

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

26. Concepto de jurisdicción constitucional	91
27. Sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes.	95
28. Formas de control.	102

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

26. *Concepto de jurisdicción constitucional*

La jurisdicción es uno de esos conceptos difusos del derecho que encuentran, por lo común, variables posicionales según indique la disciplina que la aborda.

El derecho procesal la concibe como uno de sus pilares estructurales,⁹⁷ y el derecho constitucional la interpreta desde los capítulos orgánicos que fundan las cartas fundamentales.

Suelen coincidir ambas materias en que la jurisdicción puede atenderse como un “poder” del Estado, o como un “deber” de éste para con los ciudadanos.

Analizar la jurisdicción como poder admite deducir que quien la ostenta tiene una atribución equivalente al de sus pares en la gestión de gobierno de un Estado. Por eso, resulta más apropiado referir la “función jurisdiccional”, porque de esa manera no se pierde la unidad del poder Estatal, fraccionada así en funciones de gestión.

Pero la teoría del “poder”, tan elaborada y precisa desde el derecho canónico, fue abandonada a poco de desarrollarse el concepto de “soberanía nacional”.

En cambio, si la perspectiva se fija solamente en los sucesos procesales, podremos compartir que la jurisdicción “es el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”.⁹⁸

También se advierte que la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces del Poder Judicial. Existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho al resolver un caso y, en consecuencia, pueden surgir jurisdicciones judiciales, parlamentarias, militares, eclesiásticas, etcétera.

Desde esta posición podríamos negar la existencia de un poder jurisdiccional para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados,

97 Así lo hemos señalado en Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 136.

98 Podetti, Ramiro J., *Teoría y técnica del proceso*, Buenos Aires, Ediar, 1942, p. 155.

asume particularidades que en otros no ocurren, como son las características de coerción y definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

Con esta inteligencia, la jurisdicción es un poder abstracto: depende de la actividad que la ponga en marcha. En tal sentido, es evidente que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces sólo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería, ni más ni menos, que el esquematizado bajo el “sistema de la legalidad”, en contraposición al “sistema de la justicia del caso concreto”, en el cual el juez se convierte al mismo tiempo en legislador, establecida con base en la equidad y haciendo que la sentencia, aunque revista la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.⁹⁹

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el “poder” de quien se la otorga. Es decir, el pueblo mismo. Es éste quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y, finalmente, de socializarse con base en el principio de los derechos compartidos.

Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el “poder” no le pertenece, al residir en los ciudadanos.

Como “deber”, la jurisdicción observa una medida diferente. La preocupación sefiera es “resolver en justicia los litigios”, sin importar quien lo haga ni qué procedimientos utiliza.

Enfrentadas las posiciones, han surgido corrientes de opinión adversas: quienes interpretan la jurisdicción como un “poder” (teoría abstracta) afloran el contenido público esencial, resaltando la actuación del derecho objetivo; en cambio, quienes la conciben como “deber” (teoría concreta), privilegian en la jurisdicción el derecho privado, destacando la tutela de intereses en conflicto y su justa decisión.

Ambas concepciones responden a tiempos históricos superados, hoy se acepta una complementariedad de los términos. Al respecto se dice que la jurisdicción

es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluyendo el propio Estado, a sus mandatos, como medio de preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia...

Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado.¹⁰⁰

99 *Cfr.*, Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 80, p. 519.

100 Di Iorio, Alfredo J., *Temas de derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 34.

Ahora bien, la teoría de la jurisdicción ha cobrado tal importancia que en algunos países, por ejemplo España, han comenzado a desplazar la noción misma de derecho procesal, para hablar de un “derecho jurisdiccional”.

No obstante, la polémica persiste porque ha quedado pendiente esclarecer si son jurisdiccionales o no los procedimientos y resoluciones que dictan órganos que no ostentan el atributo del poder-deber conferido por las leyes fundamentales de un Estado cualquiera.

Estas consideraciones sobre el contenido fundamental de la jurisdicción permiten comprender como esta expresión abarca usualmente dos criterios de distinto alcance. Por una parte, el objeto representado por la concreta actuación del derecho objetivo con el fin de tutelar derechos e intereses específicos; por otro, el complejo de los órganos que la realizan.

De todos modos, la diversificación temática ocupa mucho más campo que el preconizado en ambas cuestiones; el moderno Estado de derecho, tan bien advertido por Cappelletti cuando señala la influencia de la revolución liberal en la configuración del proceso moderno, apunta a demostrar que existe un criterio sobre la jurisdicción directamente entroncado con la circunstancia histórico-política que refiera. Bien distintas podrán ser las conclusiones en un Estado democrático, respecto de otro dictatorial.

Aun así, la verdad del suceso manifiesta que para saber qué es la jurisdicción es preciso resolver la naturaleza de su objeto; para comprender su organización, debe estudiarse su trama institucional; y si queremos saber para qué sirve tendremos que analizar, exclusivamente, la función jurisdiccional propiamente dicha.

Nosotros hemos entendido que la jurisdicción desarrolla el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene pensado para los procesamientos y para la función que debe cumplir en ellos. La jurisdicción dimana de la soberanía y, por eso, sólo puede hablarse de “una” jurisdicción.¹⁰¹

A partir de esta noción se observa porqué existe un “deber” jurisdiccional de resolver los conflictos de intereses suscitados entre partes encontradas que, inicialmente componían sus problemas de mano propia. Y también, porqué preexiste un “poder jurisdiccional” anterior al conflicto obtenido de la apropiación que hace el Estado, como unidad organizada, para alcanzar la paz social.

Ello significa que necesariamente en el proceso jurisdiccional coexisten tres intervinientes: las partes y el juez. Cuando estos elementos no se encuentran no habrá función jurisdiccional propiamente dicha.

El derecho político y constitucional consagran la jurisdicción en el Poder Judicial, y ello es un hecho irrefutable que no admite miramientos huidizos. A lo sumo, si existen funciones típicamente judiciales en la administración o en el órgano legislativo, se procura responder dogmáticamente a ellas, sea para excu-

101 Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 150.

sarlas o justificarlas, o bien para exonerar el desvío otorgándoles un carácter que, por vía de principio, no es jurisdiccional.

El acto jurisdiccional reviste especialidad por el funcionario que ostenta la facultad de actuarlo y porque, precisamente, esa autoridad que inviste constituye la representación misma de la autoridad del Estado.

De todo ello surge, en consecuencia, que también la jurisdicción es una garantía, en el sentido de instrumento preciso para la protección de los derechos del individuo. Por ello, la verdadera función jurisdiccional no debe intelegirse por la mecánica aplicación del derecho objetivo, como sí, para darle el valor y respeto que las normas ponderan al conjuero de un cuerpo orgánico superior. De esta forma, a la jurisdicción no sólo le corresponde aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos.

Cuando un poder diferente ejercita actividades típicamente jurisdiccionales, podemos colegir que, en realidad, no tiene jurisdicción, sino que están actuando funciones de ese carácter.

Lo importante, dado que en definitiva estará impartiendo justicia —*lato sensu*—, será que esas funciones mantengan el equilibrio interactuante de las denominadas “garantías de la jurisdicción”, las que pueden agruparse en tres sectores: a) independencia del órgano; b) autoridad, y c) responsabilidad.¹⁰²

Llegamos así a una instancia definitiva, debiendo elucidar qué es la jurisdicción constitucional.

Una vez más se puede asumir la explicación desde dos posiciones que no son opuestas. O la jurisdicción constitucional se razona a partir del “órgano actuante”, y será actividad de tal característica la que realizan, por ejemplo, los tribunales constitucionales. O bien, la interpretación se basa en la materia que desenvuelven los jueces —cualquier magistrado—, en cuyo caso se concretará efectiva jurisdicción constitucional cuando se estén aplicando principios de supremacía y control constitucional.

