UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Catolica Argentina

Gallo, Orlando J.

El poder judicial en la organización constitucional

Prudentia Iuris Nº 74, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Gallo, O. J. (2012). El poder judicial en la organización constitucional [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/poder-judicial-organizacion-constitucional.pdf [Fecha de consulta:.....]

EL PODER JUDICIAL EN LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL

ORLANDO J. GALLO*

Resumen: La potestad judicial en el principio del constitucionalismo moderno aparece diseñada de modo impreciso y sin función clara. Ella adquiere entidad en el derecho norteamericano cuando la propia jurisprudencia diseña el control de constitucionalidad. Este es resistido por el derecho continental europeo, aunque finalmente aceptado, con otras modalidades, luego de la Segunda Guerra Mundial. Con el tiempo ese poder excede el mero control de las leyes, para transformarse a través de sus sentencias en órgano que compite en la creación del derecho con los poderes políticos encargados de la función de gobierno. El autor considera que esa función basada en principios de normas internacionales de discutible vigencia y sin el freno de la consideración, por el nominalismo que la anima, de la existencia de un orden objetivo termina originando un poder incontrolable con riesgo de destrucción social.

Palabras clave: División de poderes - Poder Judicial - Control constitucional - Tribunales Constitucionales - Neoconstitucionalismo.

Abstract: The judicial authority in the beginning of the modern constitutionalism appears conceived in an inaccurate way and without a clear purpose. It appears in the American Law where the constitutional control is delineated in its jurisprudence. This is resisted by the Continental European Law, although finally accepted, with other modalities after the Second World War. With the time this power exceeds the mere control of laws through its decisions, to become a decisional organ that competes in the creation of law with the powers of the Estate. The author considers that this function based on international laws and on international principles of questionably validity and without the control of the existence an objective order creates an uncontrollable power with the risk of social destruction.

* Profesor titular ordinario de grado, posgrado y doctorado (UCA), director del posgrado de Especialización en Derecho Constitucional (UCA), presidente del Centro de Derecho Constitucional (UCA), doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Keywords: Separation of powers - Judiciary - Constitutional control - Constitutional Courts - New constitutionalism.

El constitucionalismo moderno lanza con criterio axiológico la idea de la separación de poderes como exigencia de la organización constitucional. La separación de poderes, en esa concepción, no apuntaba tanto a la funcionalidad de su desempeño, para perseguir una mayor eficacia en su tarea, sino a que cada órgano tuviese competencias diferentes de las que resultaren de su ejercicio un mutuo control en defensa de la libertad.

Ese es el criterio con que lo formula Locke sistematizando su observación del sistema político inglés, lo extrae Montesquieu de esa misma realidad y lo consagra el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución".

Los hombres del iluminismo efectúan una construcción racional inspirada en la contemplación de una realidad empírica que fue fruto de la evolución y lucha entre los estamentos sociales y el rey en la historia de Inglaterra. No fue ese un proceso uniforme ni unitario, pero fue el resultado luego de algunos siglos.

Los pensadores del continente idealizaron una construcción que tenían al otro lado del Canal de la Mancha con la intención de establecer un modo de organización social que garantizara la libertad. La realidad que contemplaron contenía modalidades específicas que no eran exactamente iguales a lo imaginado, al extremo de que aún hoy esa realidad inspiradora no refleja la división de los poderes que imaginaron sus divulgadores[1].

Los hombres del iluminismo eran crudamente positivistas, no porque creyeran ciegamente en el derecho escrito y renegaran del no escrito tan solo por no tener ese carácter, sino porque mediante la ley formal buscaban cambiar de un solo golpe formas de gobierno y siglos de tradiciones y derecho consuetudinario.

Por ello pensaron en las funciones del poder desde el punto de vista jurídico: la creación, ejecución e interpretación de la ley, que debía ser necesariamente escrita. No se pensó en tanto en la armonía y eficacia de un buen gobierno, propio de la división de carácter funcional, sino en el criterio axiológico de defensa de la libertad[2].

La ley sería expresión de la soberanía popular manifestada en la Asamblea, conformando la garantía de libertad, porque emanada del pueblo constituiría, sin duda alguna, un reaseguro de la misma.

