

SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA

Gustavo A. SZARANGOWICZ*

Sebastián D. TOLEDO**

SUMARIO: I. *Origen normativo y jurisprudencial de la jurisdicción constitucional en la República Argentina.* II. *Características del control de constitucionalidad.* III. *Actualidad jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad.* IV. *Algunas propuestas de constitutioe ferenda.* V. *Colofón.*

I. ORIGEN NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El artículo 31 de la Constitución de la Nación Argentina (CN) establece la supremacía jerárquica del propio documento constitucional en los siguientes términos: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales...”. La reforma constitucional de 1994, por su parte, introdujo una proposición normativa por la cual ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos (se enumeran taxativamente once de ellos y previó un mecanismo especial para realizar incorporaciones a la nómina)

* Docente de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; secretario administrativo del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

** Docente de Derecho constitucional y de Teoría general del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; secretario académico del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (artículo 75, inciso 22, CN).¹ Dicha supremacía importa que, en un sistema democrático como el argentino, la Constitución es la base fundante del sistema jurídico² y que existe un escalonamiento jerárquico normativo en virtud del cual las normas y los actos de los órganos estatales y de los particulares deben ajustarse a las disposiciones que se encuentran en gradación superior dentro del sistema, exigiendo coherencia tanto en los aspectos formales (referidos a los mecanismos previstos para la formación o dictado de una norma dada) como materiales (los que atañen al contenido de dichas normas en relación con lo prescripto en las de mayor rango). Al respecto, ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que:

El palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución; ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal.³

Kelsen ha afirmado que:

La función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar los órganos y el procedimiento de la legislación, así co-

¹ Bidart Campos denomina “bloque de constitucionalidad federal” —que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico— al “texto documental y codificado de la constitución formal más los instrumentos internacionales consignados en el inciso 22 del artículo 75” (Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, p. 413). En adelante, entiéndase que la alusión a la Constitución de la Nación Argentina como cúspide del sistema de gradación jerárquico-normativo argentino refiere al mencionado bloque de constitucionalidad federal.

² Véase Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota anterior, p. 398; *id.*, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 88 y ss.; *id.*, “¿Qué es una Constitución?”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, pp. 7 y ss.; Ferreyra, Raúl G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, México, Porrúa, 2004, pp. 44 y ss.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* E. Sojo, fallos 32:128.

mo, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes.⁴

Para completar el esquema de la estructura jerárquica del sistema jurídico argentino, corresponde hacer referencia a la característica de rigidez constitucional consagrada en el artículo 30, CN, que establece un procedimiento especial (agravado, en contraste con el procedimiento ordinario de sanción de normas infraconstitucionales) para la reforma de la misma. El mencionado artículo reza: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.⁵ Estas características de escrita y rígida de la Constitución permiten afirmar que la actuación de los poderes constituidos y de los particulares en la República Argentina se encuentra encorsetada y protegida —a la vez— por las disposiciones constitucionales: encorsetada, en tanto la actividad del Estado y de los particulares no podrá exceder los límites constitucionales; protegida, toda vez que en los sistemas constitucionales democráticos “el Estado debe legitimarse mediante la procreación y respeto del ambiente necesario para la realización de los derechos fundamentales”.⁶ Esto último ocurre a partir de las propias previsiones constitucionales. Es así como “la Constitución asume el significado de norma constitutiva y reguladora de la vida política asociada, de pacto social, de ley fundamental capaz de conformar la entera vida constitucional”.⁷

La supremacía jerárquica de determinada norma (la constitucional, en este caso) dentro de un sistema jurídico dado sería un concepto vacío y

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 280. Véase también, *id.*, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 20 y 21.

⁵ Para un análisis exhaustivo del procedimiento de reforma de la Constitución federal argentina y su relación con el control de constitucionalidad, véase Ferreyra, Raúl G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

⁶ Ferreyra, Raúl G., *op. cit.*, nota 2. En igual sentido, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 53 y ss.

⁷ Celotto, Alfonso, *Formas y modelos de justicia constitucional: un vistazo general*, Buenos Aires, 2005, disponible en Internet: <http://www.circulodoxa.org/documentos/>.

carente de sentido si no existiesen mecanismos que la garantizaran. En efecto, ante la ausencia de tales mecanismos se estaría frente a la posibilidad de que una norma inferior contradijere a una norma jerárquicamente superior sin contar con herramienta institucional alguna para imponer la supremacía de esta última, desvirtuándose así la supuesta estructuración del sistema. Dicho en otros términos, la custodia de la supremacía jerárquica constitucional no puede dejarse a la buena voluntad de los poderes políticos constituidos, ya que, por negligencia o intencionalmente, éstos tenderán a sobrepasar los límites constitucionalmente previstos.⁸ Así, Häberle apunta que “La Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad: no es sólo limitación del poder del Estado, sino que también autoriza a dicho poder. La Constitución abarca al Estado y a la sociedad, y por ello, la jurisdicción constitucional como fuerza política actúa de entrada más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad”.⁹

Cuando se rompe la relación de coherencia que exige la gradación jerárquica normativa constitucionalmente prevista, aparece un vicio o defecto al que se denominará inconstitucionalidad.

Tiene dicho Germán Bidart Campos al respecto que:

Todo el sistema garantista de defensa de la Constitución y de control de constitucionalidad es el que provee el instrumental para la exigibilidad que la fuerza normativa de la Constitución requiere. No es que la Constitución carezca de esa fuerza; lo que ocurre es que su efecto útil (cuando no lo surte por aplicación y cumplimiento espontáneo de los operadores tiene que ser impelido y exigido mediante el uso instrumental del aludido sistema garantista.¹⁰

La supremacía jerárquica de las normas constitucionales y la necesidad de preservar los derechos en ella consagrados frente a eventuales avances de los poderes constituidos hace al fundamento del constitucio-

⁸ Señala Ekmekdjian que “el equilibrio [entre libertad y poder] se rompe permanentemente en beneficio del poder. Éste amplía su propio espacio permanentemente avanzando sobre su opuesto y trayendo aparejada la reducción, proporcionalmente inversa, del espacio de la libertad” (Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, I, p. 6). Véase también Ferrajoli, Luigi, “Garantías constitucionales”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2000, p. 42.

⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 282.

¹⁰ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución...*, cit., nota 2, p. 63.

nalismo democrático moderno¹¹ y constituye la esencia de la Constitución que, jurídicamente hablando, es un gran contrato político-social. Las principales cláusulas de ese megacontrato son los derechos de primera, segunda y tercera generación, cuyo reconocimiento, según el caso, los textos constitucionales confieren a los individuos, a los grupos de personas o a la colectividad o comunidad, respectivamente. Desde tal punto de vista, no cabe sino predicar que la tarea liminar que en este esquema debe asignarse a los poderes constituidos es concretar y respetar tales inscripciones iusfundamentales, las que en forma de principios y reglas se alojan en el texto constitucional, por decisión que llega a los poderes constituidos por obra de la previa concertación fijada por el Poder Constituyente.¹²

La propiedad de validez de una norma jurídica refiere al cumplimiento por parte del órgano del cual emana para actuar dentro de las atribuciones delegadas por un órgano superior.¹³ Así, se considera que una norma es válida cuando ha sido creada de conformidad con todas las normas que disciplinan su creación,¹⁴ es decir, cuando tenga lugar la regulari-

¹¹ Al respecto, Giancarlo Rolla tiene dicho que “los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son... una categoría dogmática del derecho constitucional... el constitucionalismo se ve nutrido de una raíz unitaria que se puede sintetizar en la intención de vincular el poder político con el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos una defensa cuando sus derechos se ven conculcados por los comportamientos arbitrarios o por abusos de los poderes públicos... Como manifiesta la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que... afirma que toda sociedad en la que no estén garantizados los derechos no tiene una Constitución”. De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales. Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales caracterizándolos —al mismo tiempo— como derechos subjetivos de la persona y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional” (Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 127 y ss.). Véase, también, Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 23 y ss.

¹² Ferreyra, Raúl G., *op. cit.*, nota 2, cap 3.

¹³ Véase Vernengo, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 306.

¹⁴ Véase Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 320; *id.*, “Rules Validity and Statutory Construction”, *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*, núm. 11, Italian Association of Compared Law, 1992, 229-247 (citado por Orunesu, Claudina *et al.*, “Inconstitucionalidad y derogación”, *Revista Discusiones*, núm. 2, 2001, p. 23) y Pérez Treviño, José, “Validez, aplicabilidad y nulidad. un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”, *Revista Doxa*, núm. 22.

dad de la producción normativa. Esto presupone la pertenencia de la norma al sistema jurídico y la existencia de normas que, también dentro del sistema, cumplen la función de regulación de la producción jurídica.¹⁵

La supremacía jerárquica de la Constitución dentro del sistema jurídico argentino, establecida en el artículo 31 de la CN devendría, como se ha dicho, en una mera abstracción si no se contara con algún mecanismo jurídico-institucional que permitiese hacer valer dicha supremacía en caso de colisión con cualquier norma de rango inferior.¹⁶ Esta colisión entre norma inferior y Constitución, como se ve, no se trata sino de un caso particular de invalidez normativa: la invalidez constitucional o inconstitucionalidad.¹⁷

Siguiendo este itinerario llegamos sin mayores hesitaciones a la conclusión de que debe garantizarse el respeto de los derechos constitucionales por parte de los poderes constituidos. Según Fix-Zamudio,

La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales... puede escindirse en dos categorías fundamentales... protección de la Constitución, y... garantías constitucionales... entendidas... como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores [de la Constitución].¹⁸

¹⁵ Véase Caracciolo, Ricardo, "Existencia de normas", *Revista Isonomía*, núm. 7, 1997, p. 162; Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 368 y ss.; Bulygin, Eugenio y Alchourron, Carlos, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 118-124.

¹⁶ Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 197.

¹⁷ Véase nuestra contribución "Sobre los alcances de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad normativa", *Doctrina judicial*, Buenos Aires, La Ley, 14 de julio de 2004.

¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1994, pp. 16-18.

En ese orden de ideas, afirmamos que la función jurisdiccional¹⁹ de salvaguarda de los derechos fundamentales frente al avance de los poderes constituidos resulta uno de los pilares sobre los que se asientan los sistemas constitucionales modernos, entre los que se cuenta al argentino.

