

## INTRODUCCION A LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

(Acerca de la filiación de nuestro Recurso Extraordinario)

por JORGE REINALDO VANOSI

I. La recurrente propuesta en nuestro medio, para la creación de una Corte Constitucional, hace necesario volver al tema de los sistemas de control de constitucionalidad, con vista a la precisión de los alcances concretos que una propuesta así conlleva, en el marco de los diversos regímenes constitucionales existentes. Nuestra tesis, que reiteramos acá, señala que una creación así es innecesaria, aparte de ser ajena a la filiación de nuestras instituciones, por cuanto con el sistema actual la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede cumplir cabalmente su alta función de control, que ella misma ha calificado como de "intérprete final de la Constitución", que es el "palladium" de las libertades de los argentinos. Por ello, la sugerencia que postula la creación de un nuevo cuerpo, sólo podría encontrar justificado andamio en el caso hipotético de que el tribunal existente, es decir, la Corte Suprema, abandonara o descuidara su principal función en nuestro ordenamiento constitucional. Mientras tal extremo no se cumpla —y esperemos que ello no ocurra— parece superfluo hablar de un nuevo órgano. Pero si la comunidad llegara a visualizar un apartamiento de los roles prioritarios que la Corte debe cumplir, entonces, de nada valdrían las ventajas de las funciones secundarias que ese tribunal asumiría en reemplazo de las prioritarias, porque el descrecimiento de los justiciables asumirá la

proporción de un escepticismo de la ciudadanía en general, acerca de la eficacia de un órgano que está destinado a servir de garante de la superlegalidad constitucional que la propia Ley Fundamental impone (arts. 27, 28, 31, 86, inc. 2°, y normas afines Constitución Nacional). En consecuencia, si queremos preservar la fisonomía y la filiación de nuestro sistema, debemos procurar que los instrumentos del control (v. gr., el recurso extraordinario) no se desnaturalicen en su aplicación permanente. Los aspectos vinculados con los diversos sistemas de control de constitucionalidad, guardan una relación muy estrecha con una correcta concepción del instituto del recurso extraordinario dentro del sistema argentino de protección de la constitucionalidad, toda vez que este recurso es el instrumento de mayor jerarquía institucional y eficacia funcional por medio del cual se pone en funcionamiento el control de constitucionalidad entre nosotros; y, si bien no está enteramente legislado, puede afirmarse que hoy en día sus aspectos no legislados son mucho más importantes que los que originariamente fueron normados. Es evidente que todo esto queda englobado en la terminología usual bajo la denominación genérica de "recurso extraordinario".

Para entender el porqué de ese desborde del recurso extraordinario en numerosos aspectos que no fueron inicialmente previstos en la ley 48 (Adla. 1852-1880. 364), es necesario tratar de ubicar la filiación que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad y sus diferencias

---

Especial para la Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

con otros sistemas que existen en el derecho comparado, con perfiles y alcances bastante distintos de los que tiene hoy el nuestro.

En realidad, puede afirmarse que el problema del control nace con la era constitucional, y si bien no aparece simultáneamente con la primera constitución, ni con las primeras cláusulas de supremacía, hubo una consecuencia forzosa e inmediata de ello, porque al poco tiempo se advirtió de que no podía existir supremacía —que era en sí un principio— sin la existencia del control, que era el medio o instrumento para efectivizar esa supremacía.

De la misma manera, con el transcurso del tiempo y pese a las disquisiciones del derecho natural, quedó bien esclarecido de que no tiene sentido un derecho sin su consiguiente garantía, es decir, sin su instrumento de protección. De modo pues que no hubo polémica en torno a la importancia de las cláusulas de supremacía, pero sí surgió la necesidad de ponerse de acuerdo respecto de las modalidades de los instrumentos de control.

En la primera constitución en que pudo plantearse el problema, éste no fue resuelto. Los constituyentes de Filadelfia no se pusieron de acuerdo acerca del sistema de control y optaron por lo que hemos llamado en alguna oportunidad, una "laguna deliberada", es decir, dejaron sin resolver el problema para que un futuro constituyente le diera solución. Ese futuro constituyente no fue un constituyente formal, sino que fue la propia Suprema Corte de los Estados Unidos. Esa misma Corte a la cual el presidente Wilson, mucho tiempo después, visualizaba como una convención constituyente en sesión permanente. Esa Corte fue la que resolvió a partir del, por todos conocido, célebre caso "Marbury v. Madison", la solución: que consistió en la asignación de la función del control al Poder Judicial. Pero paralelamente a esa situación, desde el punto de vista del pensamiento doctrinario, estaba ya discutiéndose el problema y, tanto en América que sería cuna de un sistema, como en Francia que sería acta de nacimiento de otro, sendos expositores trataron el asunto. No es por casualidad que en América haya sido "El Federalista", precisamente en un capítulo de Hamilton; y en Europa haya sido el abate Sieyes, que al mismo tiempo que se planteaba la necesidad de resolver este problema lo vislumbraba en relación con sus otras grandes creaciones doctrinarias, que fueron la doctrina del poder constituyente y la doctrina de la representación.

