

HIBRIDACIÓN Y CONVERGENCIA DE LOS SISTEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD: DEL PODER CONSTITUYENTE AL JUEZ CONSTITUCIONAL

HYBRIDIZATION AND CONVERGENCE OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW MODELS: FROM CONSTITUENT POWER TO CONSTITUTIONAL COURTS.

*AndrésM. De Gaetano¹, Federico Acheriteguy², Miguel
A. Saltos Orrala³, Roxana Gómez Villavicencio⁴*

Resumen: El modelo kelseniano se caracteriza por un proceso de control concentrado a cargo de un juez especial con competencia reglada. En contraposición, el modelo norteamericano otorga mayor discrecionalidad a los controlantes, caracterizándose por la omisión intencional de un marco reglamentario, dejando librado a los jueces la auto atribución monopólica del ejercicio y el diseño de sus reglas.

Tal como resulta de un proceso de relevamiento y examen jurisprudencial testigo que efectuamos sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y el Tribunal Constitucional Ecuatoriano en el marco de un proyecto investigativo comparativo entre ambos, asistimos a una expansión de la competencia de los tribunales constitucionales, y con ello a la universalización de la justicia constitucional, debilitandola concepción de los modelos tradicionales de control como binomios dicotómicos.

Ello se traduce en un proceso de hibridación y convergencia de modelos y sistemas a través de la transformación de sus reglas de ejercicio y caracteres, que los jueces van haciendo a través de sus sentencias.

Artículo recibido el 16/8/2021 – aprobado para su publicación el 19/10/2021.

¹ABOGADO. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Especialista en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación), Especialista en Procesos Constitucionales (Universidad Blas Pascal), Posgrado en Gobernanza y Gobierno Abierto (Universidad de Salamanca, España), Investigador y profesor universitario UNC y UBP. Asesor legislativo de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Correo a_degaetano@yahoo.com.ar

²ABOGADO. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Especialista en Procesos Constitucionales (Universidad Blas Pascal). Adscripto Cátedra de Derecho constitucional y derecho procesal Constitucional FDyCS-UNC e investigador UBP. Empleado del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nom. facheriteguy@hotmail.com

³ABOGADO. Doctorado (PhD) en Estado de Derecho y Gobernanza Global (cursando), Universidad de Salamanca (España), Especialización en Derecho en la especialidad “Gobernanza y Gobierno Abierto”, Universidad de Salamanca (España), Magister en Tributación y Finanzas Universidad de Guayaquil, Especialista en Tributación. Investigador y profesor universitario Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la Superintendencia De Compañías, Valores Y Seguros de Ecuador. miguel_saltos@hotmail.com

⁴ABOGADA. Doctora en jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago De Guayaquil. Especialista En Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular De Loja, Magister En Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular De Loja. Investigadora y profesora de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Asesor 2 Despacho del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros. roox_gomez@hotmail.com

Esto conduce a preguntarnos si la transformación jurisprudencial de las reglas de control es una atribución o un exceso del juez constitucional que termina por situarlo no sólo por encima del poder legislativo sino a la altura del poder constituyente

Abstract: Kelsenian review model is characterized as a centered constitutional review model which is lead by a special judge with a legal regulated competence.

In contrast, the American model grants higher discretion to the controllers, characterized by the intentional omission of a normative framework; leaving to judges the self-attributed monopoly of the constitutional review and the construction of its rules.

As it results from an exploratory and comparative analysis process between Argentinian Supreme Court and the Ecuatorian constitutional court decisions, we are attending to an expansion of constitutional courts competitions, and an universalization of constitutional justice, which tends to weak the contradiction between the American and the Kelsenian constitutionals review model.

This represents a process of mutual hybridization and convergence of the constitutional review models, produced by the transformation of their rules and its historical characteristics which the constitutional judges are doing through their sentences.

This leads to ask ourselves if the jurisprudential transformation of the rules of constitutional review models is an attribution or an excess of the constitutional judges competences; which is finally placed them not only over the legislative power but also as higher as the constituent power.

Palabras clave: *control de constitucionalidad, modelos, reglas, estabilidad, justicia constitucional.*

Key words: *"constitutional review", "models", "rules", "stability", "constitutional justice".*

I- Marco general de presentación

El presente estudio se enmarca dentro de las tareas de desarrollo y cumplimiento de objetivos correspondiente al proyecto de investigación “ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE LA ESTABILIDAD DE LAS REGLAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR Y ARGENTINA”⁵, desarrollado por docentes de la Universidad Católica de Guayaquil, de Ecuador, y Universidad Blas Pascal y Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Este proyecto busca responder al siguiente interrogante: *¿el presupuesto de estabilidad que tipifica al modelo de control de constitucionalidad kelseniano, ha impedido el desarrollo de sentencias que reconfiguran las reglas del control por parte de la magistratura constitucional, en relación a lo que sucede en los sistemas del modelo norteamericano de control de constitucionalidad fundado en el judicial review?;* traducido ello en una indagación sobre la práctica jurisprudencial en ambos modelos,

⁵Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Blas Pascal y SINDE-INSTITUTO DE INVESTIGACION – ICSEHA Ciencias Sociales, Estudios Humanísticos y Arte de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Of. Aprobación 1823-2019 y Res. 136-2020. <http://investigacion.ubp.edu.ar/sip/?sec=fichaTecnica>

tomando como universo de análisis comparativo las sentencias de los tribunales supremo argentino y el tribunal constitucional Ecuatoriano.