Una de las principales garantías de la Constitución y de los derechos constitucionales la constituye la jurisdicción constitucional. Esta específica actividad jurisdiccional está orientada a dar custodia a los principios y reglas que integran el sistema constitucional y se materializa mediante la configuración de procesos y estructuras judiciales, comprendiendo las tareas encaminadas a la defensa de la Constitución, tanto de su contenido contextual como de la suprallegalidad que el instrumento supone, extremos que no se visualizan ni con esta intensidad ni con esta direccionalidad en el campo de la jurisdicción ordinaria.²⁰ Mediante el ejercicio de la

¹⁹ Sin pretender ignorar la discusión doctrinaria al respecto, en esta contribución utilizaremos el concepto de jurisdicción que propone Requejo Pagés en tanto aquella forma de aplicación del derecho que se distingue de otras modalidades, por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento jurídico (Requejo Pagés, José L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 90). Asimismo, dejamos clara constancia de que en nuestro entendimiento el poder jurisdiccional lo ejerce el Estado porque se lo ha delegado el pueblo en la Constitución.

²⁰ La bibliografía respecto del tema de la clasificación y modelos de control de constitucionalidad es muy abundante. Sólo se indicarán, a título ilustrativo, algunas autorizadas fuentes: Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992, t. I, pp. 31 y ss.; García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; Vanossi, Jorge R., "Introducción a los sistemas de control de constitucionalidad", *Recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Universidad, 1984 pp. 26-48; Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987; Helmut, Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, 1996, pp. 823-860; Gozáini, Osvaldo A., *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994; Sampay, Arturo, *La declaración de inconstitucionalidad*, Montevideo, Medina, 1957; Linares Quintana, Segundo, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, t. I, pp. 481-616; Fayt, Carlos Santiago, *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 1995; Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1988; Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo, Ingranusi, 2000; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657-703; "La

jurisdicción constitucional, esto es, mediante el control de constitucionalidad, los jueces declararán la invalidez (con diversos efectos, según el sistema jurídico de que se trate) de la norma inconstitucional. Bidart Campos afirma: “Por «jurisdicción constitucional» suele entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar, mantener y controlar la supremacía de la Constitución. La referida tutela parece recaer, fundamentalmente, sobre la actividad que, por ser infractora de la Constitución, se califica como inconstitucional o anticonstitucional”.²¹

Una norma que resultara inválida por violentar formal o materialmente las disposiciones de la Constitución —o de aquellas normas que, de jerarquía infraconstitucional, resultan jerárquicamente superiores a la norma en crisis (circunstancia que, indirectamente, también contraría a la CN por violentar la estructura jerárquico-normativa dispuesta por ésta en su artículo 31)— gozará plenamente de efectos, a menos que su invalidez sea declarada en instancia judicial. Es dable señalar, por tanto, que la norma inconstitucional se reputará existente:

La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico, y en especial un acto estatal, no es tal “objetivamente” porque es irregular; es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad... Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad... La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas.²²

Sentada la necesidad de contar con la función de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, restaba determinar a qué órgano del Estado se le encomendaría tan trascendente misión.

justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1997; Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 1988, pp. 23-209.

²¹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2005, t. II-B, p. 572.

²² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, cit., nota 4, pp. 37 y 42.

Al establecer el artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina (que encabeza el capítulo “Atribuciones del Poder Judicial”) que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...”, está atribuyendo a los jueces nacionales la facultad jurisdiccional respecto de los puntos regidos por el texto de dicha norma jurídica suprema. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo III, sección II, inciso 1o., de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, los jueces argentinos se ven constreñidos a fallar exclusivamente conforme a derecho, esto es, aplicando las normas jurídicas correspondientes o integrándolas sólo en el caso de laguna legislativa.

Si bien, tal como ocurrió en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica,²³ el texto constitucional argentino no atribuyó en forma expresa a ningún órgano estatal la facultad de revisar las normas infraconstitucionales a los efectos de controlar su coherencia con la norma que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, dicha carencia (nuevamente, como en el sistema norteamericano) fue suplida pretorianamente. En el célebre fallo *Marbury vs. Madison*, la Suprema Corte de los Estados Unidos, fundada en los principios de supremacía constitucional y republicano, sentó las bases de la facultad judicial de controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales razonando que, si la Constitución es jerárquicamente superior e inmodificable por los poderes constituidos, los tribunales deben abstenerse de aplicar disposiciones normativas que la contraríen, sencillamente porque “el acto legislativo contrario a la Constitución no es

²³ Sostiene Ferreyra que “no resulta difícil de explicar el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino y el rol de la Corte, dado que el Poder Judicial de nuestro país tiene como modelo inspirador al de los Estados Unidos de Norteamérica. Los propios fallos de la Corte se ocupan de confirmar dicha hipótesis (CSJN, fallos: 2:44), habiendo dejado el Tribunal, además, bien puntualizado que, los autores de la Constitución al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados Unidos en esta parte, como hicieron en las demás con muy pocas variaciones; y que la Constitución de la Argentina y la de los Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la CSJN”. (CSJN, fallos: 2:44). (Ferreyra, Raúl G., “Reflexiones y perspectivas acerca del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 4, 2000).

ley”.²⁴ Análogamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina fundó en 1888, veinticinco años después de su instalación, las bases de la jurisdicción constitucional,²⁵ cuando en el fallo Procurador Municipal c/ Doña Isabel A. de Elortondo s/ expropiación afirmó que:

Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.²⁶

De este modo se fijó pretorianamente en la República Argentina la facultad de los jueces de todas las instancias y competencias de controlar la constitucionalidad de la producción normativa infraconstitucional, así como de los actos de los órganos estatales y de los particulares.²⁷

Recordemos que varias reglas de la CN respaldaban implícitamente el itinerario jurisprudencial que tuvo el control de constitucionalidad: *a)* el principio de supremacía de la Constitución contenido en el citado artícu-

²⁴ “It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable”. (Suprema Corte de los Estados Unidos, *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. 137).

²⁵ Aunque nunca hasta entonces la Corte había considerado la constitucionalidad de la ley nacional, había, sin embargo, considerado la constitucionalidad de un decreto presidencial. De hecho, en 1863, justo después de su creación, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un decreto presidencial en Ríos (CSJN, fallos, 1:36). Además en Calvete, decidido en octubre de 1864, la Corte Suprema sostuvo que ella es intérprete última de la Constitución, y como consecuencia, cuando la validez de cualquiera de sus cláusulas esté en duda, aun en casos donde la causa haya sido decidida por un tribunal inferior, la sentencia estará sujeta a revisión por la Corte Suprema (CSJN, fallos 1: 345).

²⁶ Fallos 33:162.

²⁷ Fallos 208:184, 308:2268.

lo 31; *b*) el principio que confiere rigidez al texto constitucional, desarrollado en el artículo 30; *c*) el principio de razonabilidad de la reglamentación, establecido en el artículo 28,²⁸ que manda mantener inalterables las pautas constitucionales y *d*) el principio cuyo nacimiento marca el paso de la autotutela a la heterotutela, es decir, el tránsito que da lugar a la génesis de la potestad jurisdiccional estatal, en virtud de que, por delegación popular, en la Constitución se confió a la CSJN y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versaren respecto de puntos por ella regidos y demás detalles normativos allí cifrados (*cf.* antiguo artículo 100, hoy 116, CN).

Así, Bidart Campos explica que el principio de supremacía

Llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la Constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anti-constitucionales... El control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a todos los tribunales del Poder Judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto.²⁹

Para reafirmar la coherencia de lo decidido por el más alto tribunal argentino con las previsiones e inteligencia constitucionales, recordemos que, más de tres décadas antes de ser dictado el fallo Elortondo, Juan Bautista Alberdi, padre intelectual del texto constitucional argentino de 1853,³⁰ había afirmado que la Corte Suprema,

Delegataria de la soberanía del pueblo argentino, para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución... No hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución. Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a sa-

²⁸ “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

²⁹ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. I, pp. 138 y 139.

³⁰ Vigente en sus aspectos medulares luego de haber sido reformado sucesivamente en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

ber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución. Es la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuya Constitución ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema... La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son... Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga. Son condenables por la Corte, y revocables por el Congreso, las leyes que alteran los principios, derechos y garantías de la Constitución, en virtud de su artículo 28... Condenada por la Corte, derogada por el Congreso la ley inconstitucional, es preciso suplirla por otra nueva.³¹

La reforma constitucional de 1994 aportó una definitiva validación por parte del poder constituyente derivado del ejercicio del control de constitucionalidad que habían venido ejerciendo los jueces, al incorporar definitivamente al catálogo constitucional a la acción de amparo (desprovista de ciertos encorsetamientos procesales que la legislación infraconstitucional anterior había previsto). El nuevo artículo 43, CN prescribe:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención,

³¹ Alberdi, Juan B., *Sistema económico y rentístico*, Buenos Aires, 1998.

o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.³²

Como se ve, este nuevo artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina:

- a) Prevé la acción de amparo cuando no exista medio judicial más idóneo contra actos u omisiones de particulares o de autoridades públicas que afecten ilegítimamente en forma actual o inminente derechos y garantías constitucionales o normas de jerarquía legal o supralegal.
- b) Prevé la acción de amparo para proteger derechos de incidencia colectiva o de tercera generación, y legítima para su interposición al defensor del pueblo o a asociaciones que propendan a esos fines.
- c) Prevé la acción de *habeas data*, subgénero de la de amparo, para la protección de los datos personales de los individuos que se encuentren en bases de datos públicas o privadas.
- d) Prevé la acción de *habeas corpus*, también subgénero de la de amparo, que deberá ser resuelta de inmediato cuando se afecte la libertad ambulatoria o las condiciones de detención.

A través de esta nueva proposición constitucional, resultan indiscutibles no sólo la carta de ciudadanía de la acción de amparo, sino, también, la posibilidad de controlar en su marco la constitucionalidad de normas y actos de autoridades públicas y de particulares.

³² Sobre el particular, entre muchos otros autores argentinos, puede consultarse: Bidart Campos, German, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, t. II-A, 2003, pp. 285-308; Ekmekdjian, Miguel Á., *op. cit.*, nota 8, p. 43; *id.*, “Nuevos amparos especiales en la Constitución nacional”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, p. 158; Ferreyra, Raúl G., *op. cit.*, nota 2, pp. 257-346; *id.*, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 51-73; Morello, Augusto M. y Vallefini, Carlos, *El amparo. Régimen procesal*, 3a. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1998; Morello, Augusto M., *Constitución y proceso*, Buenos Aires, Platense, 1998, p. 217; Salgado, Alí y Verdaguer, Alejandro, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2000; Sagiúes, Néstor P., *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se explicó en el apartado anterior, la jurisdicción constitucional argentina ha sido creada por los jueces de la Corte Suprema y sus características han sido, mayormente, delimitadas de tal forma.