Los dos sistemas pues, el americano y el francés, van a ser perennes y van a tomar por caminos distintos, porque nacen de dos concepciones distintas: podríamos decir que provienen de dos filosofías políticas, no contradictorias entre sí, pero diversas en cuanto a los alcances que querían dar al tipo de estado que se estaba organizando en esos respectivos países.

En el continente americano el control de constitucionalidad fue concebido en definitiva como una función propia de los jueces, por cuanto se lo estimó como algo inherente a su poder de interpretación; y esta es la clave para entender en definitiva porqué esa solución que adoptó el juez Marshall en 1803, fue una solución que pese a las vicisitudes políticas que rodearon al famoso caso "Marbury", en definitiva fue bastante pacíficamente aceptada, si se tiene cuenta que la innovación implicaba, algo tan fundamental o más que los otros aportes de originalidad que Estados Unidos ha aportado al constitucionalismo universal. A tal punto es así que se ha dicho por varios autores (y comparto esta tesis) de que este aporte tiene una mayor significación y trascendencia que el invento del federalismo o que el mismo presidencialismo.

Al ubicar y al situar la función del "control" dentro del poder de interpretación, el problema quedaba reducido a los términos con que en definitiva y en forma de una gran proyección político-institucional, llegaría mucho más allá de lo que los propios protagonistas iniciales creyeron: nada más y nada menos que lo que en sus efectos es una declaración de inconstitucionalidad.

Para el pensamiento de Hamilton o para el pensamiento liberal predominante en esa época, imbuido de un racionalismo triunfal a fines del siglo XVIII esto consistía en la necesidad de asegurar la congruencia de las normas inferiores con las normas superiores; y lo que en definitiva los jueces debían hacer era, en todo caso litigioso a resolver y que contuviera un eventual conflicto de normas, interpretar ambas normas, la de inferior y la de superior jerarquía, para resolver si siendo éstas congruentes debían aplicarse o si habiendo una violación de la norma superior por parte de la inferior, debía prescindirse de la inferior y aplicarse directamente la norma superior. Problema que hasta el momento no existía en el derecho inglés, con la única excepción de los antecedentes aislados del juez Coke; ya que por tener Inglaterra una constitución de carácter flexible los conflictos normativos no se resolvían en una escala vertical sino en el nivel horizontal en que la norma posterior

dejaba sin efecto o modificaba a la norma anterior.

Todo esto fue entendido en definitiva, según luego diría Marshall en su famosa sentencia, como la única forma de asegurar la supremacía de la legalidad constitucional, en tanto existiera el riesgo de que los poderes constituidos, es decir, los poderes ordinarios, pudieran por su sola voluntad modificar el reparto de competencias realizado por el poder supremo, es decir, por el poder constituyente.

En ningún momento pensaron los padres fundadores que este tipo de control de constitucionalidad pudiera llevar a un apartamiento del principio de la separación de los poderes, que era enfáticamente defendido en esos mismos escritos de "El Federalista"; y de ninguna manera soñaron lo que luego, peyorativamente, algunos autores franceses atribuirían al judicialismo norteamericano hablando despectivamente de un gobierno de los jueces.

II. Del otro lado del océano, en Francia, los vientos que soplaban traían fuentes de inspiración de otro origen que, lógicamente, llegarían a desembocar en otros resultados y en otras soluciones. Por varias razones de suficiente coherencia el constitucionalismo francés surgió a fines del siglo XVIII, en un clima de tremenda prevención contra los jueces, de modo pues, que lo que en América iba a nacer en un ámbito en el cual era un valor entendido la confianza en los jueces, que venía ya de la época colonial; en cambio en Francia, se iba a desarrollar sobre la base de una situación generalizada de desconfianza a los jueces. Esa desconfianza hacia los jueces tenía un origen histórico-político inmediato, por cuanto durante varios siglos y hasta la caída de la monarquía de los Capetos, los jueces estaban investidos de atribuciones muy importantes y, entre ellas, la de resolver en ocasión de los "Parlamentos judiciales" la publicación de las normas generales —leyes y decretos—, por lo que si optaban por la no publicación de determinadas normas, estaban de esa manera disponiendo la no aplicación de las mismas, lo cual significaba algo equivalente a lo que posteriormente sería una declaración de inconstitucionalidad, es decir, la no aplicación de la norma. Por otra parte, los jueces eran vistos como una casta, no obstante que el Tercer Estado ya con anterioridad a la Revolución de 1789 había tenido acceso social a los niveles judiciales, pero, con todo, los jueces era considerados todavía como clase privilegiada y supervivencia del viejo régimen de los Luis.

Pero quizás el argumento más fuerte era el que provenía del resultado de la aplicación rigurosa de un pensamiento que poco a poco se fue imponiendo durante y bajo la revolución: tal era el pensamiento roussoniano. De acuerdo al razonamiento de Rousseau, la ley era la expresión de la voluntad general, y esa expresión de la voluntad general era sancionada por el Parlamento, que era un órgano que primero fue visto como la expresión de la soberanía nacional y después, al poco tiempo, fue visto como expresión de la soberanía popular; y ese cuerpo era el único órgano elegido directamente por el pueblo.