La tesis “orgánica” se manifiesta con mayor elocuencia en Europa continental, a partir de la creación de tribunales específicos para activar roles de justicia constitucional. La Corte Constitucional Austríaca (1920), los tribunales constitucionales de Italia (1948), la ex República Federal de Alemania (1949); Grecia (1968), y más recientemente, España impulsada por su carta fundamental de 1978, son ejemplos de esta corriente.

Claro está que, en estos países no existen dificultades para caracterizar la “jurisdicción constitucional”, precisamente porque ellas derivan, o bien de sus constituciones (en cuyo caso, se respeta la teoría de Montesquieu sobre las tres funciones del poder), o de leyes que garantizan la independencia e imparcialidad

¹⁰² Cfr., Couture, Eduardo J., *op. cit.*, nota 87, p. 208; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 206.

del órgano, indispensable para soslayar la presión política que, por lo demás, fue habitual en los tribunales de la primera parte de este siglo.

Quizá, avisados de las eventualidades teóricas que plantea el conflicto entre ley y constitución, respecto a la superioridad de los órganos de justicia (si son supremos los provenientes de las cartas fundamentales, respecto a los que se originan en leyes comunes), existe una tendencia actual a reformar o dictar nuevas constituciones consagrando en sus disposiciones los principios referidos al nombramiento, estructura prevista, atribuciones, límites y competencias de los jueces.

En América Latina, en cambio, la “justicia constitucional” reconoce su fuente en la Constitución de Estados Unidos de 1787.

Una abrumadora mayoría de las actuales cartas fundamentales adopta el sistema americano de control de constitucionalidad difuso, es decir, que asigna a cada juez del sistema y, especialmente, a los tribunales supremos la función de decidir sobre la supremacía de las normas constitucionales.

En este sector, la amplitud de funciones constitucionales de los jueces ordinarios confunde, de alguna manera, cuál es la verdadera justicia constitucional. Pero la dificultad no es importante, porque apenas se observe la actuación desarrollada y la sentencia emitida, esencialmente ésta, habrá de deducirse la actividad específicamente tutelar de las normas básicas para los derechos del hombre.

Una proyección importante en lo que venimos diciendo se constata en la tendencia a aplicar sin cortapisas ni prevenciones, la tesis de la superioridad constitucional declarando las inconstitucionalidades correspondientes con alcance general, aun cuando, por vía de principio, algunos países conservan la desaplicación para el caso concreto.

En síntesis, la jurisdicción constitucional existe y se reconoce como la tarea más importante que la justicia debe realizar. Se trata, precisamente, de controlar el principio que aspira a la efectiva protección del hombre en sus derechos fundamentales. Estas disposiciones podrán ser constitucionales, provenientes de tratados o convenciones entre naciones, ser normas de principio, o meras disposiciones internas sostenidas en leyes comunes; en todos los casos será deber de los tribunales integrar el ordenamiento de acuerdo con el espíritu superior del constituyente.¹⁰³

27. *Sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes*

La idea sobre que las normas fundamentales debían regir el destino de los pueblos aparece ya en el derecho romano y, antes aún, con las ciudades griegas.

103 · Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 249.

Por supuesto, la estructura de entonces no era la actual, porque su base estaba en normas consuetudinarias que la sociedad aceptaba y exigía que se cumplieran como una manera normal de vivir en sociedad.

También de entonces era la preocupación por preservar la autoridad en su justa medida. Tanto como se procuraba evitar la acumulación de poder, como el control de quienes lo tenían. Ejemplos de ello eran las magistraturas dobles de la república romana; la actuación del Senado como órgano moderador y los tribunales de la plebe, con atribuciones para impedir la ejecución de leyes que afectarían al grupo social al cual representaban.¹⁰⁴

Pero si los instrumentos de tutela constitucional ya eran conocidos, el estudio sistemático de ellos es reciente, y tiene como punto de partida el estudio de Carl Schmitt sobre la “Defensa de la Constitución”.¹⁰⁵

Este notable y polémico jurista (su afiliación al nazismo le jugó suertes diversas) afrontó el estudio constitucional como un “todo” inescindible que debía preservarse y protegerse para evitar los avasallamientos del poder político.

Señala Fix-Zamudio que para entender gráficamente la intención del autor, hay que partir de la base de que la

protección de la Constitución está formada por todos los medios, instrumentos e instituciones que el Poder Constituyente ha estimado necesarios para mantener los poderes políticos dentro de las esferas que se han trazado en la Ley Suprema, y por lo tanto, a través de los mismos, se tiende a lograr la marcha armónica y equilibrada de los mismos factores entre sí, o en otras palabras, a la coordinación armónica de los diversos organismos en que se divide el supremo poder político para su ejercicio y de esta manera lograr, por el mismo equilibrio de las instituciones, que se respeten los límites que a dicho ejercicio de la autoridad ha establecido la Carta Fundamental, y en consecuencia, también se respeten los derechos esenciales de la persona humana consagrados en la Constitución.¹⁰⁶

Esta primera parte en los objetivos indica la seguridad que se persigue en el sistema de pesos y contrapesos entre los órganos de la Constitución. Pero no son los únicos, porque defender la carta suprema también incide en las disposiciones políticas (el carácter ideológico de una ley fundamental), económicas (con sus proyecciones en los derechos de tal carácter), sociales y jurídicas.

De ellos interesa detenemos en los controles jurídicos, que se manifiestan por dos conductos esenciales para cualquier sistema. El principio de la supremacía tiene particularidades que veremos de inmediato; y el otro se refiere a los mecanismos “dificultados” de reforma, los que difieren según el modelo constitucio-

¹⁰⁴ Cfr., Mommsen, Teodoro, *Compendio de Derecho Público Romano*, Buenos Aires, Ejea, 1942, p. 161; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 50, p. 90.

¹⁰⁵ Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 73, pp. 90-91.

¹⁰⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 92.

nal sea “rígido” (y requiere constituir una Asamblea Legislativa para impulsar los cambios), o “flexible” (se reforma por procedimientos comunes, sin requisitos sustanciales).

La defensa de la Constitución requiere, entonces, un complejo entramado de circunstancias y móviles de atención. Reposa en el fundamento de impedir que se alteren las disposiciones que fueron dictadas “de una vez y para siempre”, conforme al espíritu elemental de quienes la inspiraron. Como conjunto normativo, tiene sus controles entre los órganos mismos del poder, o a través de instituciones que específicamente se dicten.

De hecho, el principio básico está en el carácter supremo de las cartas constitucionales. Esa idea tiene un origen distinto.

1) Origen de los grandes sistemas para el control de constitucionalidad

A fines del siglo XVIII, coincidiendo con lo que se ha llamado “era constitucional”, dos grandes revoluciones dan cuenta de un cambio absoluto en la lucha del hombre por su libertad. El fundamento filosófico no fue idéntico, aunque en las dos las consecuencias tienen parangones visibles.

La declaración de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica llevó a que se dictara la Constitución de 1787; y la Revolución francesa de 1789 determinó el hito esencial para los derechos del hombre que, con ilusión y fantasía, se pensaron que una vez consagrados no requerirían de más fomento y protección.

a) Sistema americano (jurisdiccional)

En Estados Unidos se arbitró a través de los jueces (sistema de confianza) la interpretación de las normas y su correspondencia con la Constitución. Si bien es cierto que no surge de la carta fundamental esta atribución, la realidad práctica ha consagrado esta tarea de vigilancia y revisión.

El famoso caso “Marbury vs. Madison”, sentenciado en 1803, explica la sustentación del llamado “sistema americano” al cual le podemos agregar la característica de ser “jurisdiccional”, al provenir del control de los jueces que la practican.

El voto del juez Marshall resalta de qué manera la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. Los poderes con que cuenta el Estado no son absolutos y eso vale para todos los que participan del gobierno. La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior.

La confianza en la rectitud y honestidad de la judicatura subyace en la sentencia apenas bosquejada. La crítica a este tipo de control, fundada en el peligro de exacerbar los poderes de los jueces, es inimaginable dentro de este esquema.