Así, tradicionalmente se caracterizó al control de constitucionalidad, a nivel federal en la Argentina, con las siguientes notas:

- a) Es difuso, toda vez que no existe un fuero específico a cargo de la jurisdicción constitucional.
- b) Es de ejercicio exclusivo en el marco de una “causa”.
- c) Requiere que la inconstitucionalidad sea introducida oportunamente por la parte que la alega y no procedería, en principio, de oficio.
- d) No se ejerce respecto de ciertas cuestiones denominadas “políticas”.
- e) Es provocable solamente por *vía indirecta* (incidental o de excepción).
- f) Es provocable exclusivamente por el *titular actual* de un “derecho” que se argumenta afectado, o por quien tiene un *interés legítimo*.
- g) Es de efectos limitados al caso concreto.
- h) Se encuentra asentado en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad —*iuris tantum*— de todos los actos estatales.

Dicha caracterización “tradicional” ha comenzado en los últimos tiempos a resultar en ciertos aspectos obsoleta, dada la reciente evolución jurisprudencial. Veamos.

1. Ejercicio de la jurisdicción constitucional

Tal como se explicó, ante la ausencia de previsión del texto constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso el control de constitucionalidad de normas o actos infraconstitucionales a cargo de todos los jueces sin distinción de fueros, instancias u órdenes jurisdiccionales —provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y federales—.

Conforme lo dispuesto en el artículo 116, CN,³³ la Corte Suprema resulta el intérprete final de la Constitución, sea por jurisdicción originaria o apelada:

³³ “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Consti-

2. *Jurisdicción originaria*

La jurisdicción originaria resulta delimitada en función de las materias previstas expresamente en el propio texto constitucional que refiere a causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; asuntos en que la nación sea parte; causas que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.³⁴

3. *Jurisdicción en grado de apelación*

La jurisdicción apelada, en cambio, se clasifica en ordinaria y extraordinaria. La primera es aquélla ejercida en calidad de alzada para conocer las sentencias dictadas por los tribunales inferiores en ciertos casos previstos por la legislación, conforme facultad delegada por el artículo 117, CN,³⁵ tales como ciertas causas en las que el Estado nacional es parte, extradición de criminales, almirantazgo y jurisdicción marítima. La jurisdicción en grado de apelación extraordinaria resulta de la característica de última instancia del más alto tribunal en cuestiones constitucionales planteadas a través del recurso extraordinario federal cuyo objetivo puede ser, según el caso *a*) la interpretación de la Constitución de la Nación Argentina o de una ley federal o tratado internacional o *b*) resolver un conflicto de alegada inconstitucionalidad de una ley o acto nacional o provincial contra la CN directamente o contra una norma de rango superior.

tución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. (Artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina).

³⁴ Fallos 250:9, 242:326.

³⁵ “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”. (Artículo 117, CN).

El recurso extraordinario federal siempre trata cuestiones de derecho vinculadas directa o indirectamente con análisis de validez constitucional normativa,³⁶ tal como es previsto en el artículo 14 de la Ley número 48:

Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de la provincia en los casos siguientes: 1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto de autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución de la Nación Argentina, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Las tres causales de viabilidad del recurso extraordinario federal enumeradas en el transcripto artículo han sido ampliadas en la práctica por la CSJN mediante la adición a las mismas de los supuestos de arbitrariedad de sentencia (que se tratará más adelante) y de gravedad institucional. Este último tiene lugar cuando, a pesar de no haberse cumplido todos los recaudos formales exigidos para la procedencia del recurso, la CSJN considera que debe concederlo dado que la causa traída a su conocimiento tiene tanta trascendencia —excediendo el simple interés de las partes—, que razones de orden público justifican su intervención.³⁷

Las afirmaciones efectuadas a lo largo de esta contribución se refieren al control de validez normativa respecto de la Constitución federal argentina. En efecto, en reiteradas oportunidades la Corte Suprema afirmó que el Poder Judicial nacional no puede juzgar la validez de proposiciones normativas provinciales con relación a la Constitución local de que se trate, ni de los procedimientos de los funcionarios que las ejecutan, salvo

³⁶ Aunque ha habido excepciones, tal como se señala en Ekmekdjian, Miguel A., *op. cit.*, nota 8, , p. 518.

³⁷ CSJN *in re* Antonio, Jorge s/interdicción, fallos 248:189 (1960).

cuando una cláusula constitucional autorice expresamente su conocimiento o cuando se haya violado la Constitución de la Nación Argentina.

4. *Presunción de validez de los actos estatales*

Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional del más alto tribunal ha hecho mención a que una de sus apoyaturas basales está constituida por la presunción de validez constitucional de la actividad de los poderes constituidos, que se encuentra sujeta a análisis judicial: así, los jueces presumen que las normas que se someten a control de constitucionalidad resultan en principio válidas hasta que se demuestre sustancialmente que dicha presunción debe ceder. Esta pauta interpretativa debe considerarse conjuntamente con aquella que establece que los tribunales han de realizar los mayores esfuerzos posibles en lograr una interpretación de las proposiciones normativas *subexamine* que redunde en la declaración de validez de las mismas, siendo la declaración de inconstitucionalidad la *ultima ratio* de las posibilidades jurisdiccionales.

Así, consideramos, siguiendo a Bidart Campos, que presumir *iuris tantum* la validez de la actividad estatal redundaría en una alteración al principio de igualdad y conlleva también una afectación de la garantía de defensa en juicio, ya que se coloca al particular en una inferioridad de condiciones *ab initio* respecto de la institucionalidad estatal.

5. *Materias controlables*

Por vía de principio, el control se materializa sobre normas, actos u omisiones, originados en la labor de cualquiera de los órganos de los poderes del Estado y, excepcionalmente, de particulares.

En particular, se ha señalado jurisprudencialmente que pueden ser sometidos a control de constitucionalidad en salvaguarda de la Constitución de la Nación Argentina:

- a) Las Constituciones de las veinticuatro entidades autónomas que constituyen el Estado federal, es decir, las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- b) Los reglamentos del Poder Ejecutivo (actos administrativos de alcance general), incluyéndose, naturalmente, los decretos por razo-

- nes de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y también los actos administrativos de alcance particular.
- c) Los tratados internacionales no incluidos en el bloque de constitucionalidad federal (los que, conforme el artículo 75, inciso 22, CN, revisten jerarquía supralegal, pero infraconstitucional).
 - d) La actividad de los particulares.
 - e) La actividad del constituyente derivado o reformador.
 - f) Las sentencias judiciales, en excepcionales circunstancias, si se reputaren arbitrarias.

6. *Control de arbitrariedad de las sentencias judiciales*

El control de constitucionalidad de las sentencias judiciales fue instaurado por el más alto tribunal en 1909, al declararse competente para entender en “casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces”.³⁸ En estos casos, para que el control proceda, debe tratarse de una sentencia *arbitraria*, entendiéndose por tal la resolución judicial que no constituye una derivación razonada del derecho vigente, ya que es condición de validez de los fallos judiciales que sean fundados con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. La doctrina de la arbitrariedad, que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, también autoriza la procedencia del control de constitucionalidad sobre una sentencia que, para resolver el litigio, haya prescindido sin dar constancia razonable de ello, de prueba decisiva regularmente incorporada al proceso.

Es dable, para mayor claridad, esquematizar una sinopsis de la clasificación que Genaro y Alejandro Carrió realizaron respecto a las causales que ha encontrado la Corte Suprema para reputar de arbitraria a una sentencia de tribunales inferiores:³⁹

- a) Concernientes al objeto de la decisión:
 - No decidir cuestiones planteadas.
 - Decidir cuestiones no planteadas.

³⁸ CSJN *in re* Rey c/ Rocha, fallos 112: 384.

³⁹ Véase Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

- b) Concernientes al fundamento normativo de la decisión:
 - Arrogarse, al fallar, el papel del legislador.
 - Prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna.
 - Aplicar una norma derogada o aún no vigente.
 - Dar como fundamento pautas de excesiva latitud.
- c) Concernientes al fundamento de hecho de la decisión:
 - Prescindir de prueba decisiva.
 - Invocar prueba inexistente.
 - Contradecir otras constancias de los autos.
- d) Concernientes al fundamento normativo o de hecho o a la correspondencia entre ambos y la conclusión:
 - Sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar fundamentos aparentes.
 - Incurrir en excesos rituales.
 - Incurrir en autocontradicción.
- e) Concernientes a los efectos de la decisión:
 - Pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

De la doctrina pretoriana de la viabilidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional respecto de sentencias arbitrarias, podemos afirmar que ha redundado en un gradual, pero inexorable debilitamiento de este aspecto del recurso extraordinario federal y en un crecimiento exponencial de la impugnación de las decisiones de las sentencias definitivas dictadas por el superior tribunal de la causa en virtud de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Este camino, que permite la holgada apertura de la jurisdicción apelada de la CSJN, ha obligado al Tribunal al ejercicio de una actividad más ligada con la casación o uniformidad del derecho que con la jurisdicción constitucional propiamente dicha. La enorme mayoría de las causas que hoy llegan a los estrados del más alto tribunal están fundadas o relacionadas con la doctrina de arbitrariedad de sentencias, lo que sin lugar a dudas redundará en enorme perjuicio de la calidad en la administración de justicia constitucional en la Argentina: baste como dato que a fines de 2005 la Corte Suprema registraba 82.848 causas en trámite, con un promedio de ingreso de aproximadamente 36.460⁴⁰

⁴⁰ Página electrónica de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, <http://www.pjn.gov.ar/estadisticas/index.htm>.

causas anuales de las cuales los recursos extraordinarios federales por causal de arbitrariedad de sentencia representan más del 70%⁴¹ de la actividad apelada extraordinaria (esto es, aquella en la que podemos considerar a la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional).

