

## “EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”

*Por Juan Sebastián De Stefano*

El control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas. Este sistema, contemplado en el ámbito federal, por la Constitución Nacional y la ley 48, posee diversos sistemas de aplicación en el derecho comparado.-

Por un lado encontramos el control "político", en donde el contralor lo realiza directa o indirectamente el Poder Legislativo y/o el Poder Ejecutivo (vgr. Consejo Constitucional de Francia, establecido en 1958). Por el otro, encontramos el control "judicial", en el que la atribución descansa en los miembros del Poder Judicial; dentro de éste sistema hallamos el "control judicial específico o concentrado", donde el control es ejercido por un órgano especializado en temas constitucionales o el "control judicial difuso", en el cual es atribución de la magistratura en general, independientemente de su fuero o jurisdicción.

Esta distinción de sistemas es trascendente para comprender la atribución indelegable que poseen los magistrados. Bien establecía Thomas Cooley<sup>1</sup> en "Principios generales del derecho constitucional en los Estados Unidos de América" que *"No es por leve suposición ni por una vaga conjetura que pueda declararse que la legislatura ha transgredido sus atribuciones y que sus leyes deben considerarse como nulas"*.

J. Habermas, en su obra "Facticidad y Validez", nos transmite un criterio interpretativo acerca de la materia, así nos dice que *"...en la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho*

*se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel pragmático de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuesta por la necesidad fáctica de regulación"<sup>2</sup>. Esta posición está avalada por Francisco Laporta en "Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica" al afirmar que "...tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos (...) por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar normas ha de estar constreñida por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida"<sup>3</sup>.*

Analizando hasta aquí el "control de constitucionalidad", vale distinguir y comparar entre "control previo o a priori" y "control sucesivo o a posteriori". En este sentido, siguiendo con el criterio del Dr. Frank Moderne, indicamos que el control previo, es decir, realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, no es un control jurídico sino político, por lo que sería un control más de tipo consultivo.

La idea reseñada en el párrafo anterior proviene de que este control se ejerce inmediatamente después de la aprobación de la ley y, por ende, cuando la polémica aún está instalada en la sociedad. En este aspecto es útil la enseñanza del jurista mexicano José Ramón Cossío<sup>4</sup> en su análisis "Gobiernos divididos y Control de Constitucionalidad" publicado en Noviembre de 2000, cuando indica que al ser la pluralidad política uno de los signos de nuestro tiempo, ésta habrá de traducirse en la creciente fragmentación de los órganos del Estado.

Esta conclusión trae consecuencias políticas, jurídicas y sociales que no se pueden desconocer. En primer lugar se actualiza una mayor cantidad de conflictos entre órganos de un mismo orden normativo; segundo, se requieren formas más complejas para entender los potenciales conflictos o acuerdos entre los órganos de un mismo orden jurídico; tercero, se suscitan más conflictos entre diversos órganos jurídicos o entre los órganos de ellos; y cuarto, se requiere de mejores estudios para llegar a la comprensión de los acuerdos necesarios para que diversos órdenes jurídicos puedan arribar a cierto tipo de alianza.

Por ende, ante la realidad política en la que estamos ante gobiernos divididos, es decir con poderes ejecutivos en manos de un partido político y los poderes legislativos, en manos de otros, el orden jurídico se ha vuelto altamente complejo y sofisticado en materia de constitucionalidad, puesto que el pluralismo político permite la actualización de muchos de los mecanismos, lo que motiva que consideremos que estamos en presencia de un modelo de democracia constitucional y no meramente representativa. En conclusión, los arreglos políticos y acuerdos entre los partidos políticos, los legisladores y los miembros del Poder Ejecutivo, deberán ser fundamentales y mantenerse de modo consistente, pues de no ser así existe la posibilidad de que cualquiera pueda realizar un planteo de constitucionalidad de una norma y dejar en manos del Poder Legislativo el arreglo de las diferencias.

Ahora bien, continuando con el análisis del control preventivo de constitucionalidad, podemos distinguir tres modelos:

a) **MODELO DE CONTROL PREVIO ÚNICO:** El control a priori como único sistema de control de constitucionalidad que existe, es decir, que el control previo es único. En este caso el sistema ha sido creado, fundamentalmente, para controlar al Parlamento antes que para proteger la constitución, o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es el sistema que prevé la Constitución Francesa.

b) **MODELO MIXTO:** El control a priori se acumula a los recursos a posteriori, es decir, aceptan al control previo al lado del control sucesivo y difuso. Ejemplo de ello tenemos en Portugal, Birmania, Hungría, Bulgaria, el art. 82 de la Constitución de Chile cuando establece que "...son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. *Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución;* 2. *Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...*", los arts. 266, 267 y 272 de la Constitución de Guatemala, etc.

c) **MODELO RESIDUAL:** El control previo existe de manera muy excepcional, como en el caso el art. 161 inciso 2º de la Constitución española o Italia en los arts. 134 ("El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones..."), 138 y siguientes de la Constitución.