Si son justamente los jueces quienes deben intervenir “en todas las causas” que se susciten como consecuencia de la aplicación de la norma fundamental es dentro de sus expresas facultades que les corresponde ejercer este tipo de control.¹⁰⁷

b) Sistema político

La Revolución francesa animaba un espíritu distinto al que sucedió en América. Allí, los jueces habían cubierto un espacio político, absolutista e indiferente a las necesidades del pueblo.

Eran seres desconfiados, y por eso, la voluntad de predominio en las normas no podía asignarse a los magistrados, era preciso crear nuevas figuras.

En la filosofía del sistema, el pueblo es el único creador de las normas, porque en él reposa la soberanía y voluntad para crearlas. Los jueces sólo debían de aplicarlas, como autómatas carentes de interpretación y valoración de sus preceptos.

La Constitución francesa de 1946 concreta el “Comité Constitucional” que, desde 1958, resuelve en el “Consejo de Estado y Constitucional” la tarea de evaluar la supremacía de la carta superior del Estado.

Fiel, entonces, al más puro concepto jurídico de la revolución, conserva en el órgano político (por ser representantes del pueblo) la difícil misión de preservar la constitucionalidad de las leyes.

Las funciones que realiza el Consejo se determinan en la Constitución de 1958. Entre las tareas específicas se encuentra la de pronunciarse, obligatoriamente y siempre de manera previa a la promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias del cuerpo legislativo, y respecto de cualquier otro ordenamiento, a petición del presidente de la República, del primer ministro, o de los presidentes de cualquiera de las dos cámaras parlamentarias, con el efecto de que si la decisión del Consejo es en el sentido de la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, el mismo no puede ser promulgado (artículos 61 y 62 constitucionales, reglamentados por ley del 7 de noviembre de 1958).¹⁰⁸

La naturaleza política del Consejo Constitucional tiene en Francia interpretaciones diversas.

Marcel Waline¹⁰⁹ caracteriza al organismo como cuerpo jurisdiccional, basándose en dos elementos que —dice— se complementan: el conocimiento e interpretación del derecho aplicable y el valor definitivo del pronunciamiento.

Podríamos agregar que, de algún modo, la jurisdicción puede provenirle, también, de la independencia e imparcialidad de sus miembros, pero ésta es una característica “política”, que no es estrictamente judicial.

¹⁰⁷ Cfr., Gozálni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 40.

¹⁰⁸ Cfr., Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 350.

¹⁰⁹ Waline, Marcel, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2a. ed., París, Sirey, 1979, pp. V-XIV.

La calidad “política” del Consejo la sostiene, entre otros, quien fuera su presidente, Chenot quien, en 1977, dijo que “el Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple”.¹¹⁰

Ésta última tiende a ser dominante, sobre todo a la vista del desarrollo y actividades que cumple el Consejo. Por otra parte, no ha logrado asimilar sus funciones a las que realizan los Tribunales Constitucionales europeos (que siguen el modelo austríaco), siendo su principal obstáculo la intervención preceptiva y apriorística que lo caracteriza.

c) Sistema mixto

Entre ambos mecanismos (jurisdiccional y político, o si se prefiere, de confianza o desconfianza en los jueces), el ilustre jurista Hans Kelsen imaginó y concretó para Austria (1920) una Corte Constitucional de carácter jurisdiccional, cuyo modelo tuvo notable disposición para adaptarse a las demás legislaciones de Europa continental.

Llega a ser tan grande la influencia que, dogmáticamente, hoy suele hablarse solamente de dos sistemas en el control de constitucionalidad de las leyes: el americano y el austríaco (en clara referencia a los países que marcan el rumbo).

En América, el progreso de esta corriente se muestra con elocuencia en Guatemala y Chile (aun cuando su tribunal fue suprimido por las fuerzas golpistas de 1973). En el primero, el artículo 262 Constitucional creó una “Corte de Constitucionalidad” que funcionaba al lado de los tribunales de amparo. La reforma de la ley suprema de 1985 (que entró en vigencia el 14 de enero de 1986) restableció el sistema democrático y sus instituciones, recreando la Corte como tribunal permanente de jurisdicción privativa, colegiado, e independiente de los demás órganos del Estado, con la misión esencial de defender el orden constitucional y las demás atribuciones que la ley superior le confiere en la materia.¹¹¹

En la misma dirección del modelo jurisdiccional concentrado, otras naciones latinoamericanas han establecido Cortes Constitucionales. Por ejemplo, Ecuador (1978), Perú (1979) y, recientemente, Colombia (1991).

2) Jurisdicción difusa

El sistema difuso organiza el control de constitucionalidad sobre la base del sistema americano; es decir, que otorga a todos y cada uno de los jueces la potestad de revisar la adecuación normativa a la carta fundamental.

¹¹⁰ *Cit.* por Luchaire, Francis, “Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1979, núm. 1, p. 31. *Cfr.*, Fernández Segado, Francisco, “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución”, Quiroga León, Anibal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 123.

¹¹¹ *Cfr.*, González Rodas, Adolfo, “La Corte de Constitucionalidad de Guatemala”, *Cuadernos Constitucionales de México Centroamérica*, México, 1992, p.10.

El razonamiento es sencillo: el magistrado en ejercicio del poder jurisdiccional, que dimana de la soberanía del Estado está obligado a interpretar la ley a fin de adecuarla a los preceptos que manda la supremacía constitucional; si encuentra que existen leyes o normas en conflicto, debe aplicar aquélla que cuente con preeminencia, y si son de igual jerarquía, debe recurrir a principios generales tales como, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etcétera.

Precisamente esta “potestad” interpretativa es la que le otorga al sistema un verdadero “poder”, que algunos autores consideran que es “político”, pues si éste consiste en el poder de “impedir”, y si el control de constitucionalidad se traduce en la no aplicación de ciertas normas que se estiman repugnantes respecto a leyes superiores, la conclusión lógica es que los jueces están investidos de cierto “poder político” en virtud del cual proceden a la descalificación (aunque sea únicamente para el caso concreto) de las leyes y demás disposiciones que aparezcan en contradicción con la supremacía constitucional: al no aplicar los jueces esas normas, por declararlas inconstitucionales, están generando un auténtico “poder político”.¹¹²

Sin embargo, esta presentación del esquema resulta insuficiente si no destacamos que, a partir de Kelsen,¹¹³ se demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del juez. En efecto, al resolver el conflicto está creando una nueva norma, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos que desenvuelve son, al mismo tiempo, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplica una norma de grado superior y crea otra de grado inferior.

Algunos sistemas rigidos por el *common law* no atienden esta actitud creadora, prefiriendo adoptar el temperamento del precedente (*stare decisis*), el cual es obligatorio y determina el criterio a seguir.

En suma, la existencia de un conflicto suscitado entre individuos de la sociedad es resuelta por el juez en una doble etapa de conocimiento (adecuación e interpretación de la ley) y ejecución (objetivización; creación de la norma individual) de lo decidido.¹¹⁴

Al ser una decisión jurisdiccional, cuenta con los alcances de la cosa juzgada (efectos inmutables y definitivos).

¹¹² Cfr., Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, p. 78. Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 30, p. 92.

¹¹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 154. Se demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del juez. En efecto, al resolver el conflicto está creando una nueva norma, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos que desenvuelve son, al mismo tiempo, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplica una norma de grado superior y crea otra de grado inferior.

¹¹⁴ Cfr., Loianno, Adelina y Gozáni, Osvaldo Alfredo, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances”, *La Ley*, Argentina, tomo 1985-E, pp. 865 y ss.

Pero, ¿qué ocurre cuando al juez se le recortan liminarmente esas facultades de control? La estructura gnoseológica del sistema difuso discurre en una integración normativa; la norma constitucional orienta la general y ésta condiciona a la individual.