Los pensadores de la época estaban imbuidos de una impronta ideológica de transformación social; la voluntad popular está también manifestada en la costum-

[1] Aún hoy, el sistema constitucional inglés no exhibe la división de poderes que construyeron los autores que se inspiraron en él.

[2] En este sentido, Aristóteles en *La Política* pone de manifiesto las características de cada magistratura y el conocimiento y temperamento de quienes deben ejercerlas. Ver ob. cit., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. Traducción de Julián Marías, Libro VI, cap. 14 en a. Asimismo, Platón en *La República* divide las funciones conforme los temperamentos y el tipo de vida entre artesanos, guerreros y filósofos gobernantes, cf. Libro V.

bre; no hay mayor expresión de voluntad popular que el derecho costumbrista que refleja el acatamiento durante un tiempo prolongado, de normas de comportamiento que se tornan obligatorias por el uso. El uso es la manifestación más indudable y permanente de asentimiento[3].

Pero para el racionalismo solo la ley hace al derecho; todo lo que es ley es derecho, por lo tanto no hay derecho contra la ley. Luego el Poder Legislativo es ilimitado. Como se ve, el papel moderador del poder que pretendía efectuar la división de los poderes así concebido no produce, a la larga, el resultado de tal. Los cuerpos colegiados, que eran los representantes de los cuerpos sociales a quienes se aplica la ley, ahora podían crear leyes sin limitación.

Ello al principio no fue tan así pues si bien la revolución iluminista era firme y profunda en sus ideas, tenía su freno en la realidad social expresada en el derecho y las costumbres anteriores, que funcionaban como barrera de contención y como moderación a cualquier exceso. Pero una libertad sin límites con una exaltación del hombre sin límites hizo que se destruyeran, con el tiempo, esas barreras. El hombre moderno, sin límites superiores a sus propios proyectos, sin antepasados, sin creencias, sin costumbres, quedó desarmado ante el poder[4].

El poder, cuyo titular era el pueblo, se fue quedando sin el pueblo real. El pueblo real es lo que Burdeau[5] llama el hombre situado; el hombre con sus intereses y sus apetencias concretas y cotidianas; lo que en la época revolucionaria se encontraba ubicado en los estamentos y en los gremios, quienes designaban a sus representantes, a los Estados Generales, Cortes y Parlamentos con mandato imperativo.

Probablemente cuando se diseña el moderno constitucionalismo ese sistema se encontraba en gran parte esclerosado; pero su sustitución no dio en los países latinos mejor resultado y hoy en día se encuentra en clara desintegración[6]. Por otra parte, el representante del soberano lo hace a través de la intermediación de grupos políticos de representación ideológica, por lo que se han divorciado de los cuerpos sociales con sus intereses concretos.

Los hombres del siglo XVIII detestaban a los grupos intermedios representantes de los contrapoderes sociales. En el constitucionalismo continental, la Asamblea General, nacida de la Revolución de 1789, adopta entre sus primeras medidas la abolición de todas las distinciones sociales, entre ellas las corporaciones, mediante la ley Chapellier. El destinatario de la soberanía nacional es el individuo autónomo, ente abstracto, sin ninguna inserción como tal en las fuerzas reales que integran la sociedad.

A partir del siglo XVIII la conexión entre el individuo aislado y el poder, sea para integrarlo, sea para ser escuchado fueron instrumentos de conformación fun-

[3] Vázquez de Mella sostenía que las tradiciones y costumbres eran el sufragio universal de los pueblos (cit. por BIDART CAMPOS, G., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, T. I., pág. 75).

[4] Decía Renán E.: "[…] nuestros padres vivieron de una sombra, nosotros de la sombra de una sombra, ¿de qué vivirán nuestros hijos?", cit. en ROMMEN, H., *El Estado en el Pensamiento Católico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pág. 204.

[5] BURDEAU, G., *La Democracia*, Barcelona, Ariel, 1ra. ed., 1959, pág. 39 y sigs.

[6] La desintegración de los partidos políticos y la inautenticidad del régimen representativo imperante no solo puede verse en nuestro país, sino también en Italia, España, Bélgica y Francia, entre otros.

damentalmente ideológica: los partidos políticos. Su institucionalización y formalización fue lenta pues fue necesario un largo camino para sustituir las solidaridades de intereses por las ideológicas. Obviamente, las grandes tendencias se agrupaban en cuerpos con voluntad e incidencia políticas, pero sin la organización y las características que tuvieron más tarde. Tanto es así que las constituciones de los siglos XVIII y XIX no hacían mención a los mismos, recién lo hacen las que se sancionan ya bien entrado el siglo XX.