El objetivo es desarrollaresta investigación desde un análisis comparativo y exploratorio entre el sistema de control ecuatoriano luego de la reforma constitucional de 2008, adscrito al modelo de control kelseniano, y el sistema de control de constitucionalidad federal argentino, de tradición norteamericana; presuponiendo que las notas caracterizantes del modelo kelseniano otorgan mayores incentivos para la estabilidad de las reglas y el ejercicio de control, en tanto persigue como propósito la puridad o saneamiento lógico normativo del sistema fundado en el racionalismo formal positivista, más que la indagación casuística de una tensión constitucional frente a un problema particular, propio del modelo de control de naturaleza política norteamericano.

De dicho marco general de la investigación se desprenden un sinnúmero de indagaciones previas, que nos conducen, por ejemplo, a verificar la hipótesis de existencia del presupuesto de estabilidad del modelo kelseniano, los orígenes del binomio dicotómico entre modelo norteamericano y modelo kelseniano y su vigencia actual(necesidad de mantener dicha contraposición modélica),los límites del ejercicio de la magistratura en ambos modelos (condiciones, características, etc.), y sobre todo, el creciente proceso de hibridación de ambos modelos y la convergencia que estos manifiestan hoy.

Durante el desarrollo de la investigación hemos trabajado en la identificación de los fundamentos de las diferencias entre los modelos de control kelseniano y norteamericano y, desde allí, en un análisis comparativo entre las diferentes concepciones de constitución, de ley, de la relación que debe existir entre ellas y de la función judicial en cada una, para abordar, finalmente, el concepto de estabilidad como nota caracterizante del modelo de control kelseniano.

Para lograrlo nos adentramos preliminarmente en el propio contexto de surgimiento de ambos modelos de control de constitucionalidad, examinando cómo el modelo norteamericano resulta de una creación política de la SupremeCourt, en el marco de un conflicto político (el nombramiento de los *midnightjudges* y la resolución sobre su validez), y con fines marcadamente políticos, mientras que, el kelseniano traduce una creación técnica llevada a cabo por juristas, en el marco de una tendencia hacia la racionalización jurídica de toda la vida política.

Luego de materializar el concepto de estabilidad, como presupuesto del modelo kelseniano -en tanto su diseño procura evitar que la magistratura constitucional pueda flexibilizar las reglas preestablecidas para el ejercicio de su competencia-, en contraposición al modelo norteamericano de mayor elasticidad e incentivos para su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema; buscamos indagar sobre categorías de análisis tales como hibridación, convergencia y mutación de modelos y sistemas y desarrollo de la justicia constitucional que aquí introducimos de forma de resultados preliminares.

En esta oportunidad presentamos las bases teóricas y conceptuales que estamos abordando sobre el proceso de flexibilización del alcance, forma y notas características del control que los jueces van llevando adelante a través de sus sentencias; esto es, la hibridación y convergencia de los sistemas de control como consecuencia de la práctica jurisprudencial; lo cual nos permitirárevisar posteriormente si es esto parte de su marco

competencial o resulta un exceso que lleva a asimilarlo más a un juez constituyente que a un juez constitucional.

Ello, aplicado al proceso de relevamiento y análisis jurisprudencial que estamos llevando adelante sobre las sentencias seleccionadas como objeto de investigación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, y que permiten observar estos resultados preliminares que aquí se presentan.

En lo específico, uno de los sistemas analizados en la investigación (el caso argentino), nos permite observar preliminarmente un proceso mutativo sobre los alcances, límites, condiciones y características de su sistema de control de constitucionalidad tradicional, evidenciado a través de las sentencias de la Corte Suprema un cambio modélico que converge hacia caracteres propios de un modelo concentrado⁶.

Para acreditar esto, transitamos por un proceso de análisis empírico a través del relevamiento y análisis de sentencias emitidas por la CSJN, que permitan identificar el proceso mutativo del control de constitucionalidad en nuestro país durante el periodo comprendido entre los años 2003-2015.

Para el estudio jurisprudencial, utilizamos como criterio de relevamiento los denominados *fallos institucionales*, cuyos caracteres definitorios han sido integrados por Dr. Alfonso Santiago (h.) (1999) en su obra *La Corte Suprema y el control político*, y recuperados con algunas modulaciones propias para el presente trabajo.

El relevamiento se circunscribe sólo a aquellos fallos que traducen el ejercicio de una función política, mediante los cuales pretende el establecimiento de pautas y objetivos para la dirección general del gobierno; referido a aspectos o temas transversales para el orden social y/o un colectivo de afectados individualizados o potenciales que trascienden el interés particular de las partes involucradas en el fondo de la cuestión resuelta por el fallo.