De modo que, suprimiendo las etapas intermedias del análisis, y reuniendo los extremos, la ecuación era: Pueblo = Ley; o sea la ley como resultado de la voluntad del pueblo. Interrogante roussoniano: ¿Cómo admitir entonces que un juez, es decir, un burócrata, un funcionario administrativo (aunque estuviera descentralizado) pudiera tener tanto poder como para negar la aplicación de lo que era equivalente a la expresión de la soberanía popular y producto del único órgano elegido por el pueblo? No podía concebirse un resultado así en el pensamiento roussoniano, en el sentido de que los jueces tuvieran tanto poder como para negar la aplicación de las leyes, dado que en eso consistía en definitiva el control de constitucionalidad. Y en esto había una coincidencia entre el democratismo del pensamiento roussoniano con el liberalismo del pensamiento de Montesquieu, toda vez que también Montesquieu cuando analiza la situación del Poder Judicial, claramente dice que el juez debe ser un mudo, que hable únicamente por la boca de la ley y cuya función sea mecánicamente la de practicar el silogismo, en el cual la premisa mayor está dada por la ley, la premisa menor por los hechos de la causa y la conclusión es la sentencia; sin que fuera admisible pensar de que en el análisis interno de la premisa mayor correspondiera entrar a discutir la validez de unas normas con relación a otras normas. De ninguna manera era eso admisible, aunque estuviera en juego la armonía de una pirámide jurídica.

De modo que en el pensamiento francés, ya fuera en la vertiente netamente democratista con apoyo en Rousseau, como en la vertiente liberal de Montesquieu, que luego estaría en cierta medida interpretada por otros autores y al mismo tiempo protagonistas de la revolución, como Sieyes o como Benjamín Constant, en ambos casos no era admisible, de ninguna manera, la atribución de esa facultad "d'empêcher". Pero naturalmente, el problema seguía en pie y, al poco tiempo Sieyes, cuyo brillo y capacidad per-



ceptiva no en vano cabe destacar, se da cuenta de que toda la construcción del poder constituyente y toda la teoría sobre el valor supremo de las normas que emanan del poder constituyente se desmorona como un castillo de naipes sobre la arena, si eso no va acompañado de los resguardos debidos. Y allí plantea, en un discurso de 1790, la importancia de resolver este problema, pero lógicamente que era reacio a adjudicar tal función a los jueces, en razón del pensamiento reticente a que aludíamos.

De modo que Sieyes da la solución, pero al darla inicia una alternativa que va a ser la permanente, primero en toda Europa y, aún hoy, en Francia aunque ya no en toda Europa. Es la de buscar un sucedáneo, toda vez que no pudiendo ser los jueces tenía que ser otro órgano el que cumpliera esa función cuyo carácter necesario no se podía discutir.

Sieyes aporta la idea de un jurado o "jury" constitucional que, luego, en algunos de esos fugaces ensayos constitucionales que van hasta el período del imperio napoleónico en Francia, se concretó en un órgano equivalente al Senado Conservador de la Constitución del año VIII (1799). Luego viene el largo período de la Tercera República Francesa, la más prolongada, en la cual el problema no fue resuelto, pero prevaleció siempre el criterio político tradicional de la negación al juez de las funciones de control.

La cuestión no tuvo solución en la Tercera República por circunstancias de su nacimiento, es decir, porque las leyes constitucionales de 1875 no eran realmente una constitución codificada: eran un conjunto de leyes sancionadas en un momento en que el empate entre los monárquicos y los republicanos daba una pequeña ventaja a los republicanos; eso era realmente una constitución incompleta y dispersa, y por ella misma muchos aspectos de la organización del poder, y, entre ellos éste, quedaron al margen.

Recién con la Cuarta República en 1946 aparece el "Comité Constitucional" que luego se perfecciona y transforma en algo mucho más perfilado y caracterizado que es, a partir de 1958, el "Consejo Constitucional", que existe en la Constitución degaullista actual.

El repaso de todos estos antecedentes nos sirve para sacar una conclusión: que el constitucionalismo europeo alguna vez, y que el constitucionalismo francés siempre, han atribuido el control a órganos de naturaleza política ajenos al Poder Judicial: de lo que cobra y mantiene sentido la gran distinción tradicional entre los siste-

mas judiciales y los sistemas políticos, con la expresión de estas dos vertientes históricas y geográficas, que son al mismo tiempo reflejo de dos evoluciones constitucionales distintas.

III. Veamos nuevamente cuál es el panorama actual de los sistemas como consecuencia de lo que acabamos de señalar, y para ello es menester decir que la orientación predominante en Francia pasó a ser resistida a comienzos de este siglo en algunos países de Europa, al percibirse la necesidad de juridizar el control de constitucionalidad.