La representación del partido es fundamentalmente ideológica (en efecto, los partidos políticos son expresión de tendencias políticas para gobernar, no de los grupos sociales). Al ostentar el monopolio de la representación, están a menudo alejados de los hombres concretos que los eligen y más acercados a los líderes de los grupos de pensamiento al que pertenecen y que son quienes directa o indirectamente deciden sobre las candidaturas. Las luchas políticas banderizas ocupan el lugar de la puja por establecer el equilibrio político más cerca o más lejos de un determinado sector social.

El nucleamiento por las ideas no es desdeñable, pero cuando él se hace exclusivo y monopoliza la formulación de las candidaturas, es insuficiente y peligroso. Cuando una misma bandería domina a la vez el Ejecutivo y el Legislativo se diluye la división de poderes planeada y deja de existir el control y el contrapeso. Cuando sucede lo contrario es probable que ocurra una parálisis en los órganos de gobierno[7].

En la representación ideológica existe menos diversidad que en la representación de los distintos intereses sociales, de modo que es más fácil la polarización en dos o tres corrientes enfrentadas por la lucha por el poder al cual esterilizan en su eficacia hasta conseguir el triunfo de una de ellas.

La moderación del poder y su control al que se aspiraba en los inicios del moderno constitucionalismo se ha encontrado permanentemente en riesgo por el modo de su instauración.

El papel del Poder Judicial: El Poder Judicial ha sido en la historia del constitucionalismo el menos definido, el más difuso y, generalmente, el más frágil de los tres poderes. Sagüés llega a decir que si se lo compara con sus pares de las otras dos potestades ha padecido una debilidad congénita que se suma a una crisis de identidad[8].

En efecto, en tanto que el Ejecutivo fue heredero del poder del monarca y el Legislativo se atribuyó la representación del pueblo soberano, el Judicial se encontró huérfano. Esta orfandad del Poder Judicial se debe en realidad a su novedad en el concepto que del mismo efectúa el moderno constitucionalismo. Se debe precisamente a la consideración de las funciones del poder del Estado, en la formulación de la doctrina de la división de poderes; en ellas se atendía solamente a las funciones jurídicas del poder; si se contemplaba quién creaba la ley y quién la ejecutaba, era necesario ocuparse de quien solucionara las disidencias en caso de conflicto; "la po-

[7] Con mayor extensión he desarrollado el tema en "Las funciones políticas y las funciones jurídicas del poder", *ED*, T. 76, pág. 817 y sigs.

[8] Cf. SAGÜÉS, N., *El Tercer Poder,* Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pág. 3.

tencia ejecutora de aquellas (cosas) que dependen del derecho civil […] se llamará a esta última la potencia de juzgar […]"[9].

En realidad, si bien se hacía mención a las tres potestades, la Judicial no tenía gran relevancia práctica en el pensamiento de la época. Los teóricos la pensaban solamente para los conflictos entre particulares y no para el control o la limitación de los otros poderes. Fue recién en plena Revolución Francesa cuando Sieyés, luego de formular su teoría del poder constituyente, formula más tarde la idea del control constitucional.

En Inglaterra, en cuyo sistema político se inspiró Montesquieu, si bien se conoció el control del Parlamento por parte de los jueces a través de los fallos de Coke[10], el triunfo parlamentario sobre el Rey en la Gloriosa Revolución, ocurrida no mucho tiempo después, hizo que el papel del Poder Judicial quedara reducido a la tarea de administración de justicia entre particulares. Locke mismo ni siquiera lo menciona expresamente en los poderes que enuncia[11].

La Francia revolucionaria desconfió de los jueces a quienes los consideró un apéndice del antiguo régimen. No hay que olvidar que, luego de la revolución, el primer tribunal de casación fue la propia Asamblea; ella hacía la ley y podía revocar las interpretaciones de los jueces que consideraba contrarias a su espíritu[12]. La Constitución de 1791 prohibía a los tribunales suspender la aplicación de las leyes y, como refiere Vanossi, las constituciones francesas posteriores nunca han conferido a los jueces la facultad de declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo[13].

