

**CONTROL
DE
CONSTITUCIONALIDAD**

JORGE ALEJANDRO AMAYA

Control de constitucionalidad

Modelos y sistemas. Control judicial. Cuestiones políticas
Tribunales constitucionales. Doctrina contramayoritaria
Inconstitucionalidad de oficio. Rol de las cortes supremas
Reformas constitucionales y derechos políticos
Interpretación constitucional

2ª edición actualizada y ampliada



BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2015

Amaya, Jorge A.

Control de constitucionalidad - 2ª ed.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.

592 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-987-706-077-5

1. Derecho Constitucional. I. Título

CDD 342

1ª edición, 2012.

2ª edición, 2015.

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires

(54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)

www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

*A todos los alumnos que han pasado
por mis cursos de grado y posgrado
en más de veinticinco años de docencia.*

*Ellos constituyen la esperanza de lograr
para mi país y para gran parte de Latinoamérica,
el equilibrio entre una Democracia madura
y una Constitución presente.*

Una vez más, a María Laura y Martina.

“Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo”.

KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*

PALABRAS DEL AUTOR

La segunda edición de mi obra *Control de constitucionalidad*, que en su primera impresión tuviera una reconfortante recepción por la doctrina constitucional y por la academia, obteniendo el prestigioso “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” (bienio 2012-2013), ha sido actualizada y ampliada durante el verano de este año 2015.

Su contenido, conforme recordara en la primera edición, es el resultado de un conjunto de cursos de posgrado dictados en los últimos años en la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Magistratura, y en distintas facultades de derecho de la República Argentina y del exterior, entre las que se destacan la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Nacional de Rosario; Nacional de Lomas de Zamora; y las escuelas de leyes de las Universidades de Jaén e Internacional de Andalucía (España), y Pontificia Católica de Lima (Perú). En todas estas altas casas de estudio tuve a mi cargo, en distintos posgrados en derecho constitucional, procesal constitucional y procesal, la apasionante temática del control de constitucionalidad, en sus aspectos teórico y práctico.

Esta segunda edición ha sido enriquecida por el continuo seguimiento de la temática a través de los fallos de los altos tribunales locales e internacionales, y por el perfeccionamiento de los cursos de capacitación dictados en la materia, situación que reflejo particularmente en el curso de doctorado que impartí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el que he replicado como profesor invitado en distintas universidades latinoamericanas y europeas.

La teoría del control constitucional, en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupó y ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de abogados, miembros de los poderes públicos, profesores de distintas disciplinas del derecho, e incluso, de muchos interesados en el ejercicio o el estudio de la ciencia política.

El célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Marbury v. Madison*”, sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno, que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso; así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental.

Ambos modelos centrales trascienden las razones ideológicas, políticas e históricas de su creación, para instalar la discusión jurídica y política –entre otras cuestiones– sobre la posición que una constitución tiene frente a los principios del sistema democrático.

Desde dicha perspectiva, tanto la sentencia de Marshall en “*Marbury*”, en su condición fundante del control judicial difuso, como las ideas lógicas de Kelsen, como artífice principal del modelo concentrado, transitan magistralmente sobre muchas de las tensiones que aún hoy enfrentan los conceptos de democracia y constitución, y su aplicación y desarrollo en los sistemas jurídicos mundiales.

Por lo expuesto, como dije en la primera edición, la obra aspira a trabajar modelos de teoría constitucional y de teoría procesal constitucional, ya que el ejercicio del control de constitucionalidad instala el permanente debate entre mayoría (poder público) y minoría (derechos individuales), y el no menos importante en torno al reconocimiento de la constitución como ley suprema.

Justamente, uno de los problemas trascendentes de la democracia constitucional se centra en los límites de las mayorías, temática que vengo trabajando desde hace años y que se ve reflejada con intensidad en los parámetros de este

libro y de otros dos que publicara el año pasado, titulados *Democracia y minoría política* (ASTREA) y *Procesos Mayoritarios y Minorías Políticas* (La Ley y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

Así, este trabajo se relaciona con los derechos fundamentales de quienes integran las minorías frente a los procesos democráticos mayoritarios que se rigen por la regla de la mayoría, y las limitaciones a dicha regla que implican los derechos fundamentales y el ejercicio del órgano encargado de hacer vigente el principio de supremacía constitucional.