Así, la identificación de fallos institucionales resulta posible en tanto manifiestan (no siempre acumulativamente) los siguientes caracteres: una ponderación de efectos sociales o políticos posteriores a su dictado; refieren a la evaluación sobre las competencias de los demás órganos del estado; trascienden la simple operatoria silogística de aplicación de una regla de derecho para el caso concreto, y en su lugar prescinden, amplían o reinterpretan previsiones o pautas normativas –que usualmente son estrictamente aplicadas en fallos ordinarios–; definen reglas o criterios interpretativos y valorativos sobre el régimen institucional del país y el desarrollo de los asuntos públicos; manifiestan una valoración crítica sobre la función política del propio órgano judicial en el marco del sistema constitucional.

A través de estos fallos la Corte Suprema actúa como órgano de gobierno, estableciendo reglas, principios o criterios de valoración que inciden decisivamente en el régimen general del país y en la marcha de los asuntos públicos; de lo cual y a los efectos de este trabajo, interesa rescatar el posicionamiento que CSJN va manifestando en torno a las reglas de ejercicio del control de constitucionalidad.

⁶Véase De Gaetano, Andrés (2019) “Nuevas perspectivas sobre la mutación del sistema de control de constitucionalidad en Argentina”. En *Revista de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*. Universidad Blas Pascal. Num. 1. 2019. Disponible en <https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/revderconst/issue/view/10>

De tal manera, a partir del relevamiento de dichos fallos, se ha pretendido identificar el proceso de elastización sobre el sistema tradicional argentino de control de constitucionalidad; esto es, la existencia y desarrollo de nuevas notas caracterizantes y definitorias para el ejercicio del control por parte de la CSJN.

Hasta la fecha, la evolución del proceso de relevamiento nos ha permitido identificar 45 sentencias (véase anexo referencia jurisprudencial) comprendidas en el periodo y conforme el criterio de selección referenciado, que permiten inferir un proceso de cambio o flexibilidad sobre las notas caracterizantes tradicionales del sistema de control argentino, identificado como *judicial, difuso, en el marco de una causa o controversia, a requerimiento de parte, indirecto o incidental y con efecto restringido o inter partes; fundado en la presunción de constitucionalidad de los actos estatales, conocido como regla de legalidad que se conservará mientras un magistrado no determine lo contrario.*

Como consecuencia y a modo de resultado preliminar, hemos podido identificar un tenor de ampliación o elastización sobre dichas notas caracterizantes y constitutivas del sistema de control de constitucionalidad tradicional, traducido en los siguientes aspectos:

- Del control estrictamente judicial, se amplía hacia a un control transversal de convencionalidad que reclama una injerencia de todos los órganos del estado -tanto en la tarea interpretativa como de aplicación- para el sostenimiento de la supremacía constitucional y la inaplicación de normas o actos contrarios a esta.
- Del control difuso, se evidencia un fortalecimiento de la autoridad concentrada a cargo de la CSJN, revitalizando a través de sus fallos la función del precedente en el sistema argentino para dotar de coherencia a la labor judicial y el respeto a la autoridad cuspidal orgánica de la CSJN cómo último interprete.
- La exigencia de causa judicial concreta se ha visto debilitada por matices más elásticos de control como la inconstitucionalidad por omisión, sobreviniente, y reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad mediante acordadas de la CSJN.
- El requerimiento de las partes como mecanismo de excitación del control resulta desbordado por la consolidación del control de oficio, ratificando la posición que hicieron en 1983 las disidencias de los magistrados Bellucio y Fayt en "Juzgado de Instrucción N° 50 de Rosario" (Fallos: 306:303).
- Del efecto inter partes se transita hacia un tenor expansivo de los pronunciamientos de la CSJN, destacándose nuevas modulaciones sentenciales -denominadas atípicas- que se enmarcan en prácticas dialógicas interorgánica como las sentencias exhortativas y el efecto erga omnes de sus fallos, con especial consideración sobre el reconocimiento de la acción de clase y las nuevas modalidades de litigios colectivos y estructurales.
- Desde el control indirecto o incidental como nota caracterizante de nuestro sistema, la CSJN ha habilitado el ejercicio de acciones directas de inconstitucionalidad, admitiendo con ello el reproche o revisión constitucional inmediata.
- Finalmente, los límites tradicionales del control de constitucionalidad manifiestan una injerencia en materias tradicionalmente vedadas o restrictivas, mostrando una hiperjudicialización de contornos políticos.

De los fallos identificados no es posible evidenciar un eje temático o unidad de temas comunes, sino una dispersión temática; y su utilización sólo se funda en criterios de utilidad para identificar aportes para la construcción/reconfiguración del sistema de control de constitucionalidad argentino, enmarcado dentro del concepto de fallos institucionales antes dado.

El espacio temporal de análisis jurisprudencial hasta el momento relevado se encuentra delimitado por el periodo correspondiente a los años 2003-2015, cuyo inicio está dado por la designación del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en el año 2003 como miembro de la CSJN, y hasta la renuncia del Dr. Fayt el 11 de diciembre de 2015. Este periodo de tiempo no resulta condicionante para la evaluación de fallos institucionales previos, sobre los cuales la CSJN se fundó para el dictado de sus sentencias en el periodo 2003-2015.

El justificativo de dicho actuar creemos identificarlo –provisoriamente- en el amplio margen de actuación con que la magistratura argentina está dotada para el ejercicio del control de constitucionalidad, propio del impreciso marco reglamentario de su actuación, el cual le ha permitido auto atribuirse monopólicamente la tarea de su diseño.