Cuando alguna de ellas renuncia al predominio fundamental se produce el conflicto, y entonces, cabe interrogarse ¿qué es más importante para el Estado, que un juez conozca y resuelva el conflicto individual, preservando los derechos particulares? o ¿es más trascendente la defensa social, aunque la composición del litigio importe desatender el problema concreto que se planteó? Es posible que pueda surgir una clara oposición entre una y otra posibilidad.

Esta polémica, aumentada con otros cuestionamientos como los que emergen de la identificación entre jueces y legisladores, o al poder político que a los jueces se le confieren, son las causas principales de resistencia a este sistema.

3) *Jurisdicción concentrada*

Para referirnos a este mecanismo hemos de recordar que, motivada por su aparición histórica, constituye una tercera posición que rompe la dicotomía entre el sistema político y el judicial. En realidad, es una variable de este último, porque la jurisdicción concentrada supone la constitución de un tribunal específicamente destinado al control de constitucionalidad de las leyes. Obviamente, este cuerpo tiene funciones jurisdiccionales.

Ha dicho Cappelletti que

En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o, en su caso, administrativos) son incompetentes para conocer la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea, *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto.¹¹⁵

Hay modalidades en el régimen reglamentario de este instrumento de control. A veces, la cuestión constitucional se promueve directamente, sea por acción o excepción, a cuyo fin cuentan con legitimación procesal una amplia gama de interesados (v. gr.: órganos políticos, jueces ordinarios, partes en sentido sustancial, etcétera). En otras, la actuación del órgano deviene incidental o prejudicial.

En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa o ser manifiestamente infundada,

¹¹⁵ Cappelletti, Mauro, *El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1976, p. 41.

esta resolución no impide que el problema vuelva a plantearse en cualquier etapa del proceso, pero sólo cuando el tribunal de instancia considere pertinente que esta cuestión se encuentra en condiciones de elevarse al Tribunal Constitucional.

La actividad de estos órganos colegiados es polifacética y diversa. Si bien conservan la función primordial de control de la supremacía, en España, por vía de ejemplo, también interviene en acciones de amparo por violaciones a garantías, y realiza el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

La diferencia es importante, porque se aparta del modelo austríaco que fuera guía y modelo de los sistemas continentales europeos. Idéntica conclusión puede llegarse respecto a los sistemas italiano y alemán.

Aclara García de Enterría que en España se ha cuidado en separar de manera rigurosa a los jueces y tribunales ordinarios de la Constitución, siendo el Tribunal de Garantías el único enlace con ella.

Agrega

El juicio que este Tribunal se reserva, de eliminar (*ex nunc*) las leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la Ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y Ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las leyes que no son compatibles con ella, el “legislador negativo”. Lo esencial aquí, es que la invalidez de la Ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del legislador negativo. Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución...¹¹⁶

Pero esta conclusión tan rigurosa no resulta extrema, porque el mismo autor sostiene que el Tribunal Constitucional no es en modo alguno el único intérprete de la supremacía constitucional, debiendo interpretarse que el “monopolio” lo tiene en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y no en cualquier aplicación de la Constitución.¹¹⁷

28. Formas de control

En los sistemas analizados anteriormente existen formas de instrumentar el control de la constitucionalidad de las leyes. De la misma naturaleza del mecanismo se derivan manifestaciones que caracterizan a unos y otros.

¹¹⁶ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p.60.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 65.

1) *Control político (preventivo)*

La “desconfianza en los jueces” pondera de manera especial la idea de privarlos de cualquier poder político.

El argumento reiterado proviene del resultado de la aplicación rigurosa de un pensamiento que poco a poco se fue imponiendo durante y bajo la revolución.

Rousseau decía que la ley era la expresión de la voluntad general, y como tal era sancionada por el Parlamento. Este órgano primero fue visto como la representación misma de la soberanía nacional y, después, al poco tiempo, como muestra de la soberanía nacional. En realidad era el único cuerpo orgánico que elegía directamente el pueblo.

Suprimiendo etapas de la evolución, en síntesis resumía que el pueblo era igual a la ley, o sea que la ley era el resultado del pueblo.¹¹⁸

Siendo así, no podía concebirse cómo un juez podía tener tanto poder como para negar la aplicación de las leyes; resultando imperioso, entonces, encontrar un sustituto que interpretara la norma, sin apartarse de su contenido.

La atribución a un órgano especial de carácter político para garantizar la función de la norma constitucional tiene origen en Francia, cuando la carta constitucional de 1852 (artículos 91 y subsiguientes) atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes al denominado “Comité Constitucional”.

Fue así que se pretendió impedir el *gouvernement des juges*, aunque justo es decirlo, en la práctica, el desarrollo de este sistema de actividad “preventiva” ha dejado de ser un elemento diferenciador respecto a los mecanismos jurisdiccionales.

Observado el instrumento en su dinámica vemos que la norma no resulta estudiada por contener un conflicto constitucional, sino que se la analiza en abstracto, en forma previa a su promulgación, evitando su dictado y puesta en vigencia cuando se encuentran obstáculos fundamentales que la inficionan.

2) *Control jurisdiccional (reparador)*

En las antípodas del sistema anterior, el control de la constitucionalidad de las leyes a través de los jueces reconoce “plena confianza” en la función jurisdiccional.

Su origen se atribuye a los Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando se han encontrado antecedentes en algunos fallos del Consejo Privado de la Corona fiscalizando la actividad de los tribunales de la colonia inglesa. Según Fix-Zamudio, además de

¹¹⁸ *Cfr.*, Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad”, Argentina, *La Ley*, tomo 1980-A, p. 87.

Este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial, la doctrina del famoso magistrado inglés lord Eduard Coke, contenida en el clásico asunto del “Dr. Bonham”, resuelto en el año 1610, y si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogida por los jueces coloniales norteamericanos, señalándose que ya en el año 1657 los tribunales de Boston estimaron en forma clara que de acuerdo con la tesis sustentada en el citado caso “Bonham”, tenían facultad para invalidar una ley local.¹¹⁹

De todos modos, es en Estados Unidos donde el mecanismo se implementa y extiende, hasta consolidarse en el conocido asunto “Marbury vs. Madison” del año 1803.

El principio general es que la revisión no puede someterse ni plantearse en un proceso constitucional autónomo y específico, iniciado *ad hoc* por medio de una acción especial (iniciativa); por el contrario, el planteamiento ha de ser incidental, o por vía de excepción y de aplicación estricta al precepto que se cuestiona y para el caso donde se aplica (alcances); queriéndose significar, además, que la competencia para resolver estos conflictos de constitucionalidad, corresponde al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto (es decir, que hemos salido de la abstracción del sistema político).

El denominado “sistema jurisdiccional” de control reposa así en los siguientes elementos: a) necesidad de un caso concreto donde se plantee la cuestión constitucional (originando el problema si este caso puede ser deducido de oficio por los mismos jueces intervinientes); b) la decisión no tiene, por vía de principio, más proyecciones que para el litigio que se resuelve (es decir, no tiene efectos *erga omnes*, aun cuando hemos de analizar la incidencia de este tema en la evolución posterior del sistema); c) debe considerarse como una situación excepcional y sujeta a otros requisitos procesales tales como, demostrar la relación directa e inmediata que tiene el sujeto activo respecto a la ley que denuncia como inconstitucional; demostrar también los perjuicios que la aplicación de la norma le causa; debe interponerse el caso oportunamente y la “causa” debe mantener actualidad al tiempo de resolverse. El juez no podrá declarar cuestiones de constitucionalidad cuando los temas resultan abstractos o no generan efectos siguientes.

El sistema jurisdiccional tiene dos proyecciones institucionales que denominamos los nombres de “control constitucional difuso” y “control de constitucionalidad concentrado”.¹²⁰

Ambos coinciden en que el mecanismo de revisión lo realizan los magistrados; mientras en el sistema difuso puede ser cualquier juez del sistema jurisdic-

119 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 145.

120 *Cfr.*, párrafos 27.2 y 27.3.

cional del país, en la dinámica del control concentrado ningún juez inferior puede decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes que se le planteen en los procesos concretos de que conozcan, debiendo excusarse y elevar las actuaciones a las Cortes especialmente designadas a tal efecto. En algunos supuestos deben suspender el procedimiento y en otros continuarlos.

