les permita acceder a límites dignos de educación, salud, vivienda y a un decoroso y básico bienestar para cada hombre y para cada familia.