Bajo esta óptica de pensamiento, el libro se edifica en torno a distintas tensiones –antiguas y modernas– entre los conceptos, principios y consecuencias que el enfrentamiento complementario entre democracia y constitución deja en permanente evidencia a través del ejercicio del control de constitucionalidad.

La tensión central –no siempre advertida– que existe entre democracia y constitución, y el rol que el control juega en su difícil equilibrio ocupa, junto con el origen y los fundamentos del control de constitucionalidad, sus distintos modelos, y los diversos sistemas adoptados por los países que han combinado uno o más modelos, los tres primeros capítulos del libro.

Dentro del tercer capítulo, en esta segunda edición actualizada y ampliada, hemos incorporado un punto referido a las reformas introducidas a la competencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. La ley 23.774 que nos trajo el *writ of certiorari* anglosajón por medio de la modificación de los arts. 280 y 285 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación; la ley 26.790, que reglamentó el instituto del salto de instancia (*per saltum*) por medio de los arts. 257 bis y 257 ter del citado Código; y la acordada 4/07 del 16/3/07, mediante la cual la Corte Suprema catalogó los requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y del recurso de queja, teniendo en cuenta los reiterados precedentes de dicho tribunal, y haciendo uso de su atribución legal (art. 18, ley 48) de dictar reglamentos necesarios para la mejor administración de justicia.

También en este capítulo tercero hemos incluido un punto referido al tratamiento del precedente en Latinoamérica y una propuesta que formulamos en torno a la obligatoriedad para los tribunales inferiores de la doctrina sentada por la Corte Suprema, cuando interpreta derecho federal y derecho común, en ocasión de un caso constitucional.

El capítulo IV, dedicado a examinar algunas de las tensiones particulares entre democracia y constitución que pone a luz el ejercicio del control de constitucionalidad, contiene: 1) las siempre presentes cuestiones políticas, que hemos denominado “la tensión política”; 2) la llamada doctrina contramayoritaria, que se identifica como “tensión judicial”; 3) la inconstitucionalidad de oficio, que llamamos “tensión procesal”; 4) el difícil rol institucional de las Cortes Supremas, al que referimos como “tensión institucional”, y 5) la definida como “tensión soberana”, que bucea alrededor del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.

Todas estas “tensiones” han sido actualizadas en la jurisprudencia que se cita, habiéndose incorporado en la tensión judicial un punto titulado “diagnóstico y propuesta”, referido al sistema político argentino; también se ha ampliado el punto que trata la tensión institucional.

Al capítulo V, dedicado al perfil del juez constitucional y a sus facultades y límites de interpretación, se le han adicionado varios tópicos.

El primero se centra en el tratamiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y su desarrollo en los Estados Unidos de América, Europa y Argentina. A continuación, se trabaja los llamados “siete modelos de Lawrence Tribe” (modelos de argumentación constitucional) y las llamadas “libertades preferidas” y su evolución interpretativa, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como en los tribunales constitucionales europeos y de nuestro país.

Me ha parecido relevante el tratamiento de las llamadas “categorías sospechosas de inconstitucionalidad”, que reflejan la evolución interpretativa alrededor del principio de igualdad en la jurisprudencia comparada y en la nacional.

Como nuevo capítulo VI se incorpora el conocido control de convencionalidad, por medio del análisis del principio de supremacía constitucional y sus cambios, de la incorporación del país al sistema interamericano, del origen, fundamentos y efectos de dicho control en la jurisprudencia interna de los países, del debate alrededor de la obligatoriedad de los fallos de la CorteIDH y de la ComisiónIDH, y del llamado diálogo interjurisdiccional entre los tribunales internos y los internacionales.

Por último, al capítulo VII de la obra (VI en la primera edición) le he adicionado nuevos y mayores argumentos que me persuaden sobre mi perspectiva de cómo debería abordarse el control de constitucionalidad de los derechos políticos, a la luz de los criterios que han ido perfilando las libertades preferidas y las categorías sospechosas.