Fue en la república norteamericana donde a la administración de justicia se le dio un rol verdaderamente preponderante, al punto tal que el Judicial se hizo acreedor al nombre de Poder, a través de la creación ya formal del sistema de control de constitucionalidad creado por el chief justice Marshall.

Tal vez Marshall no tuvo originalmente conciencia de la real trascendencia universal de la decisión que inspiró, lo que ocurre a veces con las grandes creaciones de la historia[14]. Marshall encontró una solución a la vez coyuntural y permanente al problema que se planteaba; coyuntural por la situación política que se vivió, de la cual fue consecuencia la cuestión judicial planteada y permanente porque resultó una creación genial con trascendencia hasta nuestros días[15].

[9] Cf. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, L XI, Cap. VI.

[10] LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, T. II. pág. 255 y sigs.

[11] LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Aguilar, 4ta. reimpresión, 1980, Caps. XII y XIV. Allí se refiere a los poderes, legislativo, ejecutivo, federativo y de prerrogativa.

[12] Cf. MERRYMAN, J. H., *La Tradición Jurídica romano-canónica*, México, F.C.E., cap. III. Allí efectúa interesantes reflexiones sobre la consideración de la magistratura judicial y su comportamiento, entre el sistema de derecho continental y el *common law*.

[13] Cf. VANOSSI, J., *Teoría Constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1976, 1ra. ed., T. II., pág. 77.

[14] En efecto: lo mismo ocurrió con la forma federal del gobierno, cuya creación constitucional moderna fue obra de la constitución norteamericana, pero no tenía tanta claridad en toda su dimensión lo que estaban creando, que casi un siglo después fue, luego de una guerra civil con más de medio millón de muertos, el fallo de la Corte Norteamericana en "Texas *vs.* White" quien les definiera en una frase breve y clásica, las características del federalismo.

[15] En cuanto a la cuestión coyuntural planteada y el razonamiento de Marshall, cf. BIDEGAIN, C. M., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1ra. ed., 1994, T. I., pág. 125 y sigs.

La realidad es que a partir de la creación del control de constitucionalidad, aunque rigió solamente en la constitución norteamericana y en quienes se inspiraron en ella, el Poder Judicial adquirió real o potencialmente otra dimensión.

El derecho continental siguió resistiéndola durante más de un siglo, a pesar de que el mismo Sieyés y más tarde también Constant pensaran en la necesidad de controlar a los poderes políticos por medio de un poder moderador que frenara los excesos de los poderes constituidos e hiciera de árbitro para atemperar los desvíos de los mismos.

Avanzado el siglo XX fue Kelsen quien diseñó para la constitución austríaca un sistema que no es igual al norteamericano, pero que apunta a controlar al legislador por sus excesos respecto de los planes constitucionales. Pero allí quedó, sin tener en realidad vigencia, aunque sí ejemplaridad. Fue recién después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la influencia de los juristas europeos que analizaron en su exilio el sistema norteamericano, sumados a la prédica y presión de los Estados Unidos transformados en primera potencia mundial y constituidos en la policía de Europa de la posguerra, hizo florecer los Tribunales Constitucionales con procedimientos próximos al diseño kelseniano.

La resistencia de los europeos es explicable, porque el sistema de control de constitucionalidad de base norteamericana que cumpliera doscientos años no hace mucho más de un lustro[16], fue aceptado no sin resistencias aun en los Estados Unidos.

Así el juez Gibson, del Superior Tribunal de Justicia del Estado de Pennsylvania, en el caso "Eakin *vs.* Raub", de 1825, sostenía, efectivamente, que si una ley era contraria a la constitución, ella era inaplicable; pero de ello no se seguía que los jueces puedan, por sí, establecerlo, usurpando de esa manera la autoridad de los legisladores. Que el juramento de cumplir la constitución lo hacían todos los funcionarios, no solo los jueces y que éstos no están autorizados para analizar la idoneidad de los legisladores en su cumplimiento. Importantes juristas como James Bradley Thayer, Charles L. Black y Laurence M. Tribe intervinieron en las discusiones cuestionado la creación de Marshall[17].

