



Control de Constitucionalidad

Por Juan Sebastián De Stefano

Abogado, UBA.
director@urbeetius.org
[@sebadestefano](https://twitter.com/sebadestefano)



Si bien la filosofía política no es unánime en cuanto a la determinación del momento en el cual surge el Estado moderno, hay una suerte de consenso en que éste surge a partir del contractualismo de Tomás Hobbes¹. Sin embargo, la teoría hobbesiana puede ser calificada como una gran ficción: desde un estado de naturaleza no demostrado hasta la supuesta firma de un contrato que compromete a toda la sociedad. Incluso, tal vez lo más interesante sea que el modelo de Estado que este autor propone jamás fue llevado a la práctica, esto quizás se deba a que es profundamente contradictorio. Hobbes propone una monarquía, pero no una por derecho divino como éstas lo son, sino una monarquía democrática; un monarca elegido por hombres libres e iguales.

Empero, pese a carácter meramente filosófico de la teoría hobbesiana, la idea del contrato social como instrumento legitimador del Estado tuvo una interesante evolución e impresionante aceptación social; de hecho, los derechos fundamentales y el tipo de organización política que presenta la Constitución de los Estados Unidos de América (de la cual descende nuestra Constitución Nacional) hallan su fuente en el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* de John Locke que profundiza la teoría contractualista de Hobbes. Y es que es esta corriente de pensamiento la que afirma la libertad y la igualdad entre los hombres en el campo político. La que deja de lado la vieja idea del poder ejercido por voluntad divina y lo pone en las manos de los seres humanos libres e iguales.

1. GARCÍA RAGGIO, A., *La dinámica de los derechos en el pensamiento político moderno*, Buenos Aires: Eudeba, 2000, p. 17.

La positivización de derechos fundamentales y la configuración de una organización política a partir de "nosotros el pueblo" (*we the people*) en la Constitución de los Estados Unidos, o "nos los representantes del pueblo" en nuestra Constitución Nacional denota claramente la influencia de las teorías contractualistas en la conformación de los Estados constitucionales. Desde esta óptica una Constitución no es solamente un instrumento jurídico, su esencia va más allá de la norma fundamental kelseniana. La Constitución es un contrato político, es un contrato social; de aquí deriva su importancia y por ello es fundamental su protección a través de lo que conocemos como el *control de constitucionalidad*; ya que sin esto, "todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serían letra muerta"².

En *El Federalista LXXVIII* Alexander Hamilton toma esta idea de la Constitución como un contrato que establece los límites de actuación de las autoridades en él establecidas. Para ser más claros, trata a la Constitución como un contrato de mandato en el que el pueblo es el mandante que, a través de la Constitución, constituye a las autoridades públicas como mandatarios. Así nos dice: "no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que los hombres que actúan en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben"³.

El voto del Juez John Marshall en el histórico fallo "Marbury v. Madison"⁴ parte de esta idea y resalta que:

"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución en nula".

La doctrina de "Marbury v. Madison" surge de aquí: las Constituciones no son un intento fallido de controlar un poder incontrolable; las Constituciones son el instrumento que el pueblo utiliza para constituir el poder público, que se limita y controla a sí mismo constantemente (sistema frenos y contrapesos) dentro de los límites que el pueblo estableció en la Constitución. Por eso es que Marshall —utilizando el mismo argumento que Hamilton en *El Federalista LXXVIII*— pone el control de constitucionalidad en cabeza de los jueces; el fundamento viene dado por dos motivos: uno es que son los jueces los que deciden si aplicar, o no, una ley determinada; el segundo es que el Poder Judicial no tiene injerencia en la determinación de las políticas públicas como sí la tienen el Poder Legislativo y el Ejecutivo, el Poder Judicial sólo resuelve casos concretos, por eso —dice— es el más débil de los poderes. Que sean los jueces los intérpretes de la Constitución no significa una amenaza al sistema político en ella establecido.

Sin embargo, el judicial no es el único tipo de control de constitucionalidad; incluso ni siquiera es el primero ya que con anterioridad existió el llamado control político⁵. Podemos realizar tres clasificaciones con respecto a: 1) quién ejerce el control; 2) en qué momento; y 3) de qué forma y con qué efecto. Por supuesto debemos tener en claro que ésta no es la única clasificación posible, ni necesariamente la mejor de todas las que puedan hacerse. Como toda clasificación tiene una finalidad más pedagógica que teórica, es más para ordenar el pensamiento que para elaborar grandes teorías.

En cuanto a quien ejerce el control, podemos clasificarlo en político y judicial; con respecto a cuándo se lo ejerce, puede ser *ex ante* o *ex post* tomando como punto de referencia la sanción de la norma cuya constitucionalidad se analiza; y en cuanto a la forma en que se lo ejerce y los efectos que tiene lo podemos clasificar en concentrado, con efectos *erga omnes*, y difuso, con efectos *inter partes* y sólo para el caso concreto.