El libro mantiene e incrementa su objetivo inicial: intentar encontrar respuestas, al menos parciales, a muchos de los interrogantes que la cotidianidad deja al descubierto al poner en evidencia la distancia entre los conceptos de la teoría constitucional y la realidad política.

En este marco, las distintas tensiones que se describen en el capítulo IV del libro procuran transmitir al lector –interesado en casos difíciles– un panorama actual de cómo ha sido tratada la cuestión en la jurisprudencia y la doctrina de gran parte del continente americano.

Reitero y reafirmo lo que dije en las palabras introductorias a la primera edición. No evado en ningún momento mi opinión respecto de cada una de las instituciones y los distintos puntos que trata la obra.

Como siempre sostuve en mis escritos, cursos y exposiciones, el peligro más presente en toda Latinoamérica proviene de los defensores a ultranza de los principios democráticos, que muchas veces esconden un populismo que, traicionando los principios en que se sustenta, termina sumergiendo los derechos de aquellos sectores más desaventajados de la sociedad.

Por ello, esta segunda edición que comparto y someto a la crítica de los lectores y de mis pares, contiene un cúmulo de propuestas concretas para equilibrar los sistemas políticos fuertemente mayoritarios, en busca de una democracia

constitucional (particularmente para nuestro país) estable, equitativa, previsible y controlada.

En dicha dirección, el control de constitucionalidad, correctamente ejercido, es una herramienta de enorme valía social e institucional, cuyo conocimiento y tratamiento en nuestro país evidencia muchas disfunciones, y cuya primera dificultad radica en no conocer o tener presente cuál ha sido su identidad de origen.

JORGE ALEJANDRO AMAYA

ÍNDICE GENERAL

<i>Palabras del autor</i>	XVII
---------------------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

§ 1. Introducción	1
§ 2. Reflexiones en torno a la constitución	2
§ 3. Reflexiones en torno a la democracia	5
§ 4. El fundamento de la democracia. La igualdad y la libertad	5
§ 5. El funcionamiento de la democracia	6
§ 6. Tipos y modelos de democracia	8
§ 7. Una democracia no constitucional	15
§ 8. La regla de la mayoría en la democracia	16
§ 9. Mayorías y minorías en la democracia. Las reglas de minoría	19

CAPÍTULO II

ORIGEN Y FUNDAMENTOS

A) IDEOLOGÍA Y PRINCIPIOS

§ 10. Primeros conceptos importantes para la comprensión del origen, los fundamentos y los modelos de control de constitucionalidad	27
---	----

	a) La ideología liberal. Sus postulados básicos ...	31
	b) La ideología socialista. Sus postulados básicos	33
	c) La ideología del Estado social de derecho. Sus postulados básicos	36
§ 11.	La teoría del control y la división del poder. Sus postulados básicos	38
	a) La visión europea de la división de poderes	41
	b) La visión estadounidense de la división de poderes	43
	c) Otras visiones de la división de poderes	46
	1) El modelo dualista	46
	2) El modelo pluralista	48
	3) El modelo de Ackerman	49
	d) Mapas conceptuales en torno a la división de poderes	51
§ 12.	Otros conceptos para la comprensión del control de constitucionalidad	54
	a) El principio de la supremacía constitucional	54
	b) Las tradiciones jurídicas del mundo contemporáneo y su filosofía	55
	c) Origen conceptual del control de constitucionalidad	58
	d) Capital social, seguridad jurídica y control de constitucionalidad	59

B) NACIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. “MARBURY V. MADISON”

§ 13.	Los antecedentes históricos del control judicial de constitucionalidad. La independencia estadounidense y sus momentos críticos	64
§ 14.	Los antecedentes jurídicos del control judicial de constitucionalidad	67
	a) El caso “Bonham”	67
	b) El modelo jurídico de las colonias estadounidenses	69
	c) Una constitución escrita y suprema	71
	d) La Convención Constituyente de Filadelfia	73
§ 15.	Antecedentes ideológicos y políticos del control judicial de constitucionalidad. “El Federalista”	74
§ 16.	El arribo de “Marbury v. Madison”	76
	a) La tesis antimayoritaria	83
	b) Conclusiones contradictorias de la célebre sentencia	87