Dicho justificativo parece anidar en sus orígenes, esto es, en la filiación al modelo norteamericano casi en su estado puro;⁷ en cuyo país de origen es posible identificar un procesomutativo semejante.

Sin embargo, para el caso de los sistemas adscriptos al modelo kelseniano, de mayor rigurosidad y disciplinamiento reglamentario del ejercicio de la tarea de control, dichos excesos aparentarían de difícil concreción por la estabilidad como presupuesto apriorístico del modelo.

II-LOS TRADICIONALES MODELOS DE CONTROL Y SUS NOTAS IDENTITARIAS.

En materia de control de constitucionalidad, es connatural a todo texto constitucional el hecho de establecer recursos tendientes a asegurar su observancia y supervivencia, de donde resultan los diferentes modelos de control, y desde allí los sistemas diseñados e instaurados por cada país como recurso o herramienta (Fernández Segado, F. 2005).

La tarea del control ejercida en cada uno de los modelos -y sistemas derivados-, construidos en conformidad a presupuestos, pautas y condicionantes históricos, ideológicos y legados históricos de cada país, pese a sus diferencias, adopta matices comunes que permiten su identidad conceptual: un proceso de contralor interpretativo llevado adelante por un operador competente, y en virtud del cual se analiza la

⁷En este sentido, la doctrina argentina, en general, ha insistido en que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el orden federal siguió el esquema norteamericano originario, sin modificaciones (SERRA, 1992: 27), o, quizás en términos más elocuentes, que “(N)uestro sistema de control de constitucionalidad fue tomado literalmente del modelo norteamericano” (BIANCHI, 2002: 136).

De todos modos, este aserto se enmarca en una realidad mucho más abarcativa, de la que damos cuenta en la investigación a la que aludimos, y es que el derecho constitucional federal argentino, en general, responde a la matriz del constitucionalismo estadounidense. Este último dato es confirmado por la propia Corte Suprema, quien, en sus etapas tempranas, ya sostenía que “(E)l sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado.” (*De la Torre*, 1877).

existencia de una tensión entre disposiciones normativas de diferente gradación jerárquica: constitución y ley (en sentido amplio comprensiva de todo acto estatal dictado por un poder constituido), con la vocación de resolver si dicha ley o acto es contrario a la constitución, en cuyo caso será declarado inconstitucional; o por el contrario, ha sido dictado en consecuencia, resultando así coherente con el texto supremo.

Aun cuando resulte necesario advertir sobre la diversidad clasificatoria de modelos y sistemas de control de constitucionalidad (Sagüés, Néstor 2004), el tradicional método clasificatorio distingue entre el modelo de control político y el modelo de control jurisdiccional en razón de la naturaleza del órgano a cargo del control, esto es, si la tarea es llevada adelante por un órgano político, o un actor con potestad jurisdiccional (Fernández Segado, F. 2005).

El control de constitucionalidad fue sedimentando históricamente en diferentes expresiones sentenciales que sirvieron de antecedente para que en 1803 John Marshall, presidente de la Corte Suprema norteamericana dejara firme en el caso *Marbury vs. Madison* los principios medulares que dieron nacimiento al modelo norteamericano de control.

A través de esta célebre sentencia, el juez J. Marshall formula las bases del control de constitucionalidad judicial; 100 años después se desarrolla un modelo alternativo de justicia constitucional concentrada: la Constitución de Checoslovaquia y Austria en 1920, y la española en 1931, estableciéndose los Tribunales Constitucionales especializados para un control abstracto con efectos derogatorios (Fernández Segado, F, 2002 – Kelsen, H, 1942).

Desde entonces, las democracias constitucionales debaten entre 2 diseños de control de constitucionalidad judicial: el norteamericano, de matriz elástica e imprecisiones reglamentarias; y el kelseniano, de reglamentación precisa sobre el alcance, forma y titularidad del ejercicio: ambos modelos se presentan como binomios dicotómicos (Fernández Segado, 1997 y 2013) irreconciliables.

El estudio comparativo de los modelos de control norteamericano y kelseniano presupone advertir su surgimiento en contextos socio políticos diferentes, derivados “de unos presupuestos histórico políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda ratio de la bipolaridad entre ambos modelos” (Fernández Segado, 2002: 21).

Desde allí, no puede pasarse por alto que los Estados Unidos, por una parte, y los países de la Europa continental, por otra, son estados con prevalencia de tradiciones jurídicas diferentes y, consecuentemente, formados a partir de diferentes concepciones jurídicas.

Mientras el norteamericano se fundamenta en la confianza judicial (Cappelletti, 1986) en el que el significado de un punto de la Constitución es aquel que haya sido establecido por la Corte Suprema, y que el Congreso no podría reinterpretar (Barker, 2014); el kelseniano representa una salvaguarda de la seguridad jurídica, tendiente a reestablecer la supremacía del Parlamento puesta en peligro por las contradicciones jurisprudenciales que transforman al órgano judicial en un poder más político que técnico (Fernández Segado, 1997).