En cambio difieren en dos modalidades decisivas para delinear la fisonomía del sistema. Una de las cuestiones estriba en la obligatoriedad que tienen los fallos en las sucesivas determinaciones de inconstitucionalidad de temas vinculados (doctrina del precedente obligatorio), y otra en el problema de la función fiscalizadora ejercida sin petición de parte interesada.

En América Latina, la mayoría de los países han optado por el sistema difuso de revisión judicial, siendo diversos los instrumentos procesales que mejor lo realizan. Mientras en México el amparo resulta la herramienta adjetiva por excelencia; en Venezuela se utiliza el recurso de protección; en Argentina y Brasil el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Estas naciones organizan el control permitiendo el curso de todas las instancias de los procesos ordinarios, de manera que las Cortes Superiores se convierten en el intérprete final de las cartas fundamentales.

En una segunda categoría de modalidades existen sistemas que priorizan agotar la problemática constitucional en sólo una instancia. Por ejemplo, el llamado “recurso de inaplicabilidad” de Chile por el cual

La Corte Suprema de oficio, o a petición de parte, en las materias que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento (artículo 80 constitucional).

3) *La doctrina del precedente obligatorio*

Esta doctrina vincula por igual a los dos sistemas jurisdiccionales de control. Consiste en aceptar que el fallo emitido por el Tribunal Superior (las Cortes Supremas locales o, en su caso, los Tribunales Constitucionales) tiene carácter definitivo, debiendo aplicarse sus postulados a los casos que muestren semejanzas de tal grado que admitan la extensión del precedente.

En Costa Rica, el artículo 13 de la ley de jurisdicción constitucional puntualiza que: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”.

Se afirma que son razones de seguridad jurídica las que imponen continuar con los criterios adoptados en pronunciamientos anteriores; a la par que se rati-

fica con ello la igualdad entre las partes, al tener la diversidad de postulantes una consideración similar que evita la confrontación entre intereses coincidentes.

Sagües sostiene que

es evidente que ciertos valores jurídico-políticos, de gran significación, aconsejan que la Corte repita sus respuestas jurídicas (orden, seguridad, igualdad, etcétera). Una Corte Suprema incoherente, autocontradictoria y demasiado versátil provocaría, sin duda, un grado de incertidumbre jurídica inaceptable. En principio, pues, es bueno que la Corte se respete a sí misma, incluso para exigir que los tribunales inferiores la respeten a ella. No obstante, razones de justicia aconsejan la perfectibilidad de aquellas respuestas, en tren de mejorarlas, así como cambios en el contexto de vida bien pueden exigir alteraciones en las reglas sentadas por la Corte. Por lo demás, las expectativas sociales y el desarrollo político de una comunidad no son factores ajenos a la interpretación de la Constitución... En síntesis, una Corte Suprema está habilitada para modificar su criterio, prudentemente, en pro de un mejor acercamiento a la justicia. Resulta claro, eso sí, que al abandonar una tesis debe dar sus razones, no sólo por motivos de docencia jurídica sino también para justificar, delante de la comunidad, porqué una norma ayer quería decir una cosa, y hoy otra: un cambio de precedente obliga, pues, a una mayor fundamentación en la sentencia del caso.¹²¹

El *stare decisis* destaca las bondades que tiene en el sistema judicial americano, donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, por vía de principio, tiene aplicación al caso concreto, obtiene por la doctrina del precedente obligatorio una extensión inesperada, puesto que, en realidad, el caso concreto toma alcances generales al tener que utilizarse nuevamente la doctrina pronunciada.

En los sistemas concentrados la utilidad del mecanismo resulta manifiesta, más allá de la situación que propicia la unidad de jurisdicción. Es decir, resulta lógica que se aplique esta teoría en los mecanismos concentrados porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada, siendo entonces inútil reiterar argumentos a no ser que surgiesen nuevas cuestiones que aconsejaran la reconsideración.

En cambio, en la jurisdicción de control difuso nos hemos pronunciado en contra de este sistema,¹²² fundados en las siguientes estimaciones.

Si la supremacía constitucional es defendida por todos los jueces del sistema sin importar la jerarquía de instancia en que se desenvuelvan, la “confianza” reposa en un sistema orgánico integral por el cual “todos” se alzan contra las normas inconstitucionales.

121 Sagües, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, tomo I, pp. 204-205.

122 *Cfr.*, Gozafni, Osvaldo Alfredo, “Alcance y vigencia de los fallos plenarios”, *Respuestas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1991, *passim*.

Los pareceres individuales son la clave de bóveda y las escalas recursivas permiten unificar la jurisprudencia que pueda tomarse dispar, de manera que no existen riesgos de opiniones discordantes que priven de seguridad e igualdad jurídicas.

Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su “quintaesencia”, porque ya no habría interpretación alguna, más bien, existiría una actividad mecánica de adecuación que nos aparece impropia en la tarea jurisdiccional.

Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que “le corresponde su saber y entender”, sino el que otros le indican que debe utilizar.

Si aquél estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema.

El proceso mismo, en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma, considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que, en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dándole efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que Kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales.

Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta.

De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances, no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia.

De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es definitiva el problema que hay que resolver y que inspira la sistemática del “precedente obligatorio”, no se resuelve —entendemos— prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional.

4) El valor de los pronunciamientos de los superiores tribunales cuando no se acepta la doctrina del precedente obligatorio

El *quid* que emana de no aceptar la doctrina del precedente obligatorio es ¿qué ocurre, entonces, con los fallos de los tribunales superiores? ¿qué valor jurídico aportan? si ya no son obligatorios ¿no tienen, al menos, el alcance de una recomendación importante fundada en la formación del órgano que la expide?, y en su caso ¿porqué no plantear la obligatoriedad como una causa que evite transitar por distintas etapas del litigio cuando sabemos anticipadamente el criterio del superior tribunal de justicia? ¿No es más justo y seguro, aplicar antes el precedente que una vez que la paciencia de los justiciables llega al hartazgo por la lentitud procesal?

Del cuestionario surgen dos corrientes principales, sin perjuicio de ramificaciones que cada una presenta. La tesis más antigua es la que aconseja el “seguimiento sin restricciones” de la jurisprudencia emitida por los tribunales supremos locales; en oposición a ella, otros indican que el “sometimiento es condicionado” a los pareceres y adecuaciones que la justicia inferior realice en función de su tarea vigilante de la supremacía constitucional.

La polémica tiene sus prolegómenos en otro fenómeno de repercusiones similares, como resulta la “interpretación de las normas” a través de sus diferentes corrientes. Por tanto, será conveniente ir tejiendo conjeturas y posibilidades de respuesta al compás de los sonos que interprete el método de inteligencia que se pretende instaurar en la revisión jurisdiccional de las leyes.

a) La doctrina del acatamiento absoluto

En los sistemas difusos de control, como vimos anteriormente, existe un deber “no escrito” por el cual los jueces inferiores tienen que conformar sus decisiones a lo que la Corte Superior haya resuelto en casos análogos.

Tal deber se funda, entre otros argumentos, en la presunción de verdad y justicia que invisten las sentencias del máximo cuerpo jurisdiccional de un país; es decir, el respaldo emergente de un singular prestigio institucional.

De esta forma se evitan las insistencias recursivas y se ofrece celeridad y economía a los procedimientos. También así se consigue evitar el *strepitus fori* que, de seguro, generan los fallos contradictorios.

La doctrina del “acatamiento liso y llano” se respalda, a veces, en las mismas cartas constitucionales. En Argentina, por ejemplo, la Constitución de 1949 —que no rige en la actualidad— decía en el artículo 95 que “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recursos de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

El marco constitucional es muy importante para esclarecer la tendencia, sobre todo, cuando a través de ella se indica la forma prevista para salvaguardar la supremacía.

