

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*. Prólogo de Néstor P. Sagüés. Abaco, Buenos Aires 1992, 533 páginas.

El libro aborda un tema nuclear de todo ordenamiento jurídico: la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad de las normas como medio para imponerla. Con razón destaca el prologuista que la temática impacta en el todo el universo jurídico porque pone en juego la suerte de las normas de cualquier sector del Derecho (p. 12).

El estudio se concentra, salvo contadas referencias a otros sistemas de derecho, en el control de constitucionalidad de tipo difuso, abordando la experiencia judicial estadounidense y argentina, de similares características. El libro es un contrapunto, en general concordante, entre ambos sistemas jurisprudenciales de control.

Tras los cinco capítulos que se glosarán seguidamente, cierran el volumen una amplia bibliografía y un extenso índice de fallos, que reflejan la exhaustividad del trabajo y el marco predominantemente jurisprudencial en que se mueve la obra.

El autor presenta un libro profundo y de agradable lectura. Se observa en Bianchi un amplio conocimiento del Derecho constitucional americano y argentino: va conjugando con la falsilla del control de constitucionalidad sentencias y doctrinas, *excursus* y digresiones. Al discurrir sus páginas se introducirá el lector en la dinámica judicial de dos Constituciones más que centenarias, probadas en el contacto con innumerables situaciones litigiosas.

El Capítulo I se extiende en las ideas principales sobre las que se sustenta el control de constitucionalidad, e indaga su génesis en los *leading cases* que en el derecho judicial fueron fundando esta institución que resume con cita de *El Federalista*: "Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido... Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces" (p. 63).

El autor considera al principio de supremacía constitucional de básica lógica jurídica: siendo la constitución la ley suprema, el resto del ordenamiento debe acomodarse a ella, porque el ordenamiento debe tener cierta jerarquía en un Derecho moderno –doctrina que no considera privativa de determinada postura iusfilosófica– (pp. 23-32). Para Bianchi Estado de Derecho es sinónimo a Estado Controlado. Ve en el control de constitucionalidad una de las formas de ese contralor (p. 28), en concreto la que posibilita la realización efectiva de la supremacía constitucional, que estima vital: "¿Qué es lo que más interesa de una ley? Evidentemente, que se aplique. Pues lo mismo ocurre, pero en mayor medida, con la Constitución" (p. 26). Quizá en esto el profesor de Buenos Aires incurra en cierto formalismo. Le preocupa que la ley sea efectiva y parece centrar allí lo más importante y fundamental del Derecho, destacando la trascendencia del control de constitucionalidad como medio realizador de tal necesidad a nivel de la constitución. De este modo se funda insuficientemente la importancia del control. Conviene garantizar la supremacía constitucional no por una exigencia de pura lógica jurídica: es prioritario que una constitución se aplique puesto que se supone que contiene postulados básicos de justicia e interesa –es el fin del Derecho– que ellos sean efectivos socialmente. El Derecho debe ser efectivo porque preserva o introduce un ordenamiento justo en la sociedad. De lo contrario, se podría controlar para mantener la supremacía de una constitución de contenido injusto. Aunque repugne un poco a nuestra mentalidad democrático-constitucional, lo cierto es que –al menos por vía de hipótesis– es posible una constitución que tenga un contenido gravemente injurioso de la persona humana, y en ese caso no es buena su efectividad mediante el control de constitucionalidad. La tiranía, en último término, es la imposición de cierto orden con un férreo control. Por tanto, parece que el gran aporte de técnica jurídica que ha supuesto la introducción del concepto de *constitución* para el derecho moderno no es tener una norma suprema auto-justificada, sino que limite al poder. De este modo, los derechos y libertades fundamentales anteriores a la constitución y los valores jurídicos y políticos decantados al fragor de milenios –más los instrumentos técnicos que los hacen efectivos: garantías, en la parte dogmática y frenos y contrapesos, en la parte orgánica– pueden ser una realidad. No hay que caer en la tautología de pensar que la constitución es *Magna* por estar en la cúspide controlando los segmentos inferiores del ordenamiento, sino que está en una posición superior porque son *magno*s los contenidos de justicia que intenta plasmar. Probablemente este discurso lo suscribiría totalmente el autor, pero en el texto parece encontrar una fundamentación de la supremacía en argumentos solamente lógicos, socio-lógicos y pragmáticos.