7. Las “cuestiones políticas no judiciales”

Es sentada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el control de constitucionalidad no ha de ejercerse respecto de las denominadas “cuestiones políticas”, es decir, sobre la zona de potestades exclusivas del Congreso y del Poder Ejecutivo, toda vez que la existencia de “facultades privativas” de los órganos legislativo o ejecutivo importaría que la división de poderes vedaría al Poder Judicial interferir en ellas, así fuere para custodiar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución. Así ha dicho la Corte:

Si como queda demostrado, la materia..., es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, no pueden contestarse las facultades de aquellos para decidir tanto sobre el fondo como sobre la forma de sus deliberaciones; así cuando se dicta la ley, como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.⁴²

Como colofón, el Tribunal ha venido repitiendo que las cortes no deben evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de decisiones de los restantes poderes al realizar el control de constitucionalidad, so pena de “invadir” atribuciones exclusivas y excluyentes de aquéllos.

La doctrina ha venido sistemáticamente refutando esta tesitura pretoriana, señalándose que si el argumento de las “facultades privativas” se

⁴¹ Véase el informe del taller “El recurso extraordinario de arbitrariedad de sentencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, jornada de reflexión sobre el rol de la Corte en el nuevo siglo: repensando la Corte Suprema en el siglo XXI”, organizado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y Konrad Adenauer, 10 de marzo de 2006. Disponible en línea: <http://www.foresjusticia.org.ar>.

⁴² CSJN *in re* Cullen, Joaquín M. *vs.* Llerena, Baldomero, fallos 53:420.

aplicara en forma coherente se obstaría lisa y llanamente el control constitucional de las normas infraconstitucionales.⁴³

En definitiva, todo parecería indicar que la autoinhibición para el juzgamiento de tales cuestiones —tal como está diseñada jurisprudencialmente— carece de soporte constitucional, en razón que al no haber realizado la Constitución distinciones de ninguna naturaleza —el artículo 116, CN dice claramente “todas las causas” y no “sólo algunas” o “algunas”— no parece correcto que el intérprete las haga. Así, el juez Varela decía, en su disidencia en la misma causa en la que fuera instituida la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales, que si la Constitución de la Nación Argentina había dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versan sobre puntos regidos por la Constitución ni la ley ni la Corte Suprema podían hacer excepciones.⁴⁴

Al afirmarse la existencia de ciertas cuestiones que, por “políticas”, no resultan judiciales, parecerían los tribunales olvidar que su actividad es también política, en tanto hacen a la conducción del Estado.

8. *Exigencia de existencia de una “causa”. Tipo de acción*

Tal como se dijo anteriormente, el viejo artículo 100, CN (hoy 116), análogamente a la sección 2a., apartado 1o., del artículo III de la Constitución de Estados Unidos atribuye “a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...”. Resulta entonces crucial determinar qué ha de entenderse por “causa”, a cuyo conocimiento habrían de avocarse los tribunales y, en dicho marco, ejercer el control de constitucionalidad.

A nivel legal, se prevé en la Ley número 27, promulgada en 1862, que la justicia nacional,

... procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de ministros o agentes públicos, de simples individuos, de provincia o de la na-

⁴³ Véase Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución...*, cit., nota 2, p. 429.

⁴⁴ *Cfr.* doctrina registrada en fallos 53:420.

ción... nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución de la Nación Argentina, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.

En este ámbito proposicional normativo se halla inserto el requisito de incidentalidad del control constitucional argentino, entendiéndose por esto que sólo puede ser propuesto por quien es parte en una controversia concreta. Como se verá, ha entendido la jurisprudencia que, si se acepta la facultad de actuación de los tribunales en el marco de “causas”, la potestad de control constitucional no podría darse allende esa frontera.

No obstante, la noción de causa en el derecho constitucional argentino ha sido delimitada por la jurisprudencia vinculatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiendo reconocerse una evolución que encuentra una bisagra en ciertos fallos judiciales que comenzaron a darse hace poco más de veinte años.

9. De 1865 a 1984

A poco de comenzar sus primeras actuaciones, la CSJN entendió que para que un reclamo fuera justiciable como materia del viejo artículo 100 de la Constitución (hoy 116), autorizando el ejercicio del control de constitucionalidad, no debía consistir ni en una evacuación de consulta ni en el pedido de emisión de declaraciones acerca de fórmulas teóricas, considerándose que un caso era abstracto, y por ende no controversial ni justiciable, cuando no presentaba una real y sustancial controversia que inequívocamente requiriera la adjudicación de derechos, cuyo alcance deba de ser el meollo de la cuestión debatida por las partes, es decir, se identificó la “causa judicial” con “juicio contradictorio”

Así, señaló la Corte que “la misión de un tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor”.⁴⁵ Desde entonces, el

⁴⁵ CSJN *in re* Provincia de Mendoza vs. Estado Nacional-Senado Nacional, fallos 2:253.

más alto tribunal sentó la interpretación vinculante de que él y los tribunales inferiores sólo contaban con competencia constitucional para decidir en causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del Congreso, identificando causa judicial con caso contencioso. En éstos podía pronunciarse sentencia de condena, porque la jurisdicción del juez era estimulada por el justiciable y porque, además, si se admitía que no había controversia de derechos o de intereses y se autorizaba al juez a pronunciarse en abstracto, se entendía que se lo estaba habilitando con un estatus que rompía el equilibrio de las funciones de los poderes constituidos.

Más aún, señaló la Corte Suprema que, en el orden federal, no existen acciones declarativas de inconstitucionalidad, motivo por el cual el contenido de una causa de inconstitucionalidad no puede ser sólo la declaración de ineficacia jurídica de las normas legales o reglamentarias, dado que se requiere además que, como consecuencia de ella, se llegue a dictar una sentencia de condena que reconozca a favor del actor un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas.⁴⁶ De resultas de esta interpretación restrictiva del concepto de caso, el titular de un derecho constitucional que se veía afectado por una disposición normativa constitucionalmente inválida, había de esperar que la controversia fuera actual, el perjuicio concreto, y sumar el planteo de inconstitucionalidad al menú principal del caso, el que se configuraba, de acuerdo con el lenguaje asignado al tema por la Corte, sólo en el marco de un juicio donde hubiera partes adversarias, que dedujesen pretensiones de condena.

La doctrina fue, crecientemente y con consistencia, atacando la señalada interpretación constitucional, afirmando que ésta tenía su fundamento en una norma arcaica e interpretada de modo antojadizo⁴⁷ y que “hay causa judicial también cuando no existe disputa ni pretensiones contradictorias entre partes que controvierten entre sí... en toda causa judicial —aunque no sea contenciosa— hay marco para el ejercicio del control de constitucionalidad...”⁴⁸

Podemos concluir que hasta 1984-1985 la única vía apta para articular el control judicial de constitucionalidad, en la esfera del derecho federal argentino, era rigurosamente la excepcional o indirecta que, con arreglo a

⁴⁶ CSJN, fallos: 256:394.

⁴⁷ Véase Ekmekdjian, Miguel Á., *op. cit.*, nota 8, pp. 317-319.

⁴⁸ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 21, p. 607.

lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley número 27, prescribe que la justicia federal sólo interviene en casos contenciosos, desoyéndose que el amparo o las acciones de mera certeza, cuando para su procedencia requerían la declaración de inconstitucionalidad, configuraran también una causa o controversia judicial en términos constitucionales. En tales supuestos, la doctrina negatoria consideraba que la naturaleza sumaria del procedimiento, unida a la ausencia de bilateralidad —que nunca era tal dado que el traslado de la demanda siempre aseguraba el debido proceso y la defensa en juicio—, impedían el debate de inconstitucionalidad.⁴⁹

10. De 1984 a la actualidad

Como se dijo, desde 1957-1958 el plexo argentino de garantías constitucionales tuvo una muy importante incorporación con la creación pretoriana de la acción de amparo, luego receptada legalmente y, más tarde, constitucionalmente. Dicha acción, expedita, excepcional y destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el *habeas corpus* se encuentra reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales de la persona frente a actos tanto del Estado como de particulares. Doctrinariamente se ha reconocido que la acción de amparo es el género y que las acciones de *habeas corpus* y *habeas data* no son sino especies dentro de la misma. La legislación que fue dictada a los efectos de reglamentar esta creación jurisprudencial prohibió la declaración de inconstitucionalidad en su seno, lo que fue entendido por una parte importante de la doctrina como un claro cercenamiento de los alcances de la garantía.

No fue sino hasta 1984 que la Corte Suprema admitió que prosperase el control judicial de constitucionalidad de una disposición normativa en el juicio de amparo afirmando que:

Siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la

⁴⁹ Véase Ferreyra, Raúl G., *op. cit.*, nota 2.

vía rápida del amparo... También ha dicho que el artículo 2o., inc. d, de la Ley 16.986 [que impedía la declaración de inconstitucionalidad en tal vía procesal] no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto.⁵⁰

Esta admisión por parte de la CSJN anticipó la ampliación de las vías procesales que admiten el control de constitucionalidad, redundando en una mayor laxitud de la interpretación pretoriana del término “causa” que venimos comentando.

Así, en esta línea de mayor amplitud, en 1985 la Corte Suprema afirmó que la acción meramente declarativa de certeza⁵¹ y el amparo tienen una finalidad preventiva y no requieren la existencia de un daño consumado. En efecto, entendió la CSJN que la acción meramente declarativa, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque prevenir los efectos de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal— y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto, puede ser susceptible de constituir a su modo, causa judicial en los términos de la ley fundamental.⁵² Poco tiempo después, el más alto tribunal señaló que la configuración de la

⁵⁰ CSJN *in re* Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Educación-Dirección Nacional de Sanidad Escolar), fallos 306:400.

⁵¹ En 1967 se incluyó en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) una proposición normativa por la cual se instauró como vía procesal una acción cuyo objeto fuera obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente para evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales.

⁵² “La acción declarativa regulada en el artículo 322, CPCCN, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio... toda vez que provee a la definición, ante los estrados del tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta... la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza”. (CSJN *in re* Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o YPF, fallos 307:1379).

jurisdicción constitucional en el sistema jurídico argentino no tenía por corolario que no pudiera reputarse la existencia de acción declarativa de inconstitucionalidad. Distinguió al respecto entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud y las acciones determinativas de derechos de base constitucional, cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos. En este grupo ubicó a la acción meramente declarativa y al amparo.⁵³ Meses más tarde, dijo la Corte que “existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante esta Corte cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria”, aunque aclaró que “la acción meramente declarativa está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el artículo 322”,⁵⁴ con lo que dio a entender que no existe una acción directa de inconstitucionalidad con naturaleza procesal autónoma (o, como la denomina Bidart Campos, “acción directa de inconstitucionalidad pura”). Sobre el particular, afirma Ricardo Haro que, al instituir la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la Corte Suprema lo ha hecho en ejercicio del poder constituyente material.⁵⁵

La incorporación al texto constitucional, en la reforma de 1994, de la acción de amparo (en sus múltiples variantes) y de la posibilidad de controlar la validez constitucional de las normas significó la consolidación de la tendencia jurisprudencial ampliatoria que venimos apuntando.