CAPÍTULO III

MODELOS Y SISTEMAS

§ 17. Introducción 89

A) MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 18. El modelo estadounidense. Una constitución escrita como ley fundamental 90

 a) Características y reglas del modelo. Las reglas de Marshall, de Cooley y de Brandeis 92

 b) Mapa conceptual de las características del modelo 96

 c) La doctrina del precedente obligatorio o “stare decisis” 96

 d) Ventajas y desventajas del precedente obligatorio 99

§ 19. El modelo político o francés. Características 100

 a) El Consejo Constitucional de la Quinta República. Naturaleza y evolución 103

 b) La reforma constitucional del año 2008 106

 c) Mapa conceptual de las características del modelo 106

§ 20. El modelo kelseniano o europeo-continental 107

 a) Checoslovaquia. Primer ejemplo del “modelo europeo” 107

 b) La Constitución austríaca de 1920 108

 c) Kelsen y la teoría del legislador negativo 111

 d) La polémica Kelsen-Schmitt 117

 e) Mapa conceptual de las características del modelo 119

§ 21. La identidad sobrevenida 119

B) SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 22. Introducción 122

§ 23. El sistema federal argentino. ¿Modelo puro? 123

§ 24.	El sistema federal argentino y las reformas introducidas al funcionamiento de su máximo tribunal	128
a)	El “writ of certiorari”	129
1)	Antecedentes del “certiorari”	129
2)	El objeto de la institución	131
3)	Algunas cuestiones sobre el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	132
b)	El “per saltum”	136
1)	Concepto, antecedentes y derecho comparado	136
2)	El nacimiento del “per saltum” en la Argentina	140
3)	Su regulación actual	143
c)	La acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	147
§ 25.	Los sistemas provinciales argentinos. ¿Sistemas mixtos?	150
§ 26.	El sistema “dual o paralelo”. El peruano	159
§ 27.	Sistemas latinoamericanos “mixtos”	164
§ 28.	La doctrina del precedente constitucional en Iberoamérica. Una propuesta institucional para el sistema argentino	169
§ 29.	Mapas conceptuales de los sistemas latinoamericanos	180

CAPÍTULO IV

TENSIONES PARTICULARES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) TENSION POLÍTICA. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES

§ 30.	Introducción	185
§ 31.	Competencia y control de constitucionalidad	186
§ 32.	Los primeros casos “políticos no judiciales”. Cuestiones políticas y cuestiones no judiciales ...	189
§ 33.	Posiciones doctrinales en torno a las cuestiones “políticas no judiciales”	191
a)	Posturas restrictivas	191
b)	Posturas amplias	192

§ 34.	La temática de las “cuestiones políticas”	194
	a) Facultades privativas	194
	b) Forma republicana de gobierno	194
	c) Autonomía provincial	194
	d) Intervención federal	195
	e) Enjuiciamiento de magistrados	195
	f) Composición de las cámaras del Congreso	196
	g) Procedimiento legislativo	196
	h) Estado de sitio	197
	i) Reforma constitucional	197
§ 35.	Las “cuestiones políticas” y la política	198
	a) Cuestiones electorales y de partidos políticos ..	198
	b) Cuestiones vinculadas a la participación política	200
	1) “José Eduardo Ormache”	200
	2) “Antonio Ríos”	200
	3) “Miguel Ángel Rossi Cibils y otros y su acumulado José A. Romero Feris”	201
	4) “Horacio Eduardo Malamud y otros”	202
	5) “Emilio F. Mignone”	203
	6) “Partido Nuevo Distrito Corrientes s/ofi- cialización de listas de senadores y diputa- dos nacionales - elecciones del 23 de no- viembre de 2003”	203
	7) “Pagani, Enzo Luis”	205
	8) “Antonio Bussi” y “Luis Abelardo Patti” ...	206
	9) “Partido Nuevo Triunfo”	207
	10) “Unión para Vivir Mejor”	208
§ 36.	Conclusión	210

**B) TENSION JUDICIAL. DEMOCRACIA, PODER JUDICIAL
Y CONTRAMAYORÍA**

§ 37.	Introducción	210
§ 38.	La dificultad contramayoritaria y sus distintas in- tensidades	211
	a) Las dificultades básicas	212
	b) La opinión de Waldron	214
	c) La opinión de Elster y Ackerman	217
	d) La opinión de Holmes	218
§ 39.	Distintos argumentos y modalidades de la opción judicialista	218
	a) La opinión de Ely	220
	b) El constitucionalismo “débil”	221