En el caso del sistema de control argentino, de filiación norteamericana, la omisión reglamentaria sobre el modo de ejercer el control y sus límites al momento de formular el texto constitucional (Ferreyra, 2004) ha permitido al poder judicial auto atribuirse su

diseño y ejercicio (Barker, 2014) derivando de ello una mayor inestabilidad en el proceso y las reglas de control (Miller, J. 2006).

Por contrario, el modelo kelseniano, de matriz lógica formal se caracteriza por una reglamentación expresa del control mediante prescripciones que formalmente limitan la actividad creacional jurisprudencial que pueda alterar su diseño, naturaleza y alcance, como condición de exigencia de racionalización del ejercicio del control (Nogueira Alcalá, 2003); de donde resulta en apariencia su estabilidad.

La teoría de este segundo modelo de control sería desarrollada en extenso por Kelsen, a partir de la identificación de deficiencias del modelo difuso o americano, que atentaban contra la seguridad jurídica, en cuya consideración propiciaba la dispersión y contradicción sentencial de sus operadores en estados federales, alimentando una descoordinación entre los operadores judiciales multinivel a cargo del control.

Dicha modulación teórica, que se asentaba, básicamente, en una magistratura constitucional concentrada y especializada, en un control abstracto con efectos derogatorios, impregnaría luego los ordenamientos jurídicos europeos con una expansión más tardía hacia América.

II.A. Modelos jurisdiccionales

Las diferencias entre los modelos norteamericano y austriaco kelseniano son el resultado de condiciones históricas y filosóficas políticas muy diferentes entre sí, y que fundamentaron su proceso gestacional tanto entre las colonias norteamericanas, la naciente república francés post revolución y el periodo entre guerras en Alemania y Austria, que traducen en definitiva, el temor y desconfianza de los actores a cargo de dicho proceso de creación.

Así, en los Estados Unidos, existía desconfianza en el Parlamento opresor, que había dictado las leyes con que eran sojuzgados antes de la independencia. De ahí que la confianza se depositó en los jueces. La gran confianza que existía en los jueces llevó a atribuirles el poder de ejercer el control de constitucionalidad como medio para mantener la supremacía de la Constitución. La revisión judicial surgió por la necesidad de limitar el poder de las legislaturas que sólo representaban los intereses de “las mayorías circunstanciales, irracionales y apasionadas”, en perjuicio de las minorías.

En cambio, en Europa, y especialmente en Francia, la situación fue muy diferente. La revolución no tuvo su origen en la opresión del parlamento sino en la tiranía producida por el poder despótico del monarca absoluto y por unos jueces que no desempeñaban el papel de luchadores contra ese poder absoluto —como había sucedido en Inglaterra— sino que, en cambio, fueron partidarios, incluso más que el propio rey, del ancien régime. (...) Por esta razón, el control judicial siempre fue visto con desconfianza y como contrario a los principios de soberanía popular. (Highton Elena I., 2011. Pp. 114-115).

Para el caso del modelo austriaco kelseniano, las deficiencias del modelo judicial norteamericano, con más la necesidad de depositar la fortaleza del sistema jurídico en una ley fundante, llevaron a una propuesta concentrada del modelo difuso americano que implicaría una especialización del órgano competente para el control a través de la creación de tribunales constitucionales.

Por el contrario, el modelo norteamericano atribuye a los integrantes del *órgano judicial ordinario* la salvaguarda de la Constitución, generalmente dentro de una controversia concreta y predominando, aunque a veces sólo desde un punto de vista puramente formal, los efectos particulares de la decisión de inconstitucionalidad (Fix Zamudio, 1968).

Así, como nota caracterizante de este modelo, todos los jueces de cualquier grado, fuero y jurisdicción tienen el deber-facultad de revisar la constitucionalidad de las normas aplicables a los casos que son llevados a su conocimiento para evaluar su adecuación con la constitución como norma suprema y fundante del ordenamiento jurídico; derivando de ello el concepto de *judicial review* proveniente del ya referido fallo de 1803.

Esta sentencia debe su popularidad, en tanto constituyó el hito genético⁸ del modelo de control norteamericano, en tanto la propia Constitución de los Estados Unidos de 1787 no expresaba una fórmula o disposición respecto de cómo debía instrumentarse la salvaguarda del principio de la supremacía constitucional, es decir que el proceso fundacional constituyente en aquel país no contempló un régimen normativo de control de constitucionalidad regulado positivamente, siendo el sistema norteamericano una creación jurisprudencial, tal como ha acontecido en Argentina (Ferreira, R, 2004).

En la revisión judicial o *judicial review*, los jueces que ostentan este poder pueden invalidar actos dictados por cualquier autoridad del estado incompatibles con la autoridad suprema de la Constitución. Esta revisión es un ejemplo del funcionamiento de la separación de poderes en un sistema en el cual el judicial es uno de los poderes del Estado o ramas del gobierno de un Estado.