Así, en abril de 1997, la CSJN ha dicho que la circunstancia de que la actora hubiera optado por demandar por la vía de la acción meramente declarativa, no constituye un óbice para la aplicación del artículo 43 de la Constitución nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. Agregó, además, que el pedido de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente la Corte ha admitido como

⁵³ CSJN *in re* Lorenzo, Constantino c/ Estado Nacional, fallos, 307:2384.

⁵⁴ CSJN *in re* Gomer S. A. vs. Provincia de Córdoba, fallos 310:142.

⁵⁵ Haro, Ricardo, “La acción declarativa de inconstitucionalidad en la doctrina judicial argentina”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coord.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/14.pdf>.

medio idóneo (ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional) para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.⁵⁶

No obstante lo señalado respecto al estado actual del derecho judicial, no debe dejar de señalarse que en el sistema constitucional argentino (tal como es interpretado por la Corte) los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Se requiere, entonces, la existencia de un derecho o interés afectado o en ciernes de resultar afectado: este requisito nos permitirá afirmar, a renglón seguido, que no existe en el ordenamiento constitucional argentino una acción directa de inconstitucionalidad pura en la que pueda omitirse la exigencia de afectación actual o inminente de un derecho o interés de quien la intenta. La máxima instancia jurisdiccional argentina ha sido, hasta ahora, muy celosa en la preservación de este requisito. Aun en sus decisiones más innovadoras y activistas en pro de la más amplia defensa jurisdiccional de la Constitución, se ha cuidado el Tribunal de dejar sentado que sus decisorios no importan una declaración “en abstracto” de inconstitucionalidad.

Podemos afirmar, entonces, que en la República Argentina existen hoy acciones de inconstitucionalidad articulables por variadas vías procesales que permiten la impugnación de actos individuales o de normas generales (tales como amparo, *habeas corpus* y *habeas data*, así como la acción meramente declarativa de certeza) junto con el juicio sumario de inconstitucionalidad y el incidente de inconstitucionalidad como anexo a una denuncia penal. Se reitera, no existen hoy en el catálogo de acciones constitucionales la directa de inconstitucionalidad pura ni la popular de inconstitucionalidad.

11. *Instancia del control*

La Corte Suprema tuvo por más de un siglo sentada doctrina interpretativa por medio de la cual se impide a los tribunales formular un pronunciamiento judicial declarativo de inconstitucionalidad, sin petición

⁵⁶ CSJN, *in re* Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina, fallos: 320:690.

expresa de una de las partes del proceso: desde el consolidado precedente Ganadera Los Lagos (1941), con firmeza y por unanimidad el tribunal negó a los jueces la potestad de ejercer dicha atribución sin instancia de parte.⁵⁷

A continuación, entonces, se realiza una sistematización de los distintos argumentos sobre los que descansa la postura del máximo tribunal negatoria de la potestad judicial de declarar *ex officio* y predominante hasta septiembre de 2001.

A. Desequilibrio de los poderes constituidos

Sostuvo el más alto tribunal que la declaración de inconstitucionalidad normativa por los jueces, sin que ella fuera instada por una de las partes de un proceso importaría una indebida intromisión por parte del Poder Judicial en los ámbitos de competencia propios de los poderes Legislativo o Ejecutivo, según fuere el caso. Así, tuvo dicho la Corte Suprema que:

Es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de “poder” la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución de la Nación Argentina. Que siendo por consiguiente indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición del parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique, la circunstancia de no poder serlo de oficio por los jueces no altera la verdadera naturaleza del acto que será inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido su objeto por la Constitución o por la ley. Y eso, porque no podría decirse sin manifiesta inconsecuencia que la nulidad de un acto que allana disposiciones de carácter

⁵⁷ Véase Szarangowicz, Gustavo A. y Toledo, Sebastián D., “Breve reseña sobre el control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley-Suplemento de D. Constitucional*, 20 de septiembre de 2005, pp. 74 y ss.

constitucional no lesiona al orden público o a la colectividad porque se haya atribuido para mantener el instrumento de gobierno así creado a los directamente interesados en conservarlo el pedido de nulidad. En el derecho administrativo por razones institucionales la declaración de actos inexistentes o nulos es independiente del hecho de que ella pueda o no pedirse por los interesados. Más aún, es a éstos a quien les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial.⁵⁸

B. *Vulneración de la presunción de validez de los actos estatales*

Tenía dicho el más alto tribunal *in re* Morales, Dionisio vs. Cánovas, Manuel y Eduardo⁵⁹ que:

Si bien la Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la nación, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 Constitución de la Nación Argentina, ello no significa que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes vigentes sancionadas por el Congreso, porque como lo tiene reiteradamente declarado esta Corte “es condición esencial de la organización del Poder Judicial, el que no le sea posible controlar por su propia iniciativa —de oficio— los actos legislativos, ni aun los actos administrativos que, por serlo, tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos, debe necesariamente ser alegada y probada en juicio” (fallos 190:142; 199:466 ; 204:671).

⁵⁸ Ganadera Los Lagos S. A. vs. Nación Argentina s/nulidad de decreto, CSJN, fallos 190:142. En igual sentido, véase Peyrú, Osvaldo J., La Ley, 1987-E, 126; Roncoroni de Claisse, Elida Josefa vs. Uhart, Roberto Domingo, fallos 251:455; Temporelli de Montagna o Montaña, Inés vs. Consejo General de Educación de Santa Fe y/u otros, fallos 267:150; Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos, La Ley, 1979-C, 84; Martínez, Onoribal s/ cancelación de ciudadanía, La Ley, 1984-A, 396; María del Carmen Pérez y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones, fallos: 310:1090.

⁵⁹ Fallos 234:335. Véase, en igual sentido, Ganadera Los Lagos S. A. vs. Nación Argentina s/nulidad de decreto (párrafo 60.); Ferrari, Daniel C. y otros c/ Peiti, Ramón, CSJN, 1944 (fallos 199:466); Municipalidad de Buenos Aires c/ Rodríguez, Pedro, CSJN, 1946 (fallos 206:471), entre otros.

C. *Afectación al requisito de existencia de “causa”*

En *Marítima Key Kar SRL c/ MCBA s/ revocatoria* (1988),⁶⁰ la Corte Suprema afirmó que:

Los jueces no están habilitados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes... una de las razones fundamentales en las que se basa la mencionada doctrina es la necesidad de que los tribunales ejerzan sus facultades constitucionales en causas de carácter contencioso... dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas... la función del Poder Judicial no es, entonces, la de ejercer un control abstracto de constitucionalidad, sino la de proteger derechos individuales que se encuentren afectados o amenazados. Pero la ausencia en el caso de un agravio particular respecto a las cuestiones señaladas impide, precisamente, determinar a los tribunales si tal agravio efectivamente ha tenido lugar, lo cual obsta a la existencia de una causa de naturaleza constitucional.

En 1957, la Corte señaló una importante excepción a la doctrina sentada en *Ganadera Los Lagos*, admitiendo el control de constitucionalidad de oficio de las normas que desborden los límites constitucionales de sus propias atribuciones jurisdiccionales, en particular en lo que refiere a la competencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Si bien es de principio que el contralor de la validez de los actos de los demás poderes no puede ejercerse por los jueces de la nación ex officio... hace excepción el supuesto de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de esta Corte y en la medida necesaria para determinar la competencia del tribunal”.⁶¹

En *Ricci, Oscar Francisco Augusto vs. Autolatina Argentina S. A. y otro s/ accidente ley 9688* (1988),⁶² en atención a la índole de los derechos fundamentales involucrados y a que el Tribunal ya se había pronunciado anteriormente declarando la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso en estudio, admite la Corte la interposición del pedido de parte de declaración de inconstitucionalidad en ocasión de expresar agravios (fundamento de apelación de sentencia de primer instancia), a diferencia del criterio tradicional que indicaba que debía hacérselo en la pri-

⁶⁰ Fallos 311:2088.

⁶¹ Partido Provincial Unión Santiagueña, CSJN, 19/07/1957, fallos 238:288, párrafo 3o.

⁶² CSJN, R. 229. XXXI.

mera oportunidad procesal. Esto importó que el Tribunal comenzara un lento, pero progresivo camino hacia una mayor laxitud de los recaudos estrictamente formales referidos a la forma y oportunidad en que debía instarse la jurisdicción constitucional a través del planteo de la cuestión constitucional que, tradicionalmente, exigía ser puesta de manifiesto en la primer oportunidad procesal posterior a la configuración de la inconstitucionalidad (generalmente, en la demanda o su contestación).

La admisión de la tesis favorable al control *ex officio* de constitucionalidad alcanzó su punto culminante el 27 de septiembre de 2001 en el pronunciamiento recaído en la causa Mill de Pereyra, Rita A. y otros vs. Provincia de Corrientes.⁶³ Sin embargo, al menos desde hacía tres lustros podía observarse en el seno del máximo tribunal, el surgimiento de una *opinio iuris* disidente a la clásica postura prohibitiva de Ganadera Los Lagos: desde 1984, los votos en disidencia de los jueces Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio comienzan a admitir sin cortapisas la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio por los jueces comenzando en Juzgado de Instrucción Militar núm. 50 de Rosario⁶⁴ y luego en se reiteró en plurales oportunidades.⁶⁵

En 2001, la mayoría de los integrantes de la Corte adscribe en los autos Mill de Pereyra, Rita A. y otros vs. Provincia de Corrientes a la postura que otrora en minoría anticiparan los jueces Fayt y Belluscio en Juzgado de Instrucción Militar núm. 50 de Rosario. Afianzando esta tesitura, en idéntico sentido se pronunció recientemente el Tribunal en Banco Comercial de Finanzas S. A.⁶⁶ Señaló el más alto tribunal que el control de constitucionalidad de oficio por los jueces resulta admisible en virtud de las consideraciones que se reseñan a continuación.

a. Inexistencia de afectación al equilibrio
de los poderes constituidos

Sostiene la Corte que “no puede verse en la admisión de esa facultad —la de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad normativa—

⁶³ Fallos 324:3219.