Esta corriente tiene, a su vez, dos cuestiones que le demarcan caminos que seguir. Dando por cierto que los fallos superiores son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de inferior grado, queda latente ¿qué obligatoriedad tienen para el mismo órgano superior?

En países donde la estabilidad institucional del Poder Judicial juega su suerte con criterios no jurídicos, la mutación de los tribunales supremos es un signo inequívoco para cuestionar la permanencia de los fallos precedentes.

Una nueva integración puede modificar sustancialmente el juego de mayorías coincidentes, y de suyo, alterar la interpretación de una doctrina que marque la inteligencia signada para una norma constitucional.

Cuando la Corte entroniza su función de último intérprete y fiscalizador de las reglas fundamentales existe cierta definitividad en el criterio, es cierto, pero ello no indica que esa orientación (o la nueva télesis del último tribunal integrado) deba ser definitivo, también, para los jueces inferiores.

En efecto, en la tesis kelseniana, adoptada como sistema metodológico para deducir la función jurisdiccional, el juez actúa en casos concretos y dicta sentencias individuales para ese caso. Esta resolución es la respuesta del Estado a esa cuestión en particular.

Por supuesto que, en la pirámide pensada, la escala recursiva permite la actuación de los tribunales superiores, aun cuando se condiciona —por aplicación de principios generales— a exigencias tales como que el fallo impugnado afecte las garantías o inteligencias asignadas a normas constitucionales.

De ello se sigue que todo juez puede aplicar parámetros distintos sin que ello vulnere la seguridad jurídica. Son los jueces naturales de la causa y los que, mediante competencia, el justiciable tiene para la correcta resolución de sus conflictos.

Está claro, en consecuencia, que el sistema constitucional es el que únicamente puede atribuir obligatoriedad a los pronunciamientos de las Cortes Federales o Superiores de una Nación, y jamás hacerlo el propio órgano judicial a través de sus sentencias.

En todo caso, el valor de esos dictados será orientativo, dando pie a los siguientes posicionamientos.

b) Doctrina de la aceptación condicionada

Un valioso voto ha sostenido que

Si las sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren, equivaldrían, cuando interpretan leyes, a la ley misma y, cuando interpretaran a la Constitución, a la propia

Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese sólo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos... Contra lo expuesto no pueden invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional, puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta el ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales. Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuviesen receptados por la Constitución y la Ley; y, por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas.¹²³

Definido el emplazamiento de los superiores tribunales, es evidente que tampoco pueden quedar sus pronunciamientos sin valor alguno. Él mismo tiene, seguramente, una influencia variada (moral, científica o institucional) lo que hace decir que ellos pueden seguir condicionando las circunstancias del hecho concreto a las que se expusieron en la sentencia que contiene el precedente.

Es entonces cuando las “circunstancias” adquieren una motivación muy singular. No escapa de esta lectura fáctica ciertos “acomodamientos” contextuales provenientes de los tiempos que los tribunales transitan. Son muy diferentes y de variado registro, los fallos que “deben” seguir un proyecto político o económico; o bien, cuando los avatares del mercado influyen en la estimativa social de la que ningún tribunal puede mostrarse indiferente; tampoco pueden compararse los tiempos de normalidad institucional con los de transición; y menos aún, los desafíos de quienes enfrentan situaciones absolutamente impensadas en otras sociedades (v. gr., las emergencias del narcoterrorismo; la crisis económica, etcétera).

Todo tribunal sabe, además, que el desencanto, el escepticismo y una falta de credibilidad de la gente en el sistema de la justicia, de profundizarse (en el sentido de que esa misma gente termina por creer que en la justicia “puede suceder cualquier cosa” resquebraja la confianza en el régimen democrático.¹²⁴

¹²³ Voto del doctor Ghione de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en causa L. 33.261, recogido en los Acuerdos 38.225, B. 50.638, L. 45.685, L. 43.751, entre otros.

¹²⁴ Morello, Augusto Mario, “El sistema de la justicia constitucional, la Corte Suprema y el recurso extraordinario (esbozo de una teoría)”, *Doctrina Judicial, Argentina*, tomo 1992-1, p. 50.

Conocedores de la “praxis”, los fallos motivan sus seguimientos más que su calidad intrínseca del valor institucional que representan.

Lo cierto es que se acepta que las Cortes Superiores pueden sugerir un temperamento, y que esa lectura de los acontecimientos merece continuidad cuando se reitera y constituye lo que denominamos “jurisprudencia constante e inveterada”.

El seguimiento puede fundarse en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que componen el enjuiciamiento; sin perjuicio de otras actitudes menores, como evitar recursos inútiles, acelerar el trámite de la causa, etcétera.

Este tipo de actitudes de sometimiento pueden llamarse “morales”, esto es, seguir las directivas jurisprudenciales de la Corte Suprema, por una obligación ética basada en una presunción de verdad (motivación axiológica) y en razones de economía procesal (motivación práctica: impedir trámites recursivos que podrían ahorrarse).¹²⁵

En vez de ser influenciados por valores morales, la incidencia puede manifestarse a través del “deber institucional” de acomodar las reflexiones presentes con las efectuadas por los tribunales superiores en pronunciamientos firmes y reiterados.

En estos casos, no se priva a los magistrados inferiores de pronunciarse conforme a sus convicciones; simplemente se sugiere que existe una superioridad institucional que, a pesar de los inconvenientes de los sistemas de subordinación jerárquica, determinan una suerte de autoridad obligatoria.

En Argentina, por ejemplo, los tribunales inferiores deben aceptar obligatoriamente los temperamentos de sus cámaras de apelaciones cuando se ha fijado “doctrina plenaria”, pudiendo ser apercibidos si no receptan el mandato indicado.

La presencia institucional expone otro reflejo cuando se considera que el apartamiento inequívoco de los precedentes no tienen fundamentos suficientes o directamente éstos no existen, en cuyo caso, la desconsideración del inferior “importa perturbar el esquema institucional judicial”.¹²⁶

Cada una de estas ideas tiene ampliaciones y restricciones conforme sea el intérprete que las aplique.

La conciencia general es que los fallos de los órganos judiciales que la Constitución confía como supremos en la defensa de sus derechos, deberes y garantías deben ser aceptados, pero la solvencia del seguimiento debe ampararse en la buena imagen que tenga del tribunal, de cuyo contenido surgirá si el seguimiento es institucional, moral o científico.

¹²⁵ Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 188.

¹²⁶ *Cfr.*, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 212, p. 253, citado por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 189.

5) *El control de oficio de la constitucionalidad de las normas*

La necesidad del “caso” y la “petición de parte” han sido condicionantes para el control de constitucionalidad. Quizá, el temor a convertirse en legisladores del oficio judicial, como el posible desborde del poder en cuestiones que, aparentemente, quedarían fuera de su órbita, sirvieron para que numerosas legislaciones apoyaran la exclusión de los jueces de la revisión judicial cuando no existiera el pedido concreto de la parte interesada y fuese ésta propuesta en un “caso” concreto y no basado en la esperanza de obtener respuestas doctrinarias.

El “caso concreto”, es decir, la abstención de pronunciarse en cuestiones abstractas, o puramente académicas; tanto como la demanda oportuna y procedente, hieren la formulación del principio de la supremacía constitucional y de la prevalencia, sobre todos ellos, el de los derechos fundamentales del hombre.

Evidentemente, el problema debe afrontarse como una cuestión de sociología judicial,¹²⁷ donde cada uno de los poderes jurisdiccionales deben encontrar su cauce en los principios del derecho procesal constitucional.

Si bien es cierto que el argumento nuclear de la posición restrictiva se funda en la inadmisión de la ingerencia de un poder en el territorio de pertenencia ajena, a no ser que exista una impugnación alegada y probada en juicio; también lo es que los jueces deben velar por la supremacía constitucional, de manera que el silencio de las partes no le impide obrar en tal dirección porque preexiste un deber fundamental que razona las causas para las que fue discernido como representante del Estado en los conflictos de los hombres.