El control judicial de constitucionalidad, que no está en el texto escrito, nace en el sistema norteamericano como facultad implícita de los jueces. Efectivamente el mismo razonamiento de Marshall lleva, de suyo, que esa atribución que estaba en el pensamiento de algunos constituyentes de Filadelfia, aunque no se plasmó en la Constitución[18], se encontraba en la función propia de los jueces. Si los jueces debían aplicar las normas superiores en detrimento de las inferiores, iba de suyo que no podían aplicar las leyes que fuesen inferiores a la constitución cuando aquéllas la contradijeran.

En el continente, si bien la función de los jueces era similar, existían por una parte vallas culturales muy intensas de resguardo y por la otra establecieron la

[16] Dicho aniversario pasó casi sin trascendencia o, por lo menos, sin la trascendencia que mereciera por su importancia.

[17] Cf. BARRANCOS Y VEDIA, F., "Un tribunal constitucional para la Argentina", *La Ley*, Suplemento Constitucional, 30-4-2007, pág. 2.

[18] Ver así las referencias de Hamilton en el Cap. 76 de *El Federalista*.

prohibición de dejar de aplicar las leyes en la Constitución Revolucionaria de 1791 y aún antes en la ley del 16 de agosto de 1790.

Fueron los propios jueces quienes se atribuyeron esa facultad, tanto en Estados Unidos como en la Argentina, sin mencionar, sino mucho tiempo después, que los tribunales tenían atribuciones implícitas.

En nuestro caso, la Constitución tan solo se refiere a las facultades implícitas del Congreso (Art. 75 inc. 32), pero ellas también corresponden al Ejecutivo en el ámbito de su actividad y, necesariamente, al Poder Judicial. Nuestra Corte Suprema las ha invocado en numerosas oportunidades, si bien lo ha hecho expresamente más de un siglo después de su vigencia[19].

Por otra parte, cabe destacar que no solo la facultad, sino también la amplitud para efectuar el control de constitucionalidad no ha sido una cuestión atribuida por la ley, sino que ha sido la propia jurisprudencia. Fue la Corte Suprema de Justicia quien ha modelado esta facultad, salvo obvias cuestiones procesales contenidas necesariamente en los códigos de forma.

Fue también la jurisprudencia de dicha Corte quien modeló con exactitud el recurso extraordinario, contenido en solo tres artículos de la Ley Nº 48; fue su jurisprudencia quien estableció el alcance de la autorestricción en el caso del control de constitucionalidad de las llamadas cuestiones políticas o reservadas a los otros poderes, como también lo referido al control de constitucionalidad de oficio. Todo esto pone de manifiesto que también los otros poderes han respetado esta facultad implícita como una zona de reserva.

Invasión y límite de la tarea judicial: Desde mediados del siglo veinte se ha instalado el control de constitucionalidad en Europa continental, mediante el sistema de tribunales constitucionales que no integran el Poder Judicial, ellos contribuyeron a dar otro sesgo al papel de la potestad judicial.

El recuerdo de la historia inmediata y los crímenes de la guerra influyeron para que la justicia fuese más allá de la ley y dejara de lado garantías procesales establecidas en sus nuevos textos constitucionales, aplicando en su lugar principios jurídicos extraídos de sus textos constitucionales, aún cuando contradijeran sus normas.

Para ellos no era suficiente la concepción del Estado de Derecho, porque quienes habían cometido los agravios obraban conforme al derecho estatal dentro del cual estaban insertos. No se los podía juzgar conforme a los criterios del Estado de Derecho, había que juzgarlos conforme a principios, no conforme a normas positivas. Inicialmente se juzgaron los crímenes de guerra, pero luego esa concepción se proyectó sobre todo el derecho.

La mayoría de los países hispanoamericanos que, en un principio, siguieron la modalidad norteamericana, paulatinamente se han ido apartando de ella estableciendo tribunales constitucionales que sustituyen o comparten el control constitucional con el Poder Judicial.

[19] Así, por ejemplo, en "Pérez de Smith" (*Fallos*: 297:340 y 300:1286); también en "Berrueta" (*Fallos*: 301:205) y en otras oportunidades, como las referidas a casos de ajuste de sueldos judiciales que quedaron rezagados por la inflación ("Bonorino Peró", *Fallos*: 307-II-2174).