Esta sentencia, a la cual se le adicionaron luego los fundamentos de *Fletcher vs. Peck* de 1810, en la que se afirmó el principio del control de constitucionalidad también respecto a las leyes de los Estados miembros, y *McCulloch vs. Maryland* del año 1819, con la introducción del principio de que la interpretación constitucional realizada por la Corte Suprema obliga a todos los poderes públicos; completan el catálogo de fuentes jurisprudenciales gestacionales del modelo norteamericano y de la cual resultan sus notas caracterizantes tradicionales (Scarciglia, Roberto 2013):

- La descentralización del ejercicio del control (difuso).
- El marco de una causa o conflicto como único cause para efectuarlo (concreto)
- Los efectos del control (inter partes)
- Sobre una ley o acto vigente (actualidad o temporalidad)
- La amplitud de vías procesales para excitar el control⁹

⁸ No obstante la claridad de los aportes conceptuales de dicho fallo, es preciso mencionar que existen antecedentes previos que alimentan el resolutorio del juez Marshall de 1803 y de donde resulta la construcción de las reglas modélicas de control norteamericano: “(...) Tanto en el campo doctrinario como en el terreno jurisprudencial, existieron antes del voto de MARSHALL, criterios claros en torno a quién se le debía conferir la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento y los actos del Poder Ejecutivo. Entonces resulta válido preguntarnos sí: ¿El caso *Marbury vs. Madison* es el primer precedente donde se analizan la constitucionalidad de determinadas normas? O en cambio ¿Es el primero de los antecedentes donde se deja definido con claridad a qué órgano del poder le corresponde el control de constitucionalidad?”. (Löffler, Ernesto A. 2016, p. 155).

⁹En este sentido, Grant (1963) había puesto de relieve que el sistema americano de control de constitucionalidad tenía una “regla básica”, la cual consistía en “que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales”, sino que las mismas “se deciden según surgen en cada caso determinado,

En el otro extremo, el Modelo kelseniano data su nacimiento de la Constitución de Austria del 1° de octubre de 1920 como obra de Hans Kelsen en un intento revisionista y superador de deficiencias que el modelo norteamericano traía consigo, advirtiendo que en dicho modelo, la amplitud de operadores controlantes en un esquema organizativo estadual multinivel con potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes provocaba resultados divergentes y contradictorios que derivaban en una falta de uniformidad sobre la constitucionalidad o no de una norma, acrecentado por su mantenimiento o conservación dentro del ordenamiento (Fernández Segado, F. 2002).

Esto causaba, a consideración de Kelsen *un gran peligro para la autoridad de la Constitución* (Kelsen Hans, 1942) que debía superarse a través de un monopolio controlante, esto es, un órgano que competente para la tarea exclusiva de verificar la compatibilidad en abstracto de la ley de que se trate con la Constitución, y no simplemente de manera incidental a partir de una controversia entre particulares y mediante la intervención de cualquier magistrado.

El modelo europeo, nacido al calor del debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el mejor guardián de la Constitución puso en evidencia la necesidad de crear una jurisdicción o tribunal constitucional técnico y especializado que reclamara para sí con carácter exclusivo la tarea interpretativa, de control y de posterior valoración.

Así, esta propuesta modélica se desarrolla en contraposición a las notas caracterizantes del modelo norteamericano, fundado en la concentración y especialidad del órgano a cargo, el cual conoce en forma directa de la cuestión constitucional, y cuya decisión tiene efectos “*erga omnes*” que exceden a las partes involucradas y lleva a extirpar del ordenamiento jurídico la norma impugnada.

De forma complementaria, y a diferencia del modelo norteamericano de la judicial review, el objeto inmediato y único del proceso es el enjuiciamiento de la ley, y la única decisión que debe tomar el juez constitucional, es mantenerla o anularla, y no, a partir de ello, resolver una contienda o controversia entre partes:

El rechazo a la caracterización como función judicial de la función de control de constitucionalidad se consolida además si se advierte que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho particular, limitándose a pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad lógica entre un enunciado normativo legal y la norma constitucional, esto es, entre dos normas abstractamente formuladas, al margen de su concreta aplicación. (Fernández Segado, 2002, p. 11).

Así las cosas, mientras que el modelo norteamericano puede denominarse como “concreto” en tanto indaga sobre causas específicas para cuya resolución es presupuesto revisar la constitucionalidad de la ley en su aplicación; el kelseniano configura un mecanismo de control “abstracto” que tiende a perfeccionar el ordenamiento, y no evaluar la aplicación casuística de una ley.¹⁰

cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promuevan” (1963: 425).

¹⁰Una de las desventajas más importantes que se encargó de señalar H. Kelsen se vinculaba con el hecho de que la cuestión constitucional “solo puede presentarse incidentalmente”, con lo cual, claramente, en dicho modelo no estaba prevista la defensa del “interés en la constitucionalidad de la legislación”, ya que este último constituía “un interés público que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas” (Kelsen H-, 1993: 87). Justamente, ese “interés público” requería “la protección de un proceso especial”, típico del modelo europeo continental, y que no podía estar más que proscrito en el

En tales términos, la tutela asegurada por los sistemas concretos se dirige principalmente a las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, y aparece por lo tanto principalmente conducida a realizar la protección de los derechos fundamentales de libertad que la Constitución garantiza. Por contrario, la tutela ofrecida por los sistemas abstractos aparece principalmente dirigida a asegurar el respeto de las esferas de competencia de los diferentes entes, en los estados federales o regionales, y de los varios órganos constitucionales, en el ámbito de la organización estatal, mientras para la protección de los derechos individuales o colectivos ella puede ser realizada solamente eventualmente y de reflejo, cuando uno de tales sujetos, por razones de conveniencia política, se haga portador de ella siempre que las condiciones previstas por el ejercicio de la acción lo permitan (Mezzeti, L. 2009).