De la idea anterior –interesa que la constitución se aplique– surge la tesis que postula Bianchi de la prioridad en importancia del control de constitucionalidad sobre el resto del Derecho constitucional (p. 26), lamentándose de que sea una de sus partes más controvertidas y desconocidas (p. 31). Aboga por una nueva disciplina que ha ido cobrando cierta autonomía pedagógica: el derecho procesal de la Constitución o Derecho Procesal Constitucional, con el control de constitucionalidad como núcleo (p. 92). Funda la idea en que ciertos institutos, que antes estaban separados, deben estudiarse en íntima conexión porque son los instrumentos que permiten aplicar el Derecho constitucional en la vida del foro. Por el interés que despierta en España y en los derechos comparado e internacional convencional la tutela de los derechos humanos –uno de cuyos principales modos es la tutela judicial– la relevancia de esta rama no puede menos que ir en ascenso. De todos modos, el autor relativiza la autonomía de ese Derecho Procesal Constitucional, partiendo de que el Derecho es uno solo y de que debe separárselo en ramas únicamente por necesidades prácticas. Para él forzar demasiado la autonomía de cualquier sector del Derecho lleva a consecuencias indeseadas (pp. 92-93, nota 23).

En el Capítulo II (pp. 84-123) Bianchi aborda dos importantes problemas de fundamentación del control de constitucionalidad de tipo americano: la misma existencia de una jurisdicción constitucional, y la legitimidad jurídica y democrática de tal contralor en manos judiciales. La respuesta a estos problemas es de gran interés en ambos países, ya que la Constitución no prevé que los tribunales tengan una jurisdicción constitucional. De todos modos, una de esas preguntas es importante para la filosofía política en todo lugar, más allá de previsiones constitucionales: ¿por qué un poder del Estado cuyos miembros no son elegidos democráticamente puede controlar los actos de los dos poderes de raigambre democrática? Bianchi pasa revista al debate sobre el tema (pp. 99-105), para decantarse, en cuanto a la existencia, por la idea de que dicho poder implícito existe y ha sido ejercido por 140 años en Argentina y casi 200 en Estados Unidos. Encuentra legitimidad en el control judicial, apoyando su tesis con sólidas e interesantes argumentaciones: decide un grupo pequeño e irrepresentativo porque un poder mayoritario (el Congreso) los ha colocado allí; extremando la idea de la antidemocracia judicial sólo el Parlamento podría autocontrolarse; no es más democrático de por sí un Tribunal Constitucional que una Corte Suprema de tipo americano –todos los sistemas son válidos si se salva que es de la esencia del Poder Judicial controlar la validez de las normas y no ser un aplicador mecánico de la ley– (pp. 105-7). Refuerza el fundamento del control judicial sobre los poderes políticos apelando a la moderna doctrina

americana de que la Corte no sólo debe ser guardiana de los derechos constitucionales, sino también del proceso político democrático (p. 111).