Al haber nacido con la práctica del control por parte del Poder Judicial, existe en los mismos una pauta cultural específica que es distinta de la europea y se acerca a la nuestra, en orden a una mayor independencia formal del Poder Judicial y al reclamo de control por parte del mismo, respecto a sujeción de las leyes con las disposiciones constitucionales.

El control de constitucionalidad nace como una gran creación, pero acotado, autorestringido y limitado. Durante mucho tiempo los tribunales tuvieron una actitud prudente respecto al uso de esta atribución. La regla general con la que se analizaba la cuestión era la de la presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. Conocida es aquella frase tan repetida por nuestra Corte Suprema: "La declaración de inconstitucionalidad de una ley es acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una última ratio del orden jurídico"[20].

En el esquema inicial del constitucionalismo moderno correspondía a los poderes políticos el poder de establecer normas y a los jueces el de impedir su aplicación cuando ellas fuesen contrarias a la constitución (*pouvoir d etablir*; *pouvoir d empêcher*). Empero los jueces ampliaron ese campo tan importante, pero acotado de su función. Sea en su anhelo de impartir justicia concreta, sea por su formación jurídica, sea por su visión política o porque el Poder Judicial debe ser independiente de las partes que litigan, pero no de la realidad en que vive, dejaron parcialmente ese restringido límite. A ello contribuyeron también las deficiencias del Poder Legislativo en su tarea, consecuencia directa de la inautenticidad en la representación y en la crisis de los organismos de transferencia del pueblo a la dirigencia.

Así aparecieron las sentencias integradoras, que agregan a la ley algo que ella no contiene, con el objeto de que se cumplan lo que estiman fines constitucionales; o darles a las normas interpretadas un contenido diferente para tornar constitucional la ley interpretada. A estas últimas situaciones, de acuerdo al grado de cambio, suele llamárselas también sentencias sustitutivas o aditivas[21].

Pero también existen fallos que ya no solo modifican la ley, sino que la derogan, a veces con efecto retroactivo o que la validan temporariamente pero profetizan que la van a invalidar si el Legislativo no la cambia en determinado tiempo. Así están las sentencias de inconstitucionalidad ex tunc o ex nunc y las de inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal (CSJN, en "Rosza, Carlos Alberto", 23-5-2007).

La potestad judicial que, inicialmente, aparecía en la concepción de los teóricos de los siglos XVII y XVIII como un complemento de las otras potestades y sin una identidad definida tomó enorme importancia a estos lados del atlántico al controlar a las otras potestades a las que limitaba si excedían las facultades que les otorgaba la Constitución. Pero ese control sólo podía hacerlo ante el requerimiento de parte estando imposibilitada para efectuar el control de constitucionalidad de oficio.

[20] CSJN, *Fallos*: 248:398; 285:322; 303:248; 312:72; etc.

[21] Un amplio desarrollo de la moderna tipología de sentencias con acopio de nutrida bibliografía efectúa OLANO GARCÍA, H., "Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano", *EDCO*, T. 2005, págs. 323-340.

Más tarde fueron los propios constitucionalistas quienes le reclamaron que efectuase el control a los otros poderes por su omisión en el desarrollo de los derechos constitucionales (la inconstitucionalidad por omisión) y luego fue el propio Poder Judicial quien se ha inmiscuido, a veces peligrosamente, en el juzgamiento de las cuestiones privativas de los otros poderes, llamadas más o menos impropiamente políticas o no justiciables.

Bajo la influencia de los Tribunales Constitucionales Europeos, con posterioridad a la segunda posguerra, como por arte de birlibirloque, esos temas antes discutidos parecen nimiedades porque ahora los superiores tribunales o las cortes constitucionales crean un derecho constitucional pretoriano.

Más aún, a veces, lo hacen contra la letra constitucional misma, invocando principios que expresan extraer del derecho internacional consuetudinario o del derecho de gentes, creando o derogando normas con vocación de obligatoriedad y permanencia[22].

Paradojal situación es la que se ha creado. El derecho constitucional moderno y la división de poderes introducida en él como condición imprescindible para la defensa de la libertad, la que se ejercía del control mutuo entre los poderes, termina creando normas que son en realidad incontrolables, pues las establece el principal controlador de los poderes políticos.