Para ello es menester tomar en cuenta la experiencia norteamericana, que si no era preexistente, es decir, que si no había existido en la época de la Revolución Francesa, sí, en cambio ya era cuantiosa y considerable a comienzos de este siglo, con una centuria o algo más de funcionamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y fue precisamente Hans Kelsen quien dio la primera aportación al romper esa dicotomía entre el sistema americano y el sistema francés, cuando al proyectar la constitución de su patria, Austria, en 1920, después de la caída del Imperio Austro-Húngaro, la flamante república le encomienda que sobre la base de una ley cuadro de lineamientos generales, redacte la ley suprema del nuevo estado. Allí crea el sistema de la jurisdicción constitucional, que se traduce en la creación de un órgano especial que asume con carácter de monopolio exclusivo y excluyente el poder de control en materia de constitucionalidad. Es un sistema que enseguida veremos extendido a otros países de Europa (Checoslovaquia, República Española) y cuyas ventajas e inconvenientes debemos tener presente porque en nuestro país ya hay algunas opiniones favorables a la imitación de ese sistema. Al respecto conviene advertir frente al peligro de la contagiosidad que todo modelo original ofrece, que si seguimos empeñados en el camino, a mi modo de ver muy exagerado, de ampliar indefinidamente la jurisdicción de la Corte Suprema a través de este "sanalotodo" en que se está transformando el recurso extraordinario en los últimos años (y dicho esto con el mayor respeto y consideración hacia la buena voluntad y teniendo en cuenta la sensibilidad con que la Corte Suprema ha asumido esta actitud frente a la pésima calidad del producto judicial que la obliga realmente a aumentar y no a estrechar la apertura del recurso extraordinario), desembocaremos en la necesidad de crear una nueva Corte para distribuir las tareas asumidas hasta hoy.

En consecuencia, los sistemas quedarían clasificados en el momento actual de la siguiente

manera: los sistemas judiciales, que como el nombre lo indica confieren a los jueces la función del control: están divididos a su vez, siguiendo la terminología de Cappelletti, en sistemas judiciales concentrados y sistemas judiciales difusos, perteneciendo el nuestro a los difusos, por cuanto tal como el nombre lo indica, esa facultad o potestad, queda difundida entre todos, absolutamente entre todos los miembros del Poder Judicial, quienes como algo inherente a su poder de interpretación y de juzgamiento tienen esta atribución (claro está, que dentro de las reglas de competencia y jurisdicción propias de los tribunales).

El sistema judicial concentrado es el sistema de Alemania Occidental y de Italia, que siguieron en esto el modelo de la constitución de Austria (por supuesto, en la actualidad también por Austria). En efecto, después de la Guerra Mundial fue imitado por la Constitución italiana de 1948, luego de un formidable debate en el cual participaron las grandes figuras jurídicas del derecho público que estaban sentadas en esa constituyente; y, también, por la ley fundamental de Bonn de 1949, que estableció un vigoroso tribunal de garantías constitucionales que es la versión paralela de esta Corte Constitucional italiana y austríaca. Ha sido Cappelletti quien ha subrayado el carácter jurisdiccional de la Corte italiana, superando la opinión contraria e inicial de Gaetano Azzariti, que también rechaza la doctrina alemana, ya que para sus autores no existe incompatibilidad entre el carácter jurisdiccional de un órgano y su naturaleza constitucional o soberana. Del lado del control político queda como modelo químicamente puro, el francés actual; amén de algunos ensayos híbridos que existen en el mundo, donde se pretenden combinar características del sistema judicial con el sistema político, que no dan resultado; como también son bastante híbridos algunos ensayos del derecho público provincial argentino de las nuevas provincias, donde se pretenden combinar notas características del sistema judicial concentrado con notas características del sistema judicial difuso.

IV. Pero este panorama no sería completo si no apuntáramos también a algunos otros modelos existentes que consideramos formas aparentes de control de constitucionalidad, pero que deben ser puestos en tela de juicio desde el punto de vista de saber si reúnen o no los presupuestos institucionales del control. Si admitimos que los presupuestos institucionales del control son básicamente los siguientes: una "constitución rígida", un "órgano independiente" y la exis-

tencia de "derechos subjetivos", veremos que hay algunos sistemas con apariencia de control de constitucionalidad que, en definitiva, podemos enjuiciar o cuestionar en su real significación.

Que la constitución debe ser rígida, va de suyo porque en la flexibilidad constitucional todo es constitucional, no hay diferencia entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, lo cual no impide en el ejemplo de Inglaterra que existan ejemplos de ilegalidad. No hay inconstitucionalidad pero puede haber ilegalidad, de modo que los británicos no están exentos del control de legalidad, aunque sí están exentos del control de constitucionalidad.