De ello, podemos resumir siguiendo a Mezzeti, en que la diferencia histórica entre ambos modelos se asienta entre el control de constitucionalidad de la ley, para el primer caso, y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, para el segundo. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aun, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario (Mezzeti, L. 2009).

III- La insuficiencia de la categorización histórica: de un binomio dicotómico hacia la convergencia de los modelos

Frente a este escenario clasificatorio brevemente referido a razón de su popularidad, el tradicional binomio dicotómico histórico en el que resultan descriptos ha sido más una construcción virtual que práctica, en tanto uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional.

En un contexto de redimensionamiento de la justicia constitucional a nivel mundial, *la amplitud de los derechos y el poder del Tribunal Constitucional dejan planteado el problema de los límites del control de inconstitucionalidad* (Rudolf Mellinghoff, 2011: 498), lo que reclama indagar la tensión que provoca la creatividad judicial frente a la rigidez de los textos constitucionales, la estabilidad de los presupuestos modélicos de control y los límites de actuación en un estado de derecho democrático.

El incremento de problemáticas estructurales y desafíos comunes relativos a los derechos humanos ha traído consigo nuevas demandas sobre la justicia constitucional (Pegoraro, L. 2019) que llevan a una expansión de sus límites por la asunción de mayores competencias y la necesidad de generar nuevas herramientas de respuesta, lo que redundará en un reposicionamiento del órgano judicial frente a los demás órganos del estado.

Esta sintomatología ha incidido de forma determinante en el debilitamiento de la clásica contraposición bipolar entre el modelo del judicial review americano y el modelo

estadounidense, por cuanto, en este último, un proceso semejante implicaría un supuesto inadmisiblemente de control abstracto. De todos modos, los cambios políticos y sociales a los que se hará alusión más adelante, llevaron a que, con el paso del tiempo, una importante doctrina aseverara que “el fin del sistema de control judicial difuso” el de “defender la supremacía de la Constitución” (Sola, 2001: 356).

europo-kelseniano; de manera que el proceso de progresiva e incesante convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, con el consiguiente papel creativo de los tribunales constitucionales ha provocado la obsolescencia del clásico bipolarismo entre ambos; de modo que las viejas tipologías necesitan una nueva sistematización, con el fin de *crear modelos dotados de prescriptividad más que de teoriedad*, que llegue a alcanzar a las problemáticas prácticas más que virtuales de cada modelo (Pegoraro, Lucio 2002) y que ofrezcan una *mayor capacidad de análisis e interpretación de los sistemas de justicia constitucional actuales* (Sagues, N. 2004).

Para el caso Argentino, el relevamiento empírico exploratorio realizado hasta el momento sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- da cuenta de un proceso de reformulación jurisprudencial sobre los caracteres modélicos de su propio sistema de control; resultante de una función creativa auto atribuida a partir de la omisión de reglas constitucionales que definan los alcances y el modo de ejercer el control (De Gaetano, 2019).

Dicha labor mutativa lleva ínsita una responsabilidad de dirección política que ingresa en la función de diseño institucional, y que apareja una ampliación material de la constitución formal.

La importancia de ello reside en la posibilidad de analizar críticamente el proceso de expansión de la justicia constitucional por el cual se promueve la convergencia e hibridación de los modelos y sistemas y sus consecuencias; esto es, una revisión de la actividad judicial en relación a los incentivos y obstáculos que proponen los modelos tradicionales, generando desde allí nuevas herramientas valorativas de la actuación de la justicia constitucional en el estado de derecho constitucional: ¿exceso o atribución?, considerando que ello contribuye a mutación del propio texto constitucional.

Ello permite problematizar conceptos tradicionales como la estabilidad de las reglas de control; entendiendo a las mutaciones como *cambios en las exégesis de las normas fundamentales que no modifican el texto de las disposiciones escritas, pero que crean nuevas normas en virtud de interpretaciones constitucionales sobrevenidas en la jurisprudencia o en los desarrollos legales o en la realidad* (García Roca, J. 2017: 182).

Los resultados de ello son doctrinales y prácticos, en tanto constituyen un insumo argumental útil para que los operadores judiciales puedan justificar sus decisiones; como para repensar también la necesidad de superar las categorizaciones modélicas clásicas y generar nuevas herramientas de análisis y comprensión sobre cómo la justicia constitucional atiende hoy a problemáticas estructurales que atraviesan a ambos esquemas modélicos y sus sistemas derivados.

IV- Consideraciones Finales

El incremento de problemáticas y exigencias comunes a los sistemas de justicia constitucionales mundiales, y a partir de allí, la similitud de reacciones o respuestas jurisdiccionales en el marco de modelos diferentes, ha incidido de forma determinante en el debilitamiento de la clásica contraposición bipolar entre el modelo del judicial review americano y el modelo europeo-kelseniano, decantando en una progresiva convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional en la práctica.