Observemos cómo operan cada una de las causas que apoyan una y otra posición.

La unidad de todo ordenamiento jurídico, obliga a determinar la prevalencia de las normas constitucionales por la simple razón de sistematizar un orden lógico de preferencias que hacen a la socialización del hombre viviendo en masa.

Inclusive, el hombre en soledad tiene también sus reglas, y la aparición de otro lo lleva a tener que concertar intereses prevalentes.

Esa dinámica habitual de los comportamientos advierte que no existen normas aisladas; ellas operan en la sistematicidad del derecho, donde las normas fundamentales indican una tésis en la que las inferiores han de armonizar para lograr un esquema apropiado de reglas de conducta.

La mera voluntad del hombre, en este sentido, no puede decidir cuál es la jerarquía de la norma por la que opta. Las voluntades colectivas son las que resuelven y, esencialmente, las hacen prevalecer la Constitución del Estado.

¹²⁷ Así lo propone Sagües, Néstor Pedro, “La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (un problema de sociología judicial)”, *La Ley*, Argentina, tomo 1981-A, p. 843.

Así, si el derecho es un sistema en el que las normas de menor jerarquía se nutren de las superiores, no se advierte cómo podría practicarse un corte horizontal del ordenamiento inmediatamente por debajo de la Constitución, de modo que, ante el silencio de las partes, los jueces resultaren aplicando el derecho de menor nivel, ignorando el de mayor jerarquía. De esta forma, en lugar de formularse la cuestión como referida a si puede declararse la inconstitucionalidad de leyes, decretos, etcétera, sin petición de parte, debería presentársela en términos de si pueden las partes obligar a los jueces a aplicar normas incompatibles con la Constitución.¹²⁸

Siendo el ordenamiento jurídico un todo inescindible, que se visualiza desde la atalaya de la norma fundamental, ningún tema de aplicación de normas puede sujetarse a las argumentaciones de las partes, porque se evade el compromiso con el principio *iura novit curia*, efectuando, al mismo tiempo, una renuncia expresa al deber jurisdiccional de fundar las sentencias en derecho.

Por tanto, así como la regla referida al *iura novit curia* obsta a que en dos casos iguales se apliquen normas distintas, así también impide que en un caso se desplace la norma inconstitucional por así haberlo pedido una parte mientras en otro caso idéntico dicha norma resulta aplicada por el mismo tribunal en función de no haberse argumentado su inconstitucionalidad.

La hipótesis rebasa el protagonismo académico, y obliga a responder otros resabios de oposición.

Se dice que el juez no puede apartar su pronunciamiento del marco propuesto por la demanda y su contestación. Sin embargo, cuando el juez declara inconstitucional una norma sin tener el planteamiento oportuno de las partes, no sentencia *extra petita*, ya que se atiende a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución, desde que, con la salvedad apuntada cuando referimos a la necesidad de establecer una casación como fórmula para la uniformidad jurisprudencial, el derecho —Constitución, inclusive— no es una cuestión que pueda no ser juzgada sin transgredir el derecho de defensa, pues la constitucionalidad o no de una norma no es imprevisible y no requiere debate previo.

Si las normas supremas de un Estado asientan en los predicados de sus leyes fundamentales, no sería lógico tolerar un desplazamiento de ellas por la ausencia de un requisito absolutamente formal. La Constitución está dentro del sistema, y no fuera del mismo; consecuentemente, toda sentencia debe asegurar el imperio de la supremacía, con independencia de la voluntad de las partes, sin perjuicio de las renunciaciones y demás comportamientos de los litigantes que, a su vez, tengan suficiente apoyo en la propia ley fundamental.

128 Voto del doctor Ghione, *op. cit.*, nota 123, considerando segundo.

Este argumento lo rebate la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —que apoya desde antaño la imposibilidad de revisar de oficio— cuando dice:

Si el litigante ha renunciado o renuncia a cuestionar la constitucionalidad de la norma que se aplicará para resolver su pretensión, no se justifica que el juez prescinda de dicha actitud y de oficio resuelva pronunciarse decretando una inconstitucionalidad que en su opinión afecta aquél precepto.¹²⁹

Así esbozados cada uno de los argumentos, creemos que existe posibilidad para que el juez aborde uno de los deberes de su oficio sin necesidad de contar con la petición expresa de las partes.

Los problemas que pertenecen al proceso refieren al ámbito de la *litis contestatio* y, siendo obligación del magistrado fallar con arreglo a las cuestiones deducidas, podrá o no controlar la constitucionalidad de la norma según se le haya o no acusado en los escritos postulatorios.

Pero como es el caso prever el posible error en el derecho invocado, el tribunal puede por la vía del *iura novit curia* desplazar el planteamiento de partes y sentenciar conforme al derecho que entienda correcto.

Los encuadres de derecho no son necesariamente señalamientos legales; puede ocurrir que un justiciable funde su acción en un título propietario, cuando lo único que tiene es un derecho posesorio: solución que fácilmente resolverá el intérprete del caso. En cambio, si la pretensión se funda sobre los derechos que una ley otorga y la contestación repugna por inconstitucional los alcances del precepto, es obvio que aquí la resolución versará según la mejor o menor calidad de la norma para decidir en el asunto traído. Pero si el demandado silencia el vicio ¿puede el juez consentir la omisión? ¿es ello, propiamente, una renuncia?

Nos parece que lo fundamental radica en el poder interpretativo del juez. Entre sus funciones jurisdiccionales se encuentra la de evitar el abuso del derecho, de tal modo que si considera que la norma de que se trate, sin eficacia vinculante para las partes por estar inficionada de legalidad, bien puede desaplicarla, aunque los propios interesados no lo hayan requerido.

El principio será que cuando los tribunales deban aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con las normas fundamentales (Constitución y Derechos Humanos), de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la ley los principios cardinales, los magistrados deben declarar inaplicable la ley cuestionada o no cuestionada. En cuanto a la renuncia, habría que identificar la naturaleza del conflicto.

¹²⁹ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *La Ley*, Argentina, tomo 147, p. 294.

No debe perderse de vista que el cometido de la función judicial es responder con justicia a las controversias de intereses que los particulares exponen; de modo que si la disputa versa sobre intereses disponibles nadie mejor que las partes para señalar el ambiente en el que quieren ventilar su problema; con lo que queremos decir que, si no hay críticas a la legalidad, la conformación puede ser intelegida como un consentimiento a la ley que rige el tema en particular, muy a pesar de la tacha de inconstitucionalidad que pueda el juez encontrar.

En cambio, si la controversia resuelve cuestiones de interés público, sería razonable afirmar que no es admisible la renuncia del titular al derecho consagrado por esa norma y, en consecuencia, el juez puede declarar de oficio la inconstitucionalidad del precepto que se le opone.

El matiz político que ilumina todo en este polémico tema tiene en los ordenamientos una concreción más restringida, desde que sólo atiende a la tutela jurisdiccional.

Por eso, cualquier atisbo de redimensión se acusa como “gobierno de los jueces”, precisamente por temor a que en el ejercicio de la anulación se introduzcan valoraciones de naturaleza política, o de análisis al poder discrecional del Parlamento.

De todas formas, la preocupación por evitar una interferencia del Poder Judicial en el territorio de los demás poderes o el desequilibrio que consecuentemente provocaría se diluye rápidamente al comprender que el pronunciamiento que tildó de inconstitucional una disposición, sólo ha efectuado un proceso de adaptación de la norma inferior a la superior, satisfaciendo un sentido político objetivo contenido por la ley fundamental.

Por eso, cuando el juez interpreta la norma, o más bien el ordenamiento constitucional en su conjunto debe equilibrar la vida interna de los preceptos (esto es, la voluntad y espíritu de las leyes) con la sociedad donde deban actuarse, teniendo en cuenta que la penetración de las ideas no tienen un patrón determinado y que los valores que reposan en las constituciones, lejos de ordenar un sistema de derechos esenciales, en realidad son el equilibrio actuante de una sociedad que necesita de sus jerarquías para convivir con orden y respeto.