§ 40.	La actualidad del tema	223
	a) El “constitucionalismo popular”. A favor, Tushnet y Kramer	223
	b) El “constitucionalismo popular”. En contra, Tribe y Chemerinsky	225
§ 41.	Conclusión	226
§ 42.	Diagnóstico y propuesta	228
	a) Legitimación activa de la minoría política para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	232
	b) Legitimación activa de los partidos políticos, del Defensor del pueblo y de ONG’s para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	237

C) TENSIÓN PROCESAL. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

§ 43.	Introducción	239
§ 44.	Argumentos a favor de la declaración de oficio del control de constitucionalidad	241
	a) El principio de supremacía constitucional	242
	b) La regla “iura novit curia”	244
	c) El requisito de la existencia de una “causa” ...	246
	d) El equilibrio de los poderes	247
	e) Presunción de validez de los actos estatales ...	248
	f) El debido proceso legal	250
§ 45.	Argumentos en contra de la declaración de oficio del control de constitucionalidad	250
	a) Contradicción, perjuicio e impugnación	252
	b) La presunción de legitimidad	253
	c) La bilateralidad del debate	253
	d) La división de poderes	254
§ 46.	La cuestión en el derecho constitucional de las provincias	254
§ 47.	Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina	255
	a) Caso “Rita Mill de Pereyra”	256
	b) Caso “Banco Comercial de Finanzas SA”	258

c) Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La instalación definitiva del control oficioso de constitucionalidad por parte de los jueces	259
§ 48. Nuestra opinión	262

D) TENSION INSTITUCIONAL. EL ROL INSTITUCIONAL DE LAS CORTES SUPREMAS

§ 49. Introducción	263
§ 50. Características e identidad institucional de las cortes supremas. La opción constitucional o poder contramayoritario	266
§ 51. Características e identidad institucional de los tribunales constitucionales. La opción democrática o el rol de garante del proceso democrático	269
§ 52. La inversión de las identidades	271
§ 53. La Corte Suprema de Justicia de la Nación. Roles y tendencias	274
§ 54. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición	277
a) Roles y tendencias. Los modelos “actitudinal” y “actor estratégico” en sus decisiones	283
b) Los roles “contramayoritario”, “democrático”, “custodio de la responsabilidad internacional del Estado”, de “equilibrio de los poderes” y la “tendencia restrictiva”	287
c) “La tendencia fundacional”	291
§ 55. Conclusiones	296

E) TENSION SOBERANA. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

§ 56. Introducción	298
§ 57. El control de una reforma constitucional. Reflexiones previas	301
§ 58. El parámetro del valor constitucional implicado	302
§ 59. El órgano de control constitucional y su rol institucional	304

§ 60.	El control de la Constitución de los Estados Unidos de América	308
	a) “Hollingsworth v. Virginia”	308
	b) “Hawke v. Smith”	309
	c) Los casos de la “Prohibición Nacional”	311
	d) “Dillon v. Gloss”	313
	e) “Leser v. Garnet”	314
	f) “United States v. Sprague”	316
	g) “Coleman v. Miller”	318
	h) “Goldwater, Barry y otros v. Carter, James E., presidente de los Estados Unidos de América y otros”	320
§ 61.	El control de la Constitución en Colombia	320
	a) Los primeros casos	321
	b) Los casos siguientes	321
§ 62.	El control de la Constitución en México	323
	a) “Banco del Atlántico y otros v. Congreso de la Unión”	323
	b) “Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión”. Primer caso	323
	c) “Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión”. Segundo caso	324
§ 63.	El control de la Constitución en el Brasil	325
§ 64.	El control de la Constitución en la Argentina	328
	a) El caso “Soria de Guerrero”	328
	b) El caso “Gastón Cotti”	330
	c) El caso “Ríos”	331
	d) El caso “Polino”	331
	1) El voto mayoritario	333
	2) Los votos concurrentes	335
	3) Los votos en disidencia	336
	e) El caso “Romero Feris”	338
	1) El voto mayoritario	340
	2) El voto concurrente	341
	3) El voto en disidencia	343
	f) El caso “Fayt”	345
	g) El caso “Colegio de Abogados de Tucumán” ...	351