De ello resulta una obsolescencia del clásico bipolarismo “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la generación de nuevas tipologías

clasificadoras que ofrezcan un mayor abordaje de los sistemas de justicia y sus reacciones.

En puridad de sentido, las divergencias entre ambos modelos de control resultan en realidad de presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profundaratio de su bipolaridad, pero que hoy manifiestan un debilitamiento y pérdida de vigencia.

Esta asunción de nuevas competencias se ha dado en muchos casos sin contemplación normativa en los marcos regulatorios competenciales de la justicia constitucional, esto es, sin una regulación normativa que defina la forma y los alcances de la reacción judicial frente a estos mayores requerimientos sociales, resultando de ello que ha sido la propia práctica judicial a través de sus sentencias quien pretorianamente ha generado los mecanismos necesarios para hacerlo.

Esto, se traduce en un papel activo de los tribunales constitucionales, que en el ámbito del procedimiento de revisión constitucional, terminan por consagrar una función de “órgano constituyente permanente”, más que de órgano de control constituido.

De tal manera, los Tribunales Constitucionales aparentan hoy una gradual transformación en poderes constituyentes permanentes, trascendiendo las funciones de juez constitucional y concurriendo a la transformación de los textos constitucionales y su mecanismo de resguardo (Pegoraro, 2014 y Nogueira Alcalá, 2009).

La ampliación de sus funciones, ha traído como contrapartida la adopción de decisiones caracterizadas por su elevada carga política, en reemplazo del monopolio jurídico como fuente de sus decisiones (Barsotti, 2016); *logrando incrementar su importancia y desequilibrar (o reequilibrar) a su favor los equilibrios entre los órganos constitucionales* (Pegoraro, 2002).

En el modelo norteamericano la primacía judicial y su exorbitancia sentencial se incrementa en razón de la omisión del constituyente originario al momento del diseño y formulación del texto constitucional; respondiendo dicha omisión a una ambiciosa y exagerada pretensión política constituyente de otorgar a la judicatura el rol más importante en el sostenimiento de la supremacía de la constitución.

La razón de esta omisión constitucional debe rastrearse en los escritos del Federalista que ofrece una justificación para el monopolio judicial del control de constitucionalidad al expresar:

“(…) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”(El federalista N° 78. PUBLIO).

La ausencia de una codificación expresa sobre el control de constitucionalidad dentro de la constitución, trajo consigo, que la magistratura asumiera como suya no sólo dicha actividad de control normativo, sino también la prerrogativa del diseño pretoriano de dicho sistema, habilitando que fuera este mismo órgano quien históricamente a través de sus sentencias legislara y completara dicha omisión.

En razón de ello, la exorbitancia competencial de la magistratura en el modelo norteamericano y el argentino como sistema adscrito no debe de sorprender; en tanto en los sistemas adscritos a un modelo kelseniano esta práctica mutativa judicial si debe llamarnos la atención a los efectos de su indagación empírica y un análisis más detallado.

Preliminarmente y sin haber efectuado un agotamiento de los sistemas testigos de la investigación, podemos afirmar preventiva y preliminarmente que el proceso de hibridación y convergencia que los sistemas derivados están asumiendo resultan coherentes con el proceso de expansión de la justicia constitucional y de la búsqueda de nuevos y más eficientes mecanismos de protección de derechos.

De esta relevamiento casuístico provisional sobre los “fallos institucionales” como criterio de selección jurisprudencial, se evidencia un proceso de reformulación jurisprudencial sobre los límites y reglas del “*sistema tradicional o clásico*” de control de constitucionalidad federal argentino, derivando en una consecuente flexibilización del diseño original; lo cual nos convoca a avanzar en el resto de la investigación sobre 3 cuestionamientos centrales:

- Control de constitucionalidad argentino: ¿estabilidad de reglas o flexibilidad del ejercicio de control?
- Hacia dónde se dirige el control en Argentina: ¿hibridación y convergencia o transformación de sistema?
- El proceso jurisprudencial de reformulación del control: ¿exceso o atribución?

Del relevamiento jurisprudencial efectuado hasta el momento se evidencia un aparente debilitamiento de las notas modélicas puras norteamericanas propias del sistema tradicional argentino, apartándose de la rigidez tradicional; y poniendo en evidencia el ejercicio de una función política y no meramente técnica.

Tal como fue anticipado, esto resulta coherente y alineado con el proceso de expansión de la justicia constitucional a nivel mundial que autores como Pegoraro, Cappelletti, Mezzetti, Fernández Segado y Nogueira Alcalá dejan en evidencia; producto de la búsqueda de nuevos y más eficientes mecanismos de protección de derechos y garantía de la constitución.

El objetivo de la investigación nos reclama aun efectuar un relevamiento pormenorizado, que inicialmente llevaremos adelante sobre el sistema ecuatoriano de matices mixtos pero de clara adscripción al modelo concentrado, pretendiendo resolver si la hibridación y convergencia que acreditan resulta, al igual que en Argentina, de una marcada intervención activista judicial; lo cual en definitiva llevaría también a debilitar la creencia de estabilidad que el modelo kelseniano prometía a los efectos de un examen lógico, abstracto que solo tendía a perfeccionar el sistema normativo más que a la atención de problemáticas particulares.