Postula que en su esfera la Corte cogobierna con los otros poderes: "los jueces tienen poder político; ...no sólo dicen el derecho que la ley ha creado, sino también, en ciertas circunstancias, lo crean. Y más aún, ejercen, en ocasiones, poder constituyente" (p. 115). Para sostener esto analiza sentencias de ambas Cortes Supremas (casos "callejón", *hard cases*, que siembran muchas dudas luego de dictados), donde la decisión —aunque jurídicamente argumentada, de grandes consecuencias políticas— favoreció al gobierno. Luego concluye: "La Corte Suprema no debe ser ni opositora al gobierno ni rendirse ante todas sus exigencias. Sabiamente decía Jefferson que la Corte debe ser independiente del gobierno, pero no de la Nación. Y éste es el delicado equilibrio que le toca encontrar" (p. 123). El análisis de Bianchi ante el difícil problema de la motivación política de las sentencias de un alto tribunal es realista y moderado. El equilibrio que intenta y los razonamientos que aduce son saludables para una Corte Suprema como la argentina, que en general históricamente ha ido acompañando el proceso político desde sus decisorios. Actualmente, con una política de fuerte transformación comandada por el Presidente y con apoyo del Congreso, la Corte en algunas delicadísimas decisiones ha optado por un principio que creo se podría denominar *in dubio, pro transformatione*, englobable en lo que llamaría *in dubio, pro gobernatore*: en la duda sobre la constitucionalidad, optar por lo que el poder político haya decidido, porque él es el mandatario popular y no el Poder Judicial. La duda y la elección son legítimas, pero a veces provoca rechazos en fallos donde la justificación jurídica de la decisión genera dudas y parecen saltados los cánones jurídicos, al menos asépticamente considerados. Sin caer en el angelismo jurídico de pretender una Corte absolutamente técnica y ciega a toda consideración de prudencia arquitectónica, parece que un tribunal de justicia, y especialmente en su más alta instancia, debe ser muy cauto y no ingresar ni de lejos en decisiones que puedan denotar una opción por determinada bandería. De todos modos, el deslinde no es fácil.

El Capítulo III (pp. 125-280) desarrolla comparativamente las reglas que se han establecido jurisprudencialmente para el control de constitucionalidad en ambos países. El autor expone con claridad las diversas reglas clásicas, marcando en ciertos casos sus disidencias y aportando al debate constitucional argumentos sólidos por una mayor justicia en el sistema: opta siempre por facilitar el control y la justicia material, que hace primar sobre limitaciones de tipo procesal y hasta de fondo.

Bianchi suscribe una flexibilización de la regla que prescribe que el que se ha sometido a determinado régimen jurídico no puede atacar luego su constitucionalidad. Recela de esta exigencia sosteniendo que, como el control es una facultad y un deber constitucional de los jueces independiente del acatamiento o no de las partes, no puede acatarse válidamente un régimen jurídico inconstitucional (pp. 182-184). Resulta correcta su postura, porque la autonomía de la voluntad no llega a convertir en constitucional lo que no lo es. La constitución es una norma de orden público. Por ello no procede reconocer judicialmente eficacia al consentimiento de un estado de cosas inconstitucional –aunque habría que matizar esto en el caso de algunos derechos constitucionales que se pueden renunciar válidamente–.

En cuanto a la regla que prohíbe el control de constitucionalidad de oficio, Bianchi se adscribe a la postura disidente, considerando absurdo un sistema donde la verdad jurídica pueda cambiarse por simples estrategias procesales. Para él la inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y por el principio *iura novit curia* toca al juez decidirla por más que la parte no la invoque o lo haga equivocadamente: todo juez tiene el deber de aplicar el derecho vigente, y en primer lugar la constitución (pp. 212-216). Agrega la idea que si una ley viola la constitución, aún cuando sólo agrave derechos particulares, produce un problema de orden público que el juez debe subsanar (p. 219). Su planteamiento para facilitar una mayor apertura del control es especialmente importante atacando esta prohibición que mantiene maniatada en muchos casos a la judicatura.

Otra de las reglas más conocidas del sistema americano es que el control es *ad casum*: la norma no se rechaza nunca *erga omnes*, sino sólo para el litigio en el cual se establezca su inconstitucionalidad. Bianchi lo fundamenta diciendo que la existencia de leyes inconstitucionales en todos los casos es posible, pero que el supuesto es claramente una excepción y no la regla (p. 237). Pienso que la relatividad al caso de la inconstitucionalidad puede emparentarse con la idea clásica de que la ley puede ser justa en general e injusta en un caso concreto –para Aristóteles así es la misma naturaleza de las cosas prácticas y en esos casos el Filósofo postulaba aplicar la equidad y desaplicar la ley–. No equivale a sostener que el Derecho injusto esté vigente, sino lo contrario: que la ley, justa en general, cuando en un caso deviene injusta, debe dejar de aplicarse. Esto porque el Derecho, que tiene un orden y un sistema, debe procurar la justicia en la solución de los asuntos, lo cual a veces puede hacer naufragar el sistema. La Corte Suprema argentina ha dicho en innumerables ocasiones que el fin de los jueces debe ser lograr la justicia del caso: ha interpretado que el "afianzar la justicia" del Preámbulo de la Constitución impera un principio de