Esto es jurídicamente así, aunque no sea enteramente así desde el punto de vista político: pues venimos sosteniendo desde algún tiempo la tesis de que en Inglaterra no existe una plena flexibilidad constitucional desde el punto de vista político, porque jamás el Parlamento inglés modifica las normas constitucionales supremas de la misma forma que sanciona una ley ordinaria, que es la característica definitoria de las constituciones flexibles: toda vez que el Parlamento inglés y el Gobierno inglés que emana de ese Parlamento, en toda la historia constitucional británica ha tenido el recaudo de que cuando se ha planteado la sanción de una norma que implica cambiar las reglas constitucionales del reino, se espera una disolución previa de la Cámara de los Comunes y luego una elección, para que sea la nueva Cámara la que con elementos elegidos en virtud del debate que planteó ese problema, resuelve la sanción posterior: lo cual es evidentemente una nota de rigidez no jurídica, pero sí política.

Tampoco puede haber dudas con respecto al segundo presupuesto: el órgano independiente. No hay control si no media independencia entre el controlante y el controlado, pues es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer uno sobre otro función de control: como es obvio la independencia entre ambos es absolutamente necesaria. Y el tercer requisito, la existencia de derechos subjetivos, lo cual va también de suyo, porque si no existe un ámbito de libertad jurisdiccionalmente protegida que pueda ser invocada por los interesados, es relativa la idea de control o, por lo menos, el control queda reducido a un ámbito mucho menor, como ocurre en alguna medida en el sistema francés.

Si aceptamos estos presupuestos institucionales debemos entonces señalar a título simplemente ejemplificativo y sin abrir juicio que algunos sistemas se apartan de la dicotomía de la

clasificación anterior entre sistema judicial y sistema político. Por ejemplo, la mayor parte de los países de la órbita comunista, confieren el poder de control al órgano llamado Asamblea o Soviet Supremo en el caso de la URSS, que es el mismo órgano que sanciona las leyes. Es realmente ingenuo pensar que el propio autor de la norma declare la inconstitucionalidad de la norma. Por lo tanto en esos países la única vía posible de un control, si es que la hay, está en la existencia de un partido único que controla a todos los órganos del Estado a través de sus miembros disciplinados.

Situación parecida es la de la República Democrática Alemana y de varias de las llamadas democracias populares, donde la Asamblea nombra un Comité de la misma que tiene a su cargo expedirse sobre este problema y, en algunos casos, como el de Alemania Oriental, se suman a los diputados algunos profesores de derechos que asesoran al citado Comité parlamentario. Esto hay que analizarlo para tomarlo en cuenta dentro de un supuesto que es coherente para ellos, pero que no es compartible por nosotros, que es el rechazo que la doctrina marxista-leninista del Estado formula contra el postulado de la separación de los poderes. Como en el supuesto básico y fundamental del Estado Soviético está la concentración total del poder en el órgano de base, Asamblea o Soviet Supremo, con el consiguiente rechazo del principio liberal de la separación de poderes, resulta para ellos coherente negar la existencia de un poder de control en un órgano independiente, ya sea a cargo de los jueces o bien sea un órgano de tipo político como en Francia.

Y, recientemente, podemos mencionar otros dos ejemplos que están incorporados al folklore constitucional: son el de Portugal, cuya reciente constitución institucionaliza el poder de las Fuerzas Armadas a través de un órgano llamado "Consejo de la Revolución", integrado por el presidente de la República, que es militar, por el Primer Ministro, siempre que sea militar, por el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas, que siempre es militar, por los Jefes del Estado Mayor de cada una de las tres fuerzas, y por 14 oficiales en actividad. Tienen a su cargo, a parte de otras funciones, el control de constitucionalidad de todas las leyes y decretos que emanen del Estado: ejerciendo esta potestad con efectos de fuerza obligatoria general, ya que los jueces y el Poder Ejecutivo, no pueden apartarse de la declaración de inconstitucionalidad que ese Consejo de la Revolución lleve a cabo (arts. 146 y 281, Constitución de 1976). Tal co-

mo se desprende, el sistema así pergeniado asume los rasgos de una autocracia militar, toda vez que las decisiones finales del poder del Estado competen a un órgano que es ajeno al régimen de la representación.

El último ejemplo que podemos tener a la vista, más reciente aún, es el engendro de Constitución de Irán, donde se crea el "Consejo de los Custodios" o "Consejo de los Guardianes", que es el órgano que tiene a su cargo el control de la constitucionalidad de las leyes que va a sancionar el futuro parlamento Iraní: ese Consejo de los Guardianes o de los Custodios está integrado por el conjunto de los Ayatollah, es decir, que importa la consagración total de la teocracia, equivalente al sometimiento del Estado a la religión. Esto implica desde el punto de vista del control de constitucionalidad algo tan original y asombroso como si en nuestro país afirmáramos que el control de constitucionalidad le compete a la Asamblea Episcopal Nacional, con todo el respeto que ella merece. Es evidente que en el Irán, la flamante República Islámica importa la entronización de otra forma de autocracia, a cargo de los sumos sacerdotes shiitas.

V. Este es pues en líneas generales y sin entrar en mayores detalles el panorama de los sistemas de control, limitaciones y lo que pueden ser ventajas e inconvenientes de los principales sistemas que hemos mencionado, con vistas a poder imbricar mejor la ubicación de nuestro recurso extraordinario en el sistema al cual pertenecemos.