"El control político consiste en asignar a un órgano de naturaleza política, ya sea ordinario o extraordinario, la función de velar por la supremacía de la Constitución. En cambio, en el sistema de control judicial esa función le corresponde a un organismo jurisdiccional común o específico"⁶. En el control político, el primer control de constitucionalidad siempre lo hacen los legisladores al momento de debatir los proyectos de ley, y en segunda instancia el Poder ejecutivo puede ejercerlo mediante el veto; sin embargo, también pueden crearse órganos políticos específicos que dentro del parlamento o la administración realicen este control. En el control judicial, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma cualquier juez de cualquier fuero; puede haber un fuero con competencia especial; o, incluso, un solo tribunal especial (es el caso de los tribunales constitucionales).

2. HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 331.

3. HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., op. cit., p. 332.

4. S.C.EE.UU. 24.2.1803

5. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley, 2006, t. I, p. 288.

6. BADENI, G., op cit., t. I, p. 287.

En cuanto al momento en que se ejerce el control puede ser antes de que la norma entre en vigencia o después de que lo haga. El control político se caracteriza porque se lo realiza *ex ante*; el control judicial, en cambio, puede ser *ex ante* en el caso del control concentrado o *ex post* en el control difuso.

La división entre control concentrado y difuso se da en el caso del control judicial. Es concentrado cuando es un solo órgano jurisdiccional el que puede realizar el control, es el caso de los tribunales constitucionales. En cambio, es difuso cuando el control está en cabeza de cualquier juez de cualquier fuero o, de cualquier juez de un fuero especial. Esta clasificación trae aparejada una diferencia en cuanto a los efectos que va a tener la decisión jurisdiccional: en el control concentrado la decisión va a tener efectos *erga omnes*. Pero en el control difuso los efectos van a ser *inter partes* y sólo para el caso concreto; esto tiene una explicación lógica: Supongamos que en un sistema de control difuso dos jueces tienen que pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma "N", el juez "A" decide que "N" es constitucional; pero el juez "B" decide que es inconstitucional. Si los efectos de estas decisiones fuesen *erga omnes* no sabríamos si aplicar "N" o "no-N". Este es el gran problema de los procesos colectivos en sistemas de control de constitucionalidad difuso como es el nuestro. Por eso, vale la pena mencionar una interesante solución al problema que se planteó en el Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de la Nación, que elaboró la Comisión Redactora presidida por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci; que luego fue eliminada por el Poder ejecutivo Nacional al momento de presentar el Proyecto en el Congreso. El Anteproyecto preveía la posibilidad de realizar procesos colectivos en caso de derechos individuales homogéneos y que las sentencias tuvieran efectos *erga omnes*, pero lo más interesante es que preveía que ante la posibilidad de sentencias contradictorias sólo tendrían efecto *erga omnes* aquellas en las que no se rechazara la demanda (artículo 1748 del Anteproyecto).

En nuestro país, si bien no se deja de lado el control político que pueda hacer el Poder Legislativo o el Ejecutivo antes de sancionar la norma, los últimos intérpretes de la Constitución son los jueces y es a ellos a quienes les cabe realizar el control de constitucionalidad, ¿qué jueces? Todos. Tenemos, por tanto, un sistema de control judicial, *ex post*, difuso y con efectos *inter partes* sólo para el caso concreto. Empero, como nuestra Constitución adopta el sistema federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la posibilidad de dictar sus propias Constituciones locales y establecer distintos sistemas de control para sus Constituciones. Así es que en la Ciudad de Buenos Aires existe un tipo de control de constitucionalidad particular que vale la pena mencionar puesto que no cuaja en la clasificación que anteriormente dimos.

Nos referimos a la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (conocida como ADI) que prevé la Constitución de la Ciudad como mecanismo de participación ciudadana. Este es un tipo de control político puesto que su objetivo es la participación política ciudadana, pero que es ejercido por el poder judicial. Es concentrado, pues lo ejerce el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad pero sólo a pedido de parte. La parte no necesita tener una afectación de derechos para pedir la declaración de inconstitucionalidad puesto que es un control abstracto, por lo que la decisión tiene efectos *erga omnes*; y el control es *ex post*.

Como surge fácilmente a la vista, las Constituciones tienen una función social y política cuya complejidad excede lo jurídico aún cuando se plantee la defensa de su vigencia desde el campo del Derecho; por eso, debemos investigar y estudiar el Derecho Procesal Constitucional sin perder de vista esta complejidad, ni la verdadera importancia que las Constituciones tienen. ■