Efectivamente: existe una especie de prevención natural contra el Ejecutivo, por cuanto ha sido históricamente el órgano a controlar y principal autor de los excesos de poder. El Legislativo, a su vez, si bien representante al principio de los cuerpos sociales, no ha gozado siempre de intangibilidad y prestigio, sufriendo en su desenvolvimiento histórico una degradación en la representación y en la calidad de sus componentes. Pero la administración de justicia, una de cuyas condiciones de existencia ha sido la intangibilidad y la independencia, fue históricamente y, sobre todo, modernamente, el órgano de mayor prestigio y cuyas decisiones gozan de presunción de justicia.

A ese órgano, en cuanto a sus decisiones concretas, no existe quien lo controle si bien, a través de los sistemas de remoción, su evaluación en cuanto a la generalidad de su desempeño la contemplan todas las constituciones.

Los autores contemporáneos describen el órgano judicial a través de dos características que consideran fundamentales: la profesionalidad y la independencia. La primera de ellas se refiere evidentemente a la competencia técnica que es necesaria para quien efectúa decisiones jurisdiccionales: ser un experto en derecho. La segunda se refiere a su independencia respecto de los poderes políticos y del ejercicio de la política[23].

Admitir como creadores de derecho sustancial a intelectuales divorciados de la actividad gubernativa, que a la vez gozan del prestigio que emana de sus méritos técnicos y de la tradición de la tarea que desempeñan, es, en principio, peligroso.

[22] En nuestro país la Corte Suprema en "Lariz Iriondo", "Arancibia Clavell", "Simón", "Mazzeo", entre otros fallos.

[23] Ver, p. ej., DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1ra. ed., 1962, pág. 138 y sigs.

Puede admitirse, y es beneficiosa, la creación de normas procesales por parte de la justicia, cuando esas normas permiten la efectivización de derechos contenidos en el sistema jurídico pero que no se pueden ejercer por falta de vías de acceso, pero otra muy distinta es la creación de normas sustanciales o la derogación de hecho de las mismas por parte de quien debe aplicarlas[24].

Aquí renace para el derecho la preocupación expresada en el viejo brocardo romano: "Quid custodiat custodes".

El Poder Judicial, como garantía de justicia, debe limitarse a aplicar las normas, a interpretarlas, a facilitar procesalmente su aplicación o a impedirla cuando fueren contrarias al espíritu inspirador de la convivencia expresado en la organización constitucional.

A ello debe reducirse su función, que también es política, pero no a la creación de derecho sustancial ni a invadir funcionalmente el campo de los otros poderes. La dinámica del constitucionalismo moderno, imperado en parte por los condicionamientos de su origen, ha llevado a la potestad judicial por otros caminos.

Es que el constitucionalismo moderno nace con raíz positivista por cuanto el positivismo es el medio más eficaz y rápido de transformación del derecho y de la sociedad. Al cabo de dos siglos, habiendo cambiado los valores imperantes y permaneciendo el hombre en la búsqueda de su propia exaltación, el positivismo le es insuficiente a todos los esquemas ideológicos basados en el nominalismo.

Los políticos, formados en el constitucionalismo positivista, carecen del dinamismo que sí tienen hoy los juristas formados en universidades dominadas por el pensamiento nihilista y que propicia el constructivismo social y el de la propia naturaleza humana. Esos juristas integran el pináculo de las estructuras judiciales estaduales y los tribunales internacionales. Ellos están creando un nuevo derecho constitucional, donde el texto ya no es límite sino principio y programa.

La potestad judicial va en rumbo de transformarse en el nuevo artífice del derecho, una especie de "aristocracia togada" que se presume prestigiosa y equidistante de los intereses. De hecho, un poder indiscutible e incontrolable.

Enorme riesgo en la formulación del derecho, que no es menor que el que puede originar un autócrata o un parlamento incontrolable.

Es que si no se toma como punto de partida el realismo que parte de la posibilidad del conocimiento de la naturaleza de la persona humana que lleva, en el plano de los principios, a la objetividad de los derechos, la sociedad seguirá ensayando caminos que ponen en riesgo su destrucción y la degradación del hombre.

[24] En el primer caso tenemos la creación pretoriana de la vía procesal del amparo o la sugerencia al legislador de la vía procesal de las acciones de clase ocurrida en "Halabi", pero me parece riesgoso y condenable la derogación temporaria de normas sustanciales o su creación como ocurriera en "Sejean" o en los casos citados en la nota 20.