De los sistemas políticos, basta con referirnos al francés, que es paradigmático en su modelo. El sistema francés tiene una gran ventaja que es la enorme certidumbre que produce desde el punto de vista del conocimiento del valor constitucional de las normas, por cuanto existe una única oportunidad de pronunciamiento al respecto, que es contemporánea o concomitante con el tiempo que media entre la sanción y la promulgación de la ley. Ese Consejo Constitucional, órgano eminentemente político, compuesto por integrantes no necesariamente abogados, que designan los titulares de los otros poderes del Estado, es decir, el presidente de la República y los Presidentes de ambas Cámaras (y que componen también los ex presidentes de la República), tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes en el momento en que éstas han recibido la sanción parlamentaria y antes de que reciban la promulgación ejecutiva.



Si se trata de leyes orgánicas, todas aquellas referidas a la actuación de los órganos de poder pasan automáticamente al Consejo Constitucional, por lo cual siempre hay control; pero si se trata de leyes no-orgánicas, es decir, de leyes comunes que son las inmensamente mayoritarias, acontece entonces que el impulso del procedimiento del control está reservado únicamente a cuatro funcionarios, que son: el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros, es decir, el Premier, y los Presidentes de ambas Cámaras (y recién por una reforma del 29 de octubre de 1974, tendiente a democratizar el sistema de control, se ha incorporado con poder de iniciativa a la minoría parlamentaria, que puede con la firma de sesenta diputados o igual número de senadores impulsar el examen de la constitucionalidad de una de estas normas). Si se observa quiénes tienen la iniciativa, se verá que el sistema difiere radicalmente del nuestro, donde absolutamente todos los habitantes pueden potencialmente poner en funcionamiento el mecanismo de control de constitucionalidad si están en juego sus derechos constitucionales.

Con el sistema francés ocurre que una vez pasada la única oportunidad de control, si éste no es impulsado por quienes tienen esa facultad, o si habiéndolo sido no ha prosperado la impugnación, entonces, la ley es promulgada y nunca más podrá ser impugnada, por cuanto los jueces no pueden en ningún caso negar la aplicación de las leyes. En el derecho ordinario francés se sigue fiel a los preceptos que —incluso con rango penal— se incorporaron al poco tiempo de la Revolución, que tipificaban como delitos, es decir, como figura penal en la cual podía incurrir cualquier funcionario, el hecho de negar la aplicación de leyes o de decretos: de modo pues que el único camino que queda en Francia es propiciar la derogación de la norma a través del mismo procedimiento parlamentario por el que fue sancionada.

Claro está que si las normas, al pasar por ese filtro que algunos autores llaman de "veto preventivo" o de "veto previo" en que consiste el examen por el Consejo Constitucional, éste se expide contra la constitucionalidad: entonces esa ley no puede ser promulgada y debe ser remitida al Parlamento para que la reformule con una nueva sanción donde queden eliminados los puntos que han merecido objeción por parte del Consejo Constitucional.

La experiencia de este Consejo Constitucional no es demasiado vasta ni nutrida: nada que comparar con la cantidad inmensa de casos que re-

suelven la Corte norteamericana o la Corte argentina. Este Consejo ha actuado tal como propiamente es, o sea, como un órgano de naturaleza política, rodeado de la atmósfera que el mundo político le imprime; y en aquellas oportunidades realmente cruciales en que se esperó un pronunciamiento del Consejo, como fue la objeción a la constitucionalidad de uno de los referendums convocados por el General De Gaulle, el pronunciamiento del Consejo no hizo lugar a ninguna acción y causó una defraudación de la expectativa que se había creado en la ciudadanía francesa en torno a este órgano de control, que en definitiva no ejerció el control.

VI. Vuelvo ahora a los sistemas judiciales concentrados, que son los que están poniéndose de moda en numerosos países amén de los tres iniciales que hemos citado; y podríamos decir que la ventaja de este sistema radica precisamente en la certidumbre que da la dimensión monopólica del control en cuanto a los órganos, sin que exista la posibilidad que en nuestro sistema existe, de que hasta tanto la Corte Suprema dé su palabra final puedan mediar pronunciamientos contradictorios de las instancias inferiores, no sólo en el mismo juicio (si hay una primer instancia) sino también en cuanto a otros juicios que simultáneamente puedan ventilarse en otras jurisdicciones provinciales o aun dentro de la misma jurisdicción nacional.

Este riesgo, que en nuestro país conocemos y que es inherente al sistema americano, no existe en el sistema judicial concentrado, donde cuando en cualquier juicio que se está ventilando ante un tribunal ordinario, alguna de las partes plantea la inconstitucionalidad de la norma aplicable, el juez paraliza inmediatamente la sustanciación del juicio y remite las actuaciones a la Corte Constitucional, la que va a pronunciarse únicamente sobre el punto en cuestión, es decir, acerca de si la norma impugnada es o no compatible con la Constitución (con excepción de España, donde la Constitución de 1978 prohíbe los efectos suspensivos, art. 163).