⁶⁴ Fallos 306:303.

⁶⁵ Fallos 310:1090 (disidencia de los doctores Fayt y Belluscio), La Ley, 1987-E, 126 (voto del doctor Belluscio y disidencia del doctor Fayt), La Ley, 1997-C, 809 (voto del doctor Fayt), entre otros.

⁶⁶ CSJN, 19/08/2004, considerandos 3o. y 4o.

la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en menzura de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”. (Considerando 9o. de Mill de Pereyra y, en idéntico sentido, considerando 4o. de Banco Comercial de Finanzas S. A.).

b. Mantenimiento de la presunción de validez de los actos estatales

La Corte Suprema argumenta que “Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución”. (Considerando 9o. de Mill de Pereyra y 4o. de Banco Comercial de Finanzas S. A.).

c. Incolumidad del requisito de existencia de causa

En oposición a lo manifestado en Ganadera Los Lagos S. A., señala la Corte que el ejercicio de la potestad judicial de declarar *ex officio* la inconstitucionalidad de una norma “no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución de la Nación Argentina o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del artículo 2 ley 27”. (Considerando 10o. de Mill de Pereyra”).

d. Aplicación del principio iura novit curia

Señala el más alto tribunal que en la facultad de controlar de oficio la constitucionalidad normativa no puede verse un “menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso” (considerando 9o. de Mill de Pereyra).

Es dable aventurar, entonces, que dado el estado de la doctrina jurisprudencial y la solidez e irrefutabilidad de los argumentos vertidos en favor de la validez constitucional del control de constitucionalidad de oficio, esta tendencia se afirmará en lo sucesivo para convertirse en regla.

12. *Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad*

En el sistema de control de constitucionalidad argentino, la declaración de inconstitucionalidad, argüible por cualquier juez carece de efectos generales, resultando sus efectos limitados *inter partes*. Esto, toda vez que la norma inconstitucional no es aplicada por el juez que así la declaró (con efectos *ex tunc*), pero no es definitivamente excluida del ordenamiento legal, conservando plena validez *extra partes*.⁶⁷

Con asiento en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad —*iuris tantum*— de todos los actos estatales,⁶⁸ cualquier juez de cualquier instancia y fuero podrá declarar, para el caso particular en el que entiende, la repugnancia de una o varias normas a la Constitución de la Nación Argentina, de forma tal que las mismas no se aplicarán al caso sometido a juzgamiento en virtud del principio de supremacía constitucional.

No debe ignorarse, por otro lado, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la Corte Suprema habrá de tener “de hecho” algún tipo de influencia en decisiones jurisdiccionales análogas posteriores, ya que si bien es cierto que no cabe atribuir efecto *erga omnes* a ninguna resolución judicial, del examen de la jurisprudencia de la CSJN surge que sus fallos tienen un importantísimo valor jurídico-institucional como precedente. En efecto, el más alto tribunal ha incorporado al derecho nacional la figura del *stare decisis* estadounidense:

Las resoluciones de la Suprema Corte sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo, y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones a los fallos de la Suprema Corte, él se funda principalmente en la presunción de

⁶⁷ Véase Toledo, Sebastián D., “Sobre los alcances de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad normativa”, *Doctrina Judicial*, 14 de julio de 2004.

⁶⁸ Principio hoy fuertemente cuestionado no sólo por la doctrina, sino también por jurisprudencia cada vez más numerosa. Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, *op. cit.*, nota 23, p. 101.

verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles; sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas, cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos.⁶⁹

Esta creación pretoriana que redundan en la “fuerza ejemplificativa” de los decisorios de la máxima instancia judicial ha traído inconvenientes no menores. La razón es sencilla: pocas cosas claras pueden surgir de mezclar en un mismo cóctel figuras tipificantes del sistema continental del *ius civile* (que es allí donde reconoce sus raíces el sistema jurídico argentino) y del sistema anglosajón del *common law* (que reconoce obligatoriedad al precedente y permite a los jueces apartarse de la letra normativa para motivar sus decisorios en razones de equidad).

Esta última observación no afecta, por cierto, lo que aquí se sostiene: los alcances jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad normativa por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no invalidan *ipso iure* a la norma impugnada, gozando ésta de perfecta validez fuera del caso en que tal decisión fue recaída. Deberá esperarse un nuevo decisorio jurisdiccional para reputar inconstitucional una norma anteriormente considerada como tal por la Corte.

Como se señaló *supra*, el control de constitucionalidad argentino —a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad—⁷⁰ limita sus efectos al caso en el cual se ejerce. Desde la clásica regla sentada por la Supreme Court en *Marbury vs. Madison* un tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, simplemente le niega fuerza legal en la controversia traída ante sus estrados. Con tal alcance, una decisión acerca de la constitucionalidad de una norma afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma.⁷¹

⁶⁹ CSJN in re Pastorino, Bernardo capitán de la barca «Nuovo Principio» c/ Ronillon Marini y Cía., fallos 25:364.

⁷⁰ Para un análisis del emblemático caso español véase Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.

⁷¹ Gunther, Gerald y Sullivan, Kathleen M., *Constitutional Law*, 13a ed., University Casebook Series, 1997, pp. 26 y 27.

Debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica predicar la invalidez de la misma, y no su inexistencia. Esto significa que la norma se reconoce como perteneciente al sistema jurídico, pero que adolece de un defecto de incumplimiento de las normas reguladoras de producción jurídica. La norma jurídica declarada inconstitucional continúa perteneciendo al sistema hasta que sea eventualmente derogada.⁷² A todo evento, podrá considerarse, con Bulygin, que la norma inconstitucional es inválida, pero permanece siendo perfectamente aplicable.⁷³

Al respecto se ha afirmado que en el sistema argentino la norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó (esto, conforme el viejo apotegma del paralelismo de las funciones que predica que sólo puede eliminar o modificar una norma el órgano que la creó):⁷⁴ el Poder Judicial se limita a no efectivizarla en el expediente específico donde se la haya objetado por inconstitucional y siempre que ese cuestionamiento haya sido aceptado por el tribunal del caso, pasando su pronunciamiento en autoridad de cosa juzgada. Dicho esquema tiende a preservar el principio de división de poderes. En resumen, al menos en sus aspectos formales, el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es relativo, *inter partes*, y no *erga omnes*.⁷⁵

A partir de lo expuesto puede afirmarse que, en el marco de los planos teórico y normativo, las atribuciones de los jueces de la nación en su potestad de jurisdicción constitucional resultan de alcance estrictamente li-

⁷² “La declaración de inconstitucionalidad respecto de un caso individual no altera de modo directo su pertenencia o no pertenencia al sistema” (Orunesu, Claudina *et al.*, “Inconstitucionalidad y derogación”, *Revista Discusiones*, núm. 2, 2001, p. 47).

⁷³ Bulygin considera que la norma inconstitucional no pertenece a ningún sistema del orden jurídico (ya que la constitucionalidad no depende de una declaración jurisdiccional), pero que, hasta tanto no sea derogada resultará aplicable por los jueces (Bulygin, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Revista Doxa*, núm. 9, 1991, p. 262. Disponible en línea en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>).

⁷⁴ Bidart Campos considera que una eventual declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* por parte de los tribunales no entraría en conflicto con este principio, ya que éste resulta aplicable siempre y exclusivamente cuando las normas han sido dictadas conforme las previsiones constitucionales que reglamenten su dictado, tanto en los aspectos formales como materiales. Véase Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución...*, *cit.*, nota 2.

⁷⁵ Véase Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 156.

mitado al caso específico en que se ejercen. En sentido congruente con la hipótesis de trabajo propuesta, es dable proponer que resulta repugnante al esquema político e institucional diseñado por la Constitución de la Nación Argentina pretender extender los alcances de una declaración de inconstitucionalidad más allá de tal cota, al menos dentro del marco normativo vigente.

III. ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se registran en los últimos años ciertas decisiones jurisprudenciales del más alto tribunal que nos permiten vislumbrar tímidamente un progresivo avance hacia una mayor amplitud (en efectos y legitimación) de la jurisdicción constitucional. Nos permitimos, entonces, mencionar algunos de estos precedentes que han comenzado a delimitar el nuevo perímetro de la jurisdicción constitucional en la Argentina:

a) Ricci c/ Autolatina: desde 1985 la Corte avanzó en defensa de la Constitución disponiendo que el “nombre” (*nomen iuris*) que el accionante otorga a su actividad procesal, de ser necesario, puede y debe ser cambiado por el juez para que la pretensión transite a través de un proceso diferente de la acción propuesta.

b) Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento:⁷⁶ la Corte Suprema morigeró notablemente la restrictividad que importa la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales al avocarse al estudio de constitucionalidad de una proposición normativa introducida por el constituyente derivado.

c) Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S. A. s/ despido:⁷⁷ la Corte no sólo se limitó a declarar inaplicable una norma, sino que fue más allá y “creó” en sentido positivo una proposición normativa, sustituyendo la norma inválida y ajustando el sistema normativo infraconstitucional a los requisitos de coherencia constitucional. Parecería que en este precedente el más alto tribunal pronuncia una sentencia manipulatoria análoga a las *sentenze manipolatrici* italianas, que son aquellas que modifican el alcance de un determinado texto normativo. En este caso se operó positivamente, a través de la introducción de normas diferentes a las expresadas

⁷⁶ CSJN, 30/4/1998.