justicia material. Sin comulgar del todo con posturas como las de Villey y d'Ors, parece adecuado no sacrificar el caso por preservar formalmente el sistema. Esto dejando a salvo que en ciertos conflictos entre el bien común y los bienes particulares, la introducción del primero en la economía del caso hará que pueda sacrificarse la solución a que se llegaría mirando solamente al bien particular. Por otra parte, estimo que el sistema de control en el cual no se deroga la norma declarada inconstitucional se aviene más a la naturaleza prudencial del Derecho, y que los tribunales constitucionales responden a un concepto más racionalista del sistema jurídico, donde una ley es constitucional en todos los casos o no lo es en ninguno y por ello se la deroga al declararla inconstitucional. Creo que el sistema *ad casum* y difuso respeta más la complejidad de los litigios jurídicos: deja más campo a todos los jueces para realizar la justicia del caso –puesto que eso a veces implicará desaplicar una ley por considerarla inconstitucional, lo cual podrán hacerlo directamente y sin tener que arrastrar las consecuencias de derogar una norma general–; y da más posibilidades al justiciable, ya que generalmente las inconstitucionalidades se declaran a su favor y en contra del Estado.

Bianchi admite la posibilidad de una inconstitucionalidad sobreviniente. Lo fundamenta en que el contexto general incide en la constitucionalidad de una norma (pp. 237-241). Esto no es relativismo jurídico, o sociologismo, sino saber que con el paso del tiempo una mayor comprensión de las exigencias de la dignidad humana puede llevar a considerar una institución, clásicamente aceptada, como injusta. Si, según el aforismo, la ley es más sabia que el legislador, la constitución es la más sabia de las leyes: permite valorar situaciones con una perspectiva distinta pasado el tiempo, o enjuiciar problemas que nunca antes se habían presentado.

El Capítulo IV (pp. 281-380) está dedicado a la "doctrina de las cuestiones políticas no justiciables", la cual sustrae asuntos del conocimiento de un tribunal de justicia. El autor clasifica y desarrolla largamente los distintos supuestos donde los tribunales se han inhibido de actuar, facilitando la comprensión de la doctrina (pp. 296-359). Aporta una búsqueda de las fuentes de la no judiciabilidad: la separación de poderes y la zona privativa o de reserva de cada poder, la discrecionalidad del obrar administrativo y la falta de legitimación procesal del accionante. Apunta el retroceso en el derecho continental de las *political questions* –Actos de Gobierno– (pp. 361-363). Pienso que por la importancia creciente del derecho a la tutela judicial efectiva –piénsese p. e. en las virtualidades del artículo 24.1 de la Constitución Española o en la jurisprudencia protectora de las garantías procesales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, probablemente esta doctrina deberá ir cediendo en todos los sitios,

ya que puede traducirse en denegaciones de justicia insostenibles hoy en día. La posición de Bianchi es la siguiente: "No estoy, ni a favor ni en contra de las cuestiones políticas. Las mismas, simplemente, existen y son inevitables. Estoy, sí, en contra de la forma en que alguna vez se las ha utilizado... Hay cuestiones políticas propiamente dichas y cuestiones políticas porque la Corte quiere 'políticamente' que las haya" (p. 370). Considera que, dependiendo de cómo se las use, las cuestiones no justiciables pueden significar una amenaza al Estado de Derecho tanto desde un "Poder Judicial acorralado, temeroso o complaciente, como (desde) el gobierno de los jueces activistas, que se arrojan funciones que no les competen" (p. 382).

En el Capítulo V (pp. 385-500) se tratan las "tendencias jurídico-políticas" del control de constitucionalidad. Penetra ahora en ribetes transidos de gran carga filosófica: aquellas tendencias sustanciales de las sentencias que son para el autor el gobierno que los jueces realizan en el buen sentido del término. Su estudio es fundamental para él, porque "el control constitucional es más un problema político que un problema jurídico, habida cuenta que la constitución como instrumento de gobierno —aún las modernas y reglamentarias constituciones sociales— es tan sólo un texto abierto, muy general, que requiere del llenado de la jurisprudencia" (pp. 385-386). Muestra el influjo que tienen sobre los jueces las corrientes filosóficas, políticas, económicas y sociales, desarrollando largamente el movimiento pendular que ha llevado los derroteros jurisprudenciales tanto en Estados Unidos como en Argentina desde una cerrada defensa de los derechos patrimoniales del liberalismo económico clásico a dar preferencia al liberalismo personal.