Esto hace que la Corte Constitucional sea una verdadera casación constitucional y que lo que se vea en ella sea la creación de una jurisdicción más o un fuero más: así como existen los fueros civil, penal, comercial, contencioso, etc., surge un fuero de constitucionalidad a cargo de un tribunal especial que tiene el monopolio de esa función y que de ninguna manera se confunde o se inmiscuye en la sustanciación ordinaria de los juicios (que una vez que la Corte Constitucional se ha pronunciado vuelven a manos de los jueces originales).

En el caso de los italianos, la Corte ha tenido un poco de mixtura en sus competencias, porque los constituyentes le han atribuido la función de juzgamiento en lo que es el equivalente de nuestro "juicio político": y mientras que en nuestro sistema se ventila todo en ambas Cámaras del Congreso, en el sistema italiano el Parlamento acusa y la Corte Constitucional decide. Además, se convierte por otra cláusula constitucional en tribunal competente en los conflictos entre los Poderes del Estado: mientras que en Alemania le han agregado otra función más que es el análisis de la constitucionalidad de los partidos políticos, por lo cual se desprende que ha atribuido a su Corte una función de control "cualitativo" de los partidos políticos, siendo uno de los pocos o quizás el único país europeo que lo ha adoptado y que ya se ha ejercido en algunas oportunidades.

El inconveniente que tiene el sistema de la jurisdiccionalidad constitucional, es probablemente el de llevar a cabo una separación exagerada entre el criterio de derecho común de los jueces y el criterio de derecho constitucional de los integrantes de la Corte, que no ocurre en nuestro sistema donde es el mismo juez el que tiene unidad de criterio y con una visión vasta y omnicompreensiva trata de resolver también el problema de la armonización de las leyes y la Constitución.

Además, estas Cortes Constitucionales no están rodeadas de la inamovilidad eterna de sus integrantes, por cuanto sus miembros duran un determinado período, su elección corresponde al Parlamento y por lo general —como se trata de países realmente pluralistas— esto es el resultado en definitiva de un acuerdo o de una transacción entre los distintos partidos actuantes.

Pero es menester destacar, en honor de la verdad, que tanto en Alemania como en Italia, los partidos políticos han propuesto y los parlamentos han designado a las personalidades jurídicas más destacadas del ambiente del derecho público para así formar las respectivas Cortes Constitucionales; y el resultado que ofrece con los años que llevan en vigencia ambos experimentos, es ampliamente favorable.

VII. En cuanto al sistema americano, al cual pertenecemos, no hace falta que detallemos los perfiles de sus mecanismos, porque actuamos dentro del mismo y se supone conocido suficientemente.

Es dable aseverar que el aspecto más positivo de nuestro sistema es esa extensión ilimitada que ofrece desde el punto de vista del impulso de la impugnación de inconstitucionalidad, en cuya virtud resulta que nadie queda exento de la posibilidad de articular la defensa citada en todos aquellos casos en que en instancias judiciales se pretenda aplicar en su perjuicio la norma que el afectado considera fundamentalmente reñida con la primacía constitucional. Tal amplitud en la titularidad impulsiva del control unida a la difusa titularidad orgánica del ejercicio de esa función, dan a nuestro sistema americano rasgos inconfundibles de extensión y oportunidad para la salvaguarda del ordenamiento constitucional. Por un lado, "todos los habitantes" están potencialmente munidos de la herramienta defensiva de la articulación de las cuestiones de inconstitucionalidad en juicios ante los tribunales del Estado: y, por otra parte, "todos los jueces" se encuentran dotados del poder necesario para negar la aplicación en juicio de las normas que según su criterio resulten lesivas de la supremacía constitucional que consagra el ordenamiento vigente. En esas condiciones, el nivel de participación protagónica en la alta función del control de constitucionalidad identifica porosa mente a gobernantes y gobernados, ya que éstos pueden legítimamente visualizar su rol activo en esa materia como el verdadero cumplimiento de una función pública (y no obstante que los resultados inmediatos sólo redunden en su beneficio personal como interesados en el respectivo caso). Por eso, no sería equivocado afirmar que, no obstante su indiscutida filiación liberal y republicana que por origen y doctrina le pertenece, nuestro sistema de control judicial difuso de la constitucionalidad tiene un hondo perfil democrático que lo aproxima a la generalidad de los gobernados, quienes pueden ejercerlo como un medio idóneo que la sociedad cuenta para defender la órbita de su libertad frente a los desbordes del Estado y a la desnaturalización de las competencias.