En el orden de ideas antes expuesto, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé un doble sistema de "control de constitucionalidad". Por un lado, el previsto por el art. 14 de la Carta magna local que establece un control judicial difuso donde se exige la existencia de una controversia previa para expedirse y cuya declaración de inconstitucionalidad produce efectos "inter partes". Por el otro, el previsto por el inciso 2º del art. 113 de la Ley Fundamental de la Ciudad que establece un control judicial concentrado que en forma preventiva, abstracta, faculta al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos "erga omnes".

Este último sistema es el que podría generar mayores controversias doctrinarias, fundamentalmente, al dotar a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la posibilidad de "reexaminar" la norma declarada inconstitucional.

No es casual, puesto que el status jurídico de la Ciudad, otorgado por la Constitución Nacional en la reforma de 1994, implica un sistema novedoso en nuestra realidad jurídica, política e histórica. Esta novedad implica la construcción de instituciones novedosas, sin apartarse de las previsiones constitucionales, lo cual siempre genera "resistencia al cambio".

Aquella posibilidad de "reexaminar" implica el reconocimiento del carácter político de la Legislatura, lo

cual constituye un aspecto indiscutible así como definitorio de su rol institucional, aunque es necesario, debe conformar todo su accionar a las normas de la CCABA, incluyendo las normas de procedimiento, tal la que resulta objeto de análisis. En esta inteligencia es que el art. 113, inciso 2º, establece, de manera indirecta, una doble competencia del Tribunal Superior de Justicia, "contenciosa" por un lado y "consultiva" por el otro, y es en esta última que debe interpretarse el análisis del control concentrado que analizaremos. Y es en reconocimiento de esta capacidad que citaremos ad infra el voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor en autos "Mill de Pereyra" de fecha 27 de septiembre de 2001.

El análisis realizado hasta ahora resultaría simplista y falaz en su contenido si no se analizan "in totum" las previsiones del citado inciso 2º del art. 113, porque luego de fijar la posibilidad del "reexamen", indica que se requiere una mayoría especial para insistir con una LEY declarada inconstitucional, vale aclarar que este mecanismo está contemplado sólo para las leyes dictadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires", y, fundamentalmente, en el hecho de que esta ratificación no inhibe de continuar ejerciendo, al PJ, el control difuso.

Cabe entonces realizar un triple análisis de las peculiaridades que goza este sistema de "reexamen".

En primer lugar, el texto constitucional es claro cuando indica que el "sistema concentrado" es aplicable *"...contra la validez de leyes decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución...salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique..."*. Es decir que el constituyente limitó esta posibilidad a la ley en sentido formal, no a la ley en sentido material, cuestión que no puede soslayarse al realizar cualquier crítica a este régimen.

Es necesario, en este tópico, analizar que el Poder Estatal es uno sólo dividido en tres órganos y que cada uno de los cuales goza de atribuciones exclusivas y otras compartidas. En ese entendimiento no se puede desconocer que la competencia legislativa reside primariamente en el Poder Legislativo, si bien los otros dos poderes pueden hacerlo en el marco exclusivo de su jurisdicción o en el supuesto de cuestiones delegadas o cuya premura impida el dictado de una ley, por lo que no se le podría dar a otro poder, en este caso el Judicial, la facultad de legislar y derogar "erga omnes" una norma que hubiese cumplimentado la totalidad de los mecanismos constitucionales previstos para su dictado. Así no podría nunca ser, el máximo Tribunal, quien fije la política legislativa del Estado, salvo la posibilidad de que el Poder Legislativo consienta tácita o expresamente la declaración de inconstitucionalidad, más allá de poder realizar "a posteriori" un análisis crítico de la norma de acuerdo al caso concreto que arribe a su estudio. En concordancia con este criterio de que es el Poder Legislativo de la Ciudad el único con capacidad de fijar una política legislativa es que el constituyente le fijó un plazo razonable de tres meses para que ratifique o rectifique si la norma declarada es inconstitucional o no.