⁷⁷ CSJN, 14/09/2004.

en el texto normativo, es decir, ejerció el Tribunal una función “paralegislativa”. Creemos no estar exagerando con esta categorización: la jurisprudencia sentada no sólo fue de inmediato aplicada por los tribunales laborales, sino que, a pocos meses de su dictado, la autoridad tributaria nacional emitió un dictamen técnico referido a cómo debía tratarse impositivamente a esta nueva escala indemnizatoria, identificándola en tal sentido con aquella que prevé expresamente la Constitución de la Nación Argentina. Continuando esta tendencia, en *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional*, dto. 1570/01 y otro *s/ amparo Ley 16.986*,⁷⁸ la CSJN modificó *motu proprio* y sin acudir a justificación jurídica de ningún tipo (sino, de hecho, argumentando razones de exclusiva índole económica) una tasa de interés que el Banco Central de la República argentina (en cumplimiento expreso de normativa aplicable) había fijado para ciertos depósitos bancarios argumentando que “al encontrarse las partes en litigio, el Tribunal se encuentra facultado para establecer la que estime más adecuada”.

d) En el mismo fallo *Vizzotti* (junto con otros precedentes), hizo su aparición con meridiana claridad el abandono de la consagrada tesitura de la Corte Suprema que entendía que los jueces no deben adentrarse en cuestiones de “oportunidad, mérito o conveniencia”, avanzándose en la descalificación de una previsión normativa basada en criterios de equidad y de técnica legislativa, más que en la mera validez constitucional formal. *A contrario sensu*, dos años antes el mismo Tribunal había reiterado en *Gorosito c/ Riva S. A.*, y otro⁷⁹ el principio de que la impugnación de inconstitucionalidad de un régimen legal no es pertinente cuando lo que se pretende con ella no es la inaplicación de dicho régimen, sino la reimplantación del que quedó derogado.

e) *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional*, dto. 1570/01 y otro *s/ amparo Ley 16.986*: frente a las muchas decenas de miles de casos de causas que aguardaban resolución judicial respecto a la impugnada validez constitucional de la normativa dictada en ocasión de la emergencia económica hacia fines de 2001 y comienzos de 2002, la Corte adoptó una actitud manifiestamente consciente de los efectos sociales, políticos y económicos de su decisorio, dejando base en el fallo individual para la aplicación analógica a la infinidad de causas similares:

⁷⁸ CSJN, 27/12/2006.

⁷⁹ CSJN, 1/2/2002.

Que para dictar esta sentencia, se ha debido tener en cuenta: 1) que la legislación promulgada en 2001 y 2002 ha tenido como base precedentes de esta propia Corte y que afectaría la seguridad jurídica cambiarlos retroactivamente; 2) que, habiendo transcurrido casi cinco años de los hechos, deben considerarse las implicancias sobre miles de situaciones jurídicas particulares que han tenido una variedad de soluciones transaccionales o judiciales ya consolidadas; 3) que es necesario evaluar las consecuencias sobre las reglas macroeconómicas fijadas reiteradamente por parte del Honorable Congreso de la Nación en el periodo mencionado, 4) que la interpretación que los jueces realicen sobre la protección constitucional del contrato y de la propiedad tiene efectos importantísimos sobre la evolución futura de las instituciones, 5) que, con arreglo a los precedentes de esta Corte, cabe prescindir de la declaración de inconstitucionalidad de una norma cuando se puede encontrar la solución en el derecho vigente, 6) que han habido diferentes opiniones entre los jueces que, en gran medida, reflejan la disparidad de criterios existentes en la sociedad, 7) que es necesario dar una solución definitiva a este tipo de pleitos para alcanzar la paz social sobre la base de considerar los resultados y en especial el respeto del patrimonio del ahorrista, cumpliendo así la misión institucional que la Constitución confiere a esta Corte Suprema.

f) *Itzovich c/ Estado Nacional*: en 2005 la CSJN declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Solidaridad Previsional que imponía un recurso ordinario y obligatorio por ante la Corte Suprema de Justicia en causas de jubilaciones. El único sentido de tal disposición legislativa, en verdad, era utilizar al sistema judicial como herramienta para posponer los pagos, al dilatar la firmeza de las decisiones condenatorias contra el Estado. La resolución de la Corte permitió que la misma no se vea innecesariamente obligada a tratar causas de derecho común que implicaban un 35% de las causas que a esa instancia llegaban, con lo que se logrará un parcial alivio de la desmesurada carga del Tribunal. Otra característica saliente de este fallo es su redacción, prácticamente en tono de acordada, y el hecho inusual de que la propia Corte dispusiese su publicación en el Boletín Oficial con la finalidad de que fuera conocido públicamente para que sus efectos trascendieran los limitados al caso concreto. Ello permite vislumbrar que comienzan a darse sólidos pasos hacia la consolidación de los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de la Corte Suprema.

g) *Mill de Pereyra y Banco Comercial de Finanzas*: como se comentó, la Corte Suprema —contrariamente a su doctrina centenaria— admitió la

posibilidad de que los jueces revisen de oficio la validez constitucional de proposiciones normativas o de actos estatales, es decir, sin que resulte requisito para ello el pedido expreso de la parte.

h) *Per saltum*: la Corte ha comenzado a admitir que en ciertas circunstancias en la cuales la gravedad institucional es manifiesta, se requiere su intervención con mayor inmediatez, a los efectos de evitar la proliferación de los efectos dañosos del estado de incertidumbre constitucional.⁸⁰ Este instituto resulta en términos teóricos un avance en pro de una plena y efectiva jurisdicción constitucional, aunque en la práctica ha sido utilizado por una mayoría del Tribunal adicta al Poder Ejecutivo de turno para beneficiar los intereses de éste.

i) Si bien no es resultado de la actividad judicial, cabe resaltar la aparición de una conformación más calificada y menos política de la Corte Suprema: la democracia argentina tiene escasos veintitrés años de consolidada, a lo largo de los cuales se han visto notables manipulaciones por parte de los poderes político-partidarios en la determinación de la composición del Tribunal (ergo, en sus decisiones): a tal punto ha llegado esto que se consideró que la conformación de la Corte Suprema durante casi toda la década de 1990 ha tenido como resultado la existencia de una “mayoría automática” (de 5 miembros, sobre el total de 9) que respondía casi ciegamente a los intereses del Poder Ejecutivo, más que a criterios o convicciones jurídicas.⁸¹ Tratando de no pecar de entusiastas, en las últimas designaciones de miembros de la Corte, se ha determinado una conformación algo menos político-partidaria, más técnica y basada en la idoneidad de los juristas. Aún queda mucho por recorrer...

j) En Méndez Valles, Fernando c. Pescio, A. M.⁸² En 1996, la Corte Suprema admitió que la aplicación de tratados internacionales de cual-

⁸⁰ Véase Haro, Ricardo, “El «per saltum» en la justicia federal argentina”, disponible en línea en: www.acader.unc.edu.ar/artpersaltum.pdf.

⁸¹ Zaffaroni afirma que “En nuestra Corte Suprema... en los casos que han interesado directamente al Poder Ejecutivo siempre ha habido una mayoría automática de cinco ministros votando de acuerdo con el punto de vista presidencial: justamente se trata de los cinco jueces nombrados por el actual presidente. Esta no es la usual división ideológica de los tribunales constitucionales del mundo, sino una división partidista que, como se ha visto, no es la forma de ejercicio de poder político propia de los jueces que controlan la constitucionalidad. ... Pero lo más grave es que esta mayoría automática de la Corte ha hecho expresa renuncia del control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo”. (Zaffaroni, Eugenio R., “El control de los actos de gobierno”, *Diario La Nación*, 23 de junio de 1998).

⁸² LL, 1996-C, 501.

quier naturaleza es competencia del Poder Judicial de la nación y el cuestionamiento de su validez o de cualquier inteligencia o derecho de ellos emanados puede ser causal de interposición de recurso extraordinario federal, para suscitar la intervención del más alto tribunal, como última instancia jurisdiccional constitucional.

k) ¿Hacia una Corte Constitucional? La Corte Suprema ha comenzado a mostrar algunos indicios de su voluntad de constituirse en tribunal constitucional pretorianamente: en 2005, en la causa CELS se autodenominó como “corte constitucional”, huelga explicar la trascendencia de la opción terminológica de los magistrados. Por otro lado, en octubre del mismo año, el Tribunal dejó dicho que aún no había llegado a un decisorio sobre el mentado “corralito” argentino, ya que no se había arribado a un consenso amplio sobre el tema. En sentido coincidente, en el ya mencionado precedente Massa la CSJN ha adoptado en forma expresa y manifiesta la tesitura de buscar el consenso por sobre las opiniones individuales para emitir un decisorio de notable trascendencia que en mucho excedía el mero interés de las partes y vale recordar lo manifestado en dicha oportunidad:

Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas. 11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el preámbulo de la Constitución nacional.

Desde ya, debe señalarse que el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina amplió notablemente las fronteras de la jurisdicción constitucional en Argentina y consagró normativamente, en el máximo rango del sistema jurídico argentino, muchas de las “conquistas” alcanzadas luego de largos años de evolución pretoriana.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE *CONSTITUTIONE FERENDA*

Sin duda, queda mucho por delante, no obstante haberse avanzado mucho desde aquel hoy lejano fallo Elortondo. De cara al siglo XXI, la búsqueda de una “identidad constitucional” y de una jurisdicción constitucional acorde es un desafío compartido por los juristas de Latinoamérica.

Algunas propuestas de *constitutione ferenda*⁸³ que nos permitimos realizar como necesarios avances que los operadores jurídicos deberían considerar para un desarrollo adecuado y sustentable de la jurisdicción constitucional argentina:

a) *Plena justiciabilidad de todos los asuntos que fueren llevados a estrados constitucionales*: el Estado constitucional de derecho exige el abandono de la doctrina pretoriana que afirma la existencia de cuestiones políticas no judiciales. Debe tenerse presente que no existen constitucionalmente cuestiones que estén exentas de la autoridad de los magistrados: como bien decía el juez Varela a fines de siglo XIX, cuando la Constitución refiere a “todas las causas” no deja lugar a dudas o a interpretaciones ambiguas, no existen causas o cuestiones que, llevadas a estrados judiciales por instancia de parte, estén fuera del ámbito de competencia de los magistrados, revalidándose el carácter político de la función judicial dentro del esquema constitucional. Ignorar esto y excluir materias del control de constitucionalidad no implica sino una desvirtuación de la garantía jurisdiccional de la Constitución.

b) *Creación de salas en el ámbito funcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*: la conformación de una Sala de Casación, por un lado, y de una Sala Constitucional, por el otro,⁸⁴ permitiría una mayor especialización y desvincularía las temáticas de derecho común de las constitucionales; quizá, un paso obligado para lograr que la CSJN sea un verdadero tribunal constitucional. Una Sala de Casación en el seno del más alto tribunal resulta necesaria para la avocación a las causas que lle-

⁸³ Nos referimos nuevamente a la Constitución material ya que, como se verá, mucha de las proposiciones que se esbozan podrían realizarse por vía pretoriana o legal.