Las ventajas del sistema judicial difuso (americano) son superiores a los inconvenientes que ese sistema pueda ofrecer. El balance arroja un saldo positivo, por cuanto lo negativo no pasa de la circunstancia ya apuntada en torno a la incertidumbre momentánea sobre la suerte constitucional de las normas que lleguen a ser objeto de impugnación. Creemos que la búsqueda ansiosa de un sustitutivo del sistema difuso ha naufragado en el temporal de la profusión de nuevos órganos del Estado cuyos perfiles y filiaciones no terminan de ser claramente entendidos por parte de los destinatarios de ese poder estatal. Aca-



so los nuevos órganos puedan resultar de utilidad para los países que se ven emplazados a superar el viejo esquema rusionario de la Francia revolucionaria de antaño; pero para los estados con tradición judicialista, no depara atractivos ni ventajas seductoras la novación intempestiva del sistema, toda vez que lo único que puede pretenderse en más es un vigorizamiento de los roles constitucionales de la Corte Suprema a través de una adecuada distribución de competencias entre ella — como cabeza visible del Poder Judicial — y los demás tribunales integrantes del tercer poder del Estado. En definitiva, antes que cambiar de órgano (o crear otros nuevos) se trata de aliviar competencias, concentrando en la Corte Suprema la jurisdicción para los casos típicamente constitucionales (arts. 27, 28, 31, 86, inc. 2°, etc.). Sólo de esa manera la Corte Suprema permanecerá fiel al ideal de sus pioneros: "La Corte Suprema representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional. En su ejercicio es tan independiente como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones" (Fallos, t. 12, p. 134). En síntesis: la adecuada selección de la competencia es la prioridad: acudir a órganos sucedáneos no tiene razón de ser en nuestro régimen institucional, que es de filiación americana.

Las innovaciones orgánicas en esta materia deben ser recibidas con beneficio de inventario. Como prueba, me remito a la reciente experiencia de la Constitución española de 1978, que ha creado un "Tribunal Constitucional", al que ha conferido la alta función de control tanto por la vía de la actuación directa como por la vía incidental. Sin embargo, pese al esmero puesto en esta creación, ha resultado lo siguiente: que han adoptado del sistema francés la primera vía de control (directa), merced a la cual sólo podrán articular el recurso de inconstitucionalidad el jefe del Gobierno (Primer Ministro), el defensor del pueblo ("ombudsman"), 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y en su caso las asambleas de las mismas (art. 162). En la vía incidental, por su parte, han adoptado a medias el sistema italiano, ya que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser planteada en los juicios por el juez interviniente (art. 163). O sea, que de ambos sistemas — el francés "político" y el italiano "concentrado" — han tomado lo menos valioso y ventajoso. De tal modo, el régimen español se caracteriza por su tónica restrictiva: sólo ciertos y muy contados funcionarios pueden articular la acción de inconstitucionalidad ante

el Tribunal Constitucional, quedando totalmente excluidas de la instancia del impulso las partes interesadas en juicio acerca de la inconstitucionalidad de la norma que les será aplicada por el juez del caso. Las ventajas del sistema italiano quedan neutralizadas con esta limitación, que convierte al sistema concentrado español en casi tan restrictivo como el régimen yugoslavo (que admite el control pero no da participación alguna a los particulares en el impulso del procedimiento conducente a efectivizar el control).

En definitiva, los sistemas de control de constitucionalidad pueden ser clasificados en dos grandes grupos, según admitan o rechacen la participación de los particulares en el impulso o iniciativa del mecanismo de control. Esta distinción nos parece mucho más relevante que las conocidas clasificaciones que hacen reposar las diferencias en la composición o filiación del órgano, o en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Todas esas modalidades son importantes pero no constituyen de por sí el núcleo sustantivo de separación en sistemas. En nuestra opinión, lo que realmente constituye la línea divisoria, es la participación propulsora de las personas. Los sistemas que no la aceptan, aun ponderando todas sus demás bondades, no pasan de ser unos procedimientos tendientes a preservar la legalidad "objetiva" del ordenamiento constitucional vigente, a cargo de funcionarios del Estado cuyo impulso dependerá en gran medida del interés político en emprender o no esa defensa de la supremacía normativa: mientras que en el caso de los sistemas que acuerdan a los propios particulares interesados la iniciativa del control, está de manifiesto que ese incentivo de los mismos afectados por las normas cuestionadas que jugará como motor impulsor para el efectivo funcionamiento del control: hay una nota "subjetiva" en la raíz del sistema, que convierte a los ciudadanos en artífices de la defensa constitucional por obra del interés en no sufrir las consecuencias de una violación de la superlegalidad constitucional que se traduce concretamente para ellos en el menoscabo de un derecho que esa Constitución protege. Las diferencias entre ambas posibilidades son bien grandes. La experiencia comparada ilustra acerca de la insuficiencia de los sistemas que sólo confieren a ciertos funcionarios la iniciativa del control en el caso francés, por ejemplo, es evidente la motivación de la reforma que extendió a las minorías parlamentarias la posibilidad de cumplir esa iniciativa, toda vez que con el régimen primitivo de la Constitución de 1958 eran

muy limitadas y lejanas las perspectivas de una real actividad de control. En el sistema americano, en cambio, en todo momento y por todo interesado puede suscitarse en juicio el tema de la constitucionalidad, convirtiendo así al control

en una proyección más de los niveles de participación popular que la democracia practica para su mayor oxigenación como régimen de gobierno y para la mejor imbricación de los gobernados en su relación jurídica con los gobernantes.

---