6) Alcance y efectos de la norma declarada inconstitucional

El alcance y efecto de la sentencia de inconstitucionalidad tiene significativa importancia cuando se trata de una ley cuestionada.

Hemos observado que, en la sistemática prevista para la justicia constitucional, las actuaciones pueden ser específicas (tribunales constitucionales) o derivadas (jueces del sistema difuso), calidades que inciden para las posteriores consecuencias.

El “sistema americano” para el control difuso de la constitucionalidad de las leyes permite deducir la cuestión en forma incidental o prejudicial, y todo el ámbito controvertido encontrará sustanciación y sentencia en el caso concreto. De suyo, la resolución será útil para ese proceso y no extenderá sus efectos por la naturaleza procesal de la cosa juzgada.

Es verdad que la modalidad del *stare decisis* juega una realidad distorsionante, al provocar un “precedente” generalmente aceptado por los tribunales inferiores e inclusive por demás autoridades políticas y legislativas.¹³⁰

De todas formas, los ordenamientos circunscriben los efectos particulares del fallo con matices que perfilan adaptaciones reglamentarias a los modismos jurisdiccionales donde actúan.

Un primer sector, tutelado por Estados Unidos y su jurisprudencia, restringen el alcance de la sentencia al caso concreto, sin dar extensión ni proyecciones (a excepción de las que provoca el precedente) más allá de la controversia formal donde la cuestión fue planteada.

Adscriben, con recursos y vías específicas de acción, Argentina (recurso extraordinario de inconstitucionalidad), Brasil (recurso de inconstitucionalidad), y Chile (recurso de inaplicabilidad), entre otros.

Otra vertiente consagra la declaración genérica de inconstitucionalidad, aun cuando se manifiesta en posiciones diversas.

Una de estas facetas se encausa por la “acción popular de inconstitucionalidad”, cuyo origen corresponde a los ordenamientos de Colombia y Venezuela. En el primero, la Constitución de 1886 reformada en 1960 le confiaba a la Corte Suprema de Justicia la “guarda” de la integridad de la Constitución, a cuyo fin, entre otros cometidos, podía decidir definitivamente sobre la “exequibilidad” de los proyectos de ley que hubieran sido objeto de denuncia inconstitucional por el gobierno, o de toda otra ley o decreto dictado cuando fuese acusada su inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Sabemos ya que Colombia ha tornado al sistema concentrado, estableciendo en sus artículos 234 a 245 fundamentales, una verdadera jurisdicción constitucional.

Estas acciones populares, también se regulan en Panamá, El Salvador, Costa Rica, y Cuba.¹³¹

Sin reconocer el carácter de “acción popular”, varias provincias de la República Argentina, de estructura federativa, admiten la declaración general de inconstitucionalidad, promovida por quienes ostenten legitimación suficientemente hábil.

¹³⁰ Cfr., Vescovi, Enrique, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, p. 63.

¹³¹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 354.

Ahora bien, la dispersión de sistemas jurisdiccionales en los continentes, con sus particularidades prácticas corrientes, han originado serias resistencias en los organismos políticos, sobre todo, cuando aparecen los tribunales de garantías que tenían como modelo a la Corte Constitucional de Austria.

Dos corrientes abrieron la polémica sobre la naturaleza de estos cuerpos colegiados y, en particular, con relación a los efectos extensivos de sus resoluciones declarativas de inconstitucionalidad.

Carl Schmitt expresó el temor al gobierno de los jueces, obteniendo la réplica de procesalistas italianos quienes mantuvieron la naturaleza jurisdiccional del fallo en cuestión.

De todos modos el debate no fue suficiente, ni tuvo lucimientos particulares. Es más, autores de la talla de Kelsen insinuaron que la sentencia era, en los hechos, un acto legislativo de carácter negativo,¹³² o Calamadreí, manifestando la función “paralegislativa” de los Tribunales Constitucionales, como de algunos más que entendieron que actuaba una función constitucional autónoma.¹³³

Más allá de esta importante cuestión, conviene detener la atención en un fenómeno distinto: ¿es conveniente declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma?

Las críticas que se hacen a la respuesta afirmativa se defienden en circunstancias tales como: a) el juez que declara inaplicable una norma, de hecho, la deroga como si fuese un legislador; b) al asumir la función judicial un rol inoperante por su condición nata (imparcial e independiente) ingresa en el mundo político y en sus complicados intersticios;¹³⁴ c) la tarea legislativa pierde consistencia y la sociedad desconfiaría de la utilidad parlamentaria; d) la jurisdicción, encontraría permanentemente en crisis el habitual estudio de los hechos para dedicarse al análisis normativo.

Estas oposiciones no tienen actualidad, sobre todo a fines del siglo que transcurrimos, cuando la teoría de Montesquieu se ha desarrollado plenamente, y nadie discute hoy, con argumentación fundamentada y razonable, que la función jurisdiccional es de equilibrio y contrapeso, a cuyo fin, no sólo controla la constitucionalidad de las leyes, sino también fiscaliza la legalidad de los actos de gobierno y demás dependencias administrativas.

Pero la política de legislar por los jueces no es cierta, y se confunde en gran medida con el “activismo judicial”, que parte del gran poder institucional de la magistratura que se traduce en una gran libertad para seleccionar las

132 Cfr., Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, p. 282.

133 Cfr., por todos, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 361.

134 Cfr., Sagtes, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 156 y ss.

disposiciones constitucionales aplicables que, mediante conformación y adecuación, dan legitimidad a las normas que se interpretan.

Tampoco se legisla cuando el orden jurídico se integra con los principios axiológicos superiores establecidos en las cartas fundamentales.¹³⁵

En síntesis, la declaración genérica (efectos *erga omnes*) simplifica una problemática procesal, resuelve definitivamente la crisis constitucional y reviste armónicamente la plenitud del orden jurídico nacional y transnacional.

Los aspectos procesales son bien claros. Una sentencia para el caso concreto no reviste utilidad para quien afronta idéntica circunstancia, obligando a prestar atención a mecanismos adjetivos, solemnes y rituales (deducción en el expediente, en tiempo y forma, con presencia de agravio constitucional, legitimación suficiente y actualidad del perjuicio, entre otros recaudos de admisibilidad), con el consiguiente fracaso de la supremacía que debe priorizar la función del juez.

Qué agregar respecto a quienes no tienen “acceso a la justicia”, por cuestiones puramente culturales o de pobreza; para ellos la norma estaría vigente, e inaplicable para quienes pueden “pagar” los beneficios del apartamiento.

Si el ideal pretende igualar hacia arriba, como un principio ético para una justicia digna; resolver sobre bases procesales no es respuesta adecuada, porque se despoja el criterio máximo de la superlegalidad fundamental para hacerla reposar en un sofisma inútil como es el efecto singular de la cosa juzgada.

Agrega Fix-Zamudio

Como si lo anterior no fuese bastante, además existen razones de carácter operativo que nos llevan a la conveniencia e inclusive a la necesidad de la declaración general de inconstitucionalidad, si tomamos en cuenta que el proceso moderno se caracteriza como un fenómeno social de masas lo que significa que los tribunales se encuentran sumamente recargados de asuntos judiciales, debido a la creciente complejidad de las relaciones jurídicas en el mundo contemporáneo, de manera que si utilizamos el sistema de impugnación de las leyes inconstitucionales por vía incidental y prejudicial, en juicios concretos, con mayor razón en los países iberoamericanos, en los cuales no existe la fuerza del precedente, o *stare decisis*, de los ordenamientos angloamericanos; el enorme retraso en resolver una por una las cuestiones de inconstitucionalidad produce la inoperancia del sistema, ya que los tribunales o las Cortes Supremas, éstas últimas abrumadas por sus labores casacionistas, tienen que postergar su función de control de la constitucionalidad.¹³⁶

135 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 365.

136 *Ibidem*, p. 370.