⁸⁴ Afirma Sagüés que “Normativamente, la Constitución no prohíbe ni promueve la división en salas”, Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 511. Por su lado, Germán Bidart Campos opinaba que “la Corte no puede ser dividida en salas”, *El derecho constitucional del poder*, GBC, Ediar, 1967, t. II, p. 223.

gan a esa instancia en virtud de la causal de arbitrariedad de sentencia: la naturaleza casatoria de la jurisdicción requiere una formalización de, cuanto menos, el efecto ejemplar de las sentencias de la Corte, lo que, va de suyo, redundaría en una disminución del aluvión de causas que llegan anualmente a sus estrados. Lo antedicho, enmarcado en una marcada tendencia regional, ya que, como indica Ferrer Mac-Gregor, al comenzar el siglo XXI, compartiendo o no el control de constitucionalidad con los restantes tribunales típicamente judiciales, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, Bolivia y Chile, junto con Nicaragua y poco después Honduras, aceptaban la idea de programar una judicatura especializada en lo constitucional, muchas veces con la facultad de abolir a la ley declarada inconstitucional.⁸⁵

c) *Uso racional del writ of certiorari previsto en el artículo 280, CPCCN*: se resalta la imperiosa necesidad de alivianar el cúmulo de causas que llegan a la Corte, último intérprete constitucional, para lograr una racional administración de la jurisdicción constitucional. Si bien parece una verdad de Perogrullo, vale recordar con Lynch que “si la Corte está abrumada de trabajo no puede cumplir correctamente con sus funciones primarias. Corresponde quitarle trabajo superfluo o que no le corresponde, especialmente el derecho común... para concentrarla en su función esencial”.⁸⁶ Es por esto que, al menos en este punto, el más alto tribunal argentino debería imitar a su par norteamericano, que ha limitado considerablemente en los últimos tiempos el cúmulo de causas que admite en análisis de jurisdicción apelada extraordinaria, a los efectos de permitir una administración de justicia constitucional más eficiente y especializada.

d) *Extensión de efectos erga omnes de declaraciones de inconstitucionalidad*: entendemos conveniente sincerar de una vez y para siempre el real papel que las sentencias de la Corte Suprema ejercen en el ámbito de la práctica forense. Este sinceramiento que se propone tendría inmediatos efectos benéficos en el ámbito de la justicia constitucional argentina, ya que permitiría la aplicación de los criterios interpretativos del más alto tribunal a aquellos casos con sustentos fáctico y jurídico similares a los

⁸⁵ Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, Fundap, 2002, pp. 65 y ss.

⁸⁶ Lynch, Horacio M., “Cambios en la Corte Suprema: enfoques del siglo XXI”, *La Ley*, 30 de julio de 2003.

del caso en que la resolución concreta tuvo lugar, permitiendo así el ahorro de un dispendio jurisdiccional enorme implicado por la necesidad de reiteración de criterios ya fijados.⁸⁷ Recuérdese, para comprender más cabalmente la relevancia de lo expuesto, que entre fines de 2001 y 2002 una cifra de aproximadamente 120,000 acciones de amparo fueron interpuestas contra ciertas disposiciones normativas referidas al tratamiento de los depósitos bancarios de las personas, casos que tienen idénticas sustanciaciones fácticas y jurídicas y que, tal como está configurado el esquema procesal constitucional argentino a la fecha, deberían terminar siendo resueltos todos y cada uno de ellos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La extensión de los efectos de las sentencias de constitucionalidad que aquí se propone permitiría evitar dicha innecesaria y contraproducente circunstancia.

Respecto a si la mencionada extensión de efectos de las sentencias de constitucionalidad requiere para su implementación de una reforma constitucional o alcanzaría con una implementación por la vía legislativa, si bien parecería asistir razón al maestro Bidart Campos cuando afirmaba que la vía legislativa sería suficiente, entendemos que una decisión constituyente redundaría en una apoyatura sustancial a la legitimidad del instituto. Podría pensarse la posibilidad de que se extendiera este efecto exclusivamente a las resoluciones tomadas por cierta mayoría calificada, tal como es el caso mexicano.

e) *Implementar una acción directa de inconstitucionalidad pura*: entendiendo por tal una acción de inconstitucionalidad con la que de modo directo se impugna una norma general tildada de inconstitucionalidad, con legitimación para interponerla de todo sujeto que sufre agravio a un derecho o interés propios —aunque no haya recaído sobre él un acto concreto de aplicación de la norma—, para lograr una sentencia declarativa sobre su pretensión.

f) *Implementar una acción popular en defensa de la juridicidad constitucional*: para asegurar el ordenamiento constitucional, al tiempo que se defiende el plexo de derechos y garantías fundamentales, una vez instaurado el efecto *erga omnes* de ciertas declaraciones de inconstitucionalidad del más alto tribunal argentino y la acción directa de inconstitucionalidad pura,

⁸⁷ Véase Eguiguren Praeli, Francisco J., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela...*, cit., nota 55, pp. 165 y ss.

entendemos conveniente avanzar en pro de la implementación de la acción popular de inconstitucionalidad, por medio de la cual cualquier ciudadano o entidad no gubernamental pudiera buscar la declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma de alcance general vigente. Se trataría de una acción de inconstitucionalidad pura ampliada por sus efectos y por la laxitud de la legitimación requerida para interponerla. Esta acción no es más ni menos que una reivindicación del derecho de todos los habitantes del suelo argentino a que se respete la jerarquía normativa de la Constitución, tal como se exige en el artículo 31 constitucional.⁸⁸

g) Avanzar jurisprudencialmente en la previsión del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, permitiendo el *control de constitucionalidad de las omisiones en las que incurriesen los poderes constituidos* respecto de las prescripciones constitucionales que en forma expresa exigen prestaciones estatales positivas: consideramos que se trata de una exigencia primaria del sistema republicano constitucional propio del Estado social y democrático de derecho.⁸⁹

h) *Implementar una vía de control de constitucionalidad de los tratados internacionales en forma previa a la ratificación de los mismos*: a los efectos de evitar el incumplimiento por parte del Estado argentino de sus obligaciones internacionales —y la consiguiente responsabilidad internacional que ello acarrea— en caso de declaración de invalidez constitucional del tratado, posteriormente a su ratificación

i) *Implementar por vía legislativa un código procesal constitucional*: que prevea las vías de acceso, efectos, mecánicas y formalidades que han de observarse en la instancia jurisdiccional constitucional.⁹⁰ Entendemos que el dictado de este código es necesario para estandarizar las vías de

⁸⁸ Véase la tercera parte de Ferreyra, Raúl G., *op. cit.*, nota 23.

⁸⁹ Véase Bazán, Víctor, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Ediar, 2003, pp. 831-845; *id.*, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269.

⁹⁰ Puede verse un principio de intento codificador en el sentido que se propone en el “Proyecto de ley orgánica del procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación” presentado por el diputado nacional Jorge R. Vanossi disponible en línea en: http://www.vanossi.com.ar/actividad_leyes.asp.

acceso a la jurisdicción constitucional y evitar ciertas “divergencias” de aplicación por parte de los jueces a la hora de evaluar el cumplimiento de requisitos procesales.

Suelen cerrarse estas exposiciones remarcando la necesidad de una inminente reforma constitucional que instaure los institutos cuya ausencia fue señalada. Nuestra propuesta es no esperar a una reforma del texto constitucional para implementar los avances propuestos, ya que la rigidez del mecanismo de reforma constitucional previsto en el artículo 30 de la ley mayor implicaría un aletargamiento de los procesos innovadores. Creemos que, si no todos, una gran mayoría de los institutos que hemos señalado como requeridos por la precaria realidad de la jurisdicción constitucional argentina puede ser instaurada, o bien por la vía legislativa, o bien pretorianamente, por la vía de la interpretación constitucional.

V. COLOFÓN

Si bien asiste razón a Diego Valadés al afirmar que “cuando la función general de controlar el poder se adjudica políticamente a los tribunales, estos asumen una responsabilidad para la que no están diseñados, con lo cual se pone en riesgo la estructura general del sistema constitucional”,⁹¹ la tendencia hacia un fortalecimiento de la defensa de la Constitución a través de la jurisdicción constitucional, observable a nivel mundial y, muy particularmente, a nivel latinoamericano, es indiscutible. El tema, por supuesto, no es menor: siendo que los derechos valen lo que valen sus garantías, podemos aventurar que sin la garantía de una jurisdicción constitucional real y efectiva, no existirá protección verdadera de los derechos fundamentales, que “armen jurídicamente” a los individuos frente al avance de los órganos de gobierno y, entonces, lamentablemente, la Constitución no será sino una mera expresión de deseos.

Nos atrevemos a afirmar que la actualidad de los mecanismos procesales constitucionales ya no permite hablar de sistemas “puros” en los sentidos tradicionales que reconocen una diádica entre sistema americano de *judicial review* y el sistema austríaco de un Tribunal Constitucional de control concentrado. Como tiene dicho Francisco Fernández Segado, puede advertirse “la existencia de una clara tendencia convergente de ambos modelos... en el

⁹¹ Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 55.

sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición”.⁹²

En este marco, podemos aventurar un gradual avance del sistema procesal constitucional argentino hacia los rumbos que se están trazando más allá de sus fronteras. Parecería, entonces, que queda mucho por recorrer hacia esos nortes. Frente a la ausencia de una legislación progresista, y para que los tribunales argentinos continúen en este sentido de activismo tuitivo de la Constitución, qué mejor que recordarles la frase del poeta: “caminante, son tus huellas el camino, y nada más, caminante no hay camino, se hace camino al andar”.

⁹² Fernández Segado, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano-modelo europeo kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 de septiembre de 2002, pp. 33 y 34.

sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición”.⁹²

En este marco, podemos aventurar un gradual avance del sistema procesal constitucional argentino hacia los rumbos que se están trazando más allá de sus fronteras. Parecería, entonces, que queda mucho por recorrer hacia esos nortes. Frente a la ausencia de una legislación progresista, y para que los tribunales argentinos continúen en este sentido de activismo tuitivo de la Constitución, qué mejor que recordarles la frase del poeta: “caminante, son tus huellas el camino, y nada más, caminante no hay camino, se hace camino al andar”.

⁹² Fernández Segado, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano-modelo europeo kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 de septiembre de 2002, pp. 33 y 34.