Bianchi afirma que los derechos constitucionales no deben ser entendidos en abstracto sino relacionados, en su colisión (p. 395). Siguiendo a Cossio —el derecho nace de la interferencia intersubjetiva— sostiene que el Derecho constitucional obliga a tomar permanentemente alternativas entre dos valores, respetables pero disyuntivos en el caso, optando por uno de ellos y postergando al otro. Recuerda esta postura —al menos extrayéndole todas las consecuencias— a lo que alguien ha llamado la "fagocitación" de los derechos humanos entre sí. Parecen verse unos derechos armados y en lucha permanente, muchas veces necesariamente inconciliables, en un darwinismo jurídico de la prevalecencia del más fuerte en cada caso judicial. Creo más adecuado entender a los derechos fundamentales como interrelacionados armónicamente, por ser todos un medio de realización de los fines de la persona.

Analiza por último el autor algunas libertades preferidas, mostrando agudamente cómo la protección de los derechos individuales ha llegado hasta proteger al justiciable aun por acciones reprobables y penalmente tipificadas, fruto de un activismo judicial profundamente liberal. Esto lo apunta en el análisis que

hace, dentro de la libertad de expresión, del lenguaje políticamente expresivo como conducta impune (pp. 459-476) y de la libertad de intimidad —en el sentido amplio de *privacy*— reseñando los problemas jurisprudenciales del aborto —Estados Unidos— y la tenencia de estupefacientes para consumo personal —Argentina—. Concluye remarcando la importancia que supone para una sociedad la elección de un juez de su máximo organismo judicial y el enorme poder que estos hombres tienen en la conformación de los modos de ser y de hacer políticos y privados.

En suma, resulta interesante un trabajo que ofrece un panorama completo del sistema y los problemas que plantea el control de constitucionalidad americano. Un libro interesante tanto en el tratamiento de las cuestiones técnicas como en la incidencia puesta en aquellos temas cuya solución escapa a una simple aplicación mecánica de normas, envolviendo difíciles problemas filosóficos, políticos y jurídicos —preocupación de Bianchi que se pone especialmente de manifiesto al internarse en las cuestiones no justiciables y en las tendencias del control—. Me parece que, como permite este libro, es provechosa la aproximación a la aplicación judicial de un sistema constitucional con más de 200 años de andadura y al modo de razonamiento jurídico americano y su "falta de pudor" al resolver cuestiones glosando un texto constitucional (que por definición es amplio, un tanto indeterminado, a veces sólo orientativo), con apelaciones a argumentos de sentido común que desbordan la pura dogmática jurídica. Y esto no sólo en el tribunal de máxima instancia, puesto que en los sistemas de control difuso se genera la saludable costumbre de toda la magistratura de pensar y decidir con frecuencia en términos constitucionales, algo que en España ha echado en falta Muñoz Machado en los tribunales penales y civiles, en un estudio que muestra que dichos fueros al enfrentarse con ciertos problemas de índole constitucional no dan al caso una solución de ese tipo sino basada en cánones de Derecho común (cfr. *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987). Con una Constitución aún joven y una jurisprudencia tradicionalmente legalista, poco amiga de especulaciones que pudieran parecer "pseudojurídicas" o "metajurídicas", lógicamente llevará algo de tiempo acostumbrarse a que lo constitucional grave en la problemática jurídica diaria. Afortunadamente, la labor del Tribunal Constitucional acorta plazos y hace prestar cada vez más atención a la relevancia jurídica de la Constitución y calar más en sus implicaciones.

Resumiendo: un libro importante, que por la amplitud y seriedad del tratamiento estimo de referencia obligada en el momento de adentrarse en el interesante campo del control de constitucionalidad difuso.

Fernando Toller