En concordancia con lo expuesto, es dable citar al Dr. Gerardo A. Durango Álvarez en "Democracia y Estado constitucional de Derecho: relación "tensional" el juez y el legislador (democracia constitucional)", en el sen-

tido que *"...la administración y el parlamento han de recibir competencia para la producción normativa, por medio del procedimiento democrático que les faculta para actuar conforme a la manifestación derivada del poder comunicativo de los ciudadanos. Se busca con las normas de fundamentación y aplicación, una justicia independiente que interprete el derecho vigente, garantizar la seguridad jurídica y la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales..."*.

En segundo lugar, el texto exige una mayoría especial de dos tercios de los miembros presentes para ratificar la norma impugnada. Esta previsión, de ninguna manera, puede ignorarse ni reducirse a una formalidad. Se exige una MAYORÍA ESPECIAL. Es sabido, y así también lo interpretaron los constituyentes nacionales que ciertos temas trascendentes requieren diferentes mayorías legislativas para su tratamiento. En este orden de ideas es dable señalar, en concordancia con lo analizado en el párrafo anterior, que para ratificar una norma que fuere declarada inconstitucional se exige de un acuerdo de voluntades de varias fuerzas políticas que representan al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, con lo cual, vale reiterar, se refuerza la idea fuerza de que es el Pueblo, y por representación el Poder Legislativo quien fija las políticas legislativas, las cuales hacen a políticas de Estado y a la facultad del Gobierno de gobernar y administrar la cosa pública. Está claro que lo que se intenta con esto es evitar el "gobierno de los jueces".

En tercer lugar, nos dice que *"...La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior"*. Es innegable que al fijar este criterio la propia Constitución no limita al PJ la posibilidad de analizar acerca de la concordancia de una ley con la Constitución de la Ciudad o con la Constitución Nacional, más bien, el mismo continúa con las mismas atribuciones y prerrogativas conferidas por el art. 14, ser el "interprete final de la Constitución"; entonces podrá, ante un caso concreto, tal el criterio del Gobierno Federal, expedirse acerca de la vigencia "inter partes" de una norma.

Así, también es dable enunciar que el artículo 161 inciso 2º de la Constitución Española prevé un sistema análogo al nuestro cuando establece que *"El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses"*.

En síntesis: para que una norma, en sentido abstracto, sea declarada inconstitucional y cuyo efecto sea aplicable "erga omnes" debe cumplirse con diversos controles, el judicial y el político previo y posterior, para evitar, como dijimos previamente, el "gobierno de los jueces".

Es importante señalar en idéntico sentido, ratificando el carácter consultivo del Alto Tribunal de la Ciudad, haciendo aplicación supletoria al voto del Dr. Moliné en los autos "Mill de Pereyra", que las normas decla-

radas inconstitucionales tienen su origen el Poder Legislativo y son producto de una actuación que se presume regular, y constituiría una "anomalía" que un individuo o un grupo adoptaran decisiones contrarias a los actos del Poder Legislativo que representan la voluntad popular. Señala, asimismo, que los derechos de los habitantes son preexistentes a la Constitución y constituyen una zona de reserva en la cual el individuo decide, inclusive, cuando y cómo los ejerce, reflejándose ello adecuadamente en el sistema de control de constitucionalidad; dicha zona de reserva, así como no pueden ingresar los poderes políticos, tampoco lo puede hacer el Poder Judicial.

En consecuencia, según el voto precitado, no es correcto invocar el principio *iura novit curia*, pues supone que el magistrado aplica la legislación vigente con prescindencia de su invocación por la parte, mientras que cuando controla la constitucionalidad de carácter "abstracto", abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez.

Es cierto que una cuestión jurídicamente innovadora genera inquietudes, recelos y dudas a una parte de la comunidad, pero no podría nunca olvidarse que es el Poder Legislativo, en última instancia, quien debe fijar las Políticas de Estado y los Jueces quienes deben proteger y amparar los derechos de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto y nunca a la inversa.

## Notas

---

1. Citado en Guillermo A. F. López, "El control de constitucionalidad de oficio", *La Ley*, num. 207, 28 de Octubre de 2002
2. Habermas, J, "Facticidad y validez", Trotta, 1998
3. Laporta, Francisco, "Imperio de la Ley y seguridad jurídica" en Elías Díaz y José Luis Colomer, "Estado, Justicia, Derechos", Alianza, 2000.-
4. Cossio, José Ramón, "Gobiernos divididos y control de constitucionalidad", *Este País*, num. 116, Noviembre de 2002