CAPÍTULO V

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

§ 65.	Introducción	355
-------	--------------------	-----

§ 66.	El principio de supremacía constitucional y sus cambios. Incorporación de la República Argentina al sistema interamericano: el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH	358
§ 67.	Obligación de los Estados de adecuarse al sistema interamericano de derechos humanos	362
§ 68.	Obligación de respetar los derechos	362
§ 69.	Obligación de organizar las estructuras del poder público	364
§ 70.	Control de convencionalidad. Origen y evolución	364
§ 71.	La interrelación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la jurisprudencia de tribunales extranjeros. El llamado diálogo interjurisdiccional	368
§ 72.	El monólogo referencial con la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ejercicio del control de constitucionalidad	369
§ 73.	El diálogo interjurisdiccional con la Corte IDH. Sus distintas intensidades	371
§ 74.	La cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH	372
§ 75.	La obligatoriedad para todos los poderes públicos de los estados: efecto “erga omnes”	380
§ 76.	El control de convencionalidad. Actuación de oficio	392
§ 77.	La competencia de la Corte Interamericana en la verificación de la aplicación de control de convencionalidad	399

CAPÍTULO VI

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS FACULTADES DE INTERPRETACIÓN

§ 78.	La interconexión de los modelos y el activismo constitucional	401
§ 79.	El rol y el perfil del juez constitucional	403
	a) Su rol institucional	403
	b) Su perfil	404
	1) Aspectos formales	404

2) Aspectos sustanciales	407
a) Del porqué de la justicia constitucional	407
b) La independencia, la imparcialidad y la responsabilidad	409
c) Preparación académica, trayectoria profesional y conducta personal	412
§ 80. Los alcances de la interpretación del juez constitucional. Facultades y límites	413
a) El dilema de la “verdad” constitucional y de los modelos descriptivos	416
b) La interpretación y el proceso convencional ...	420
c) Interpretación y derechos humanos	422
d) Las convenciones interpretativas	423
§ 81. Reglas de interpretación constitucional	424
a) Postulado sobre la eficacia de la Constitución	424
b) Postulado sistemático	425
c) Postulado sobre la unidad del ordenamiento jurídico	426
d) Postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político	427
e) Postulado de la consolidación de los valores constitucionales	429
f) Postulado que propugna la atención de las consecuencias sociales	429
g) Postulado sobre el equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y lo dinámico	429
§ 82. Interpretación y control de constitucionalidad. La evolución interpretativa en el ejercicio de control	430
§ 83. El principio de razonabilidad y proporcionalidad en la interpretación constitucional. Su desarrollo en los Estados Unidos de América, Europa y Argentina	431
a) Estados Unidos de América	433
b) Europa	438
c) Argentina	441
§ 84. Los siete modelos constitucionales de Lawrence Tribe. Las llamadas “libertades preferidas” y su interpretación	446

§ 85.	Las reglas de interpretación del derecho de igualdad. Las categorías sospechosas	455
	a) La presunción de constitucionalidad de las normas. El “test de mera razonabilidad”	459
	b) La presunción de inconstitucionalidad de las normas. Las categorías sospechosas	460
	c) ¿En qué casos se aplica el examen estricto de constitucionalidad?	462
§ 86.	Conclusiones. ¿Vienen los jueces marchando?	465

CAPÍTULO VII

HACIA UNA TEORÍA UNITARIA DEL CONTROL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

§ 87.	Democracia y Constitución. Un equilibrio difícil ..	471
§ 88.	El “sistema unitario” de derechos y valores políticos en la democracia	474
§ 89.	La libertad de expresión democrática y su perfil reforzado. Los distintos aportes de la doctrina estadounidense y europea	477
§ 90.	La libertad de expresión político democrática y su protección en la jurisprudencia norteamericana ..	483
§ 91.	El perfil del “sistema unitario” y el control de constitucionalidad. Primera aproximación hacia una teoría unitaria del control de constitucionalidad de los derechos políticos en la democracia constitucional	486
§ 92.	La interpretación de los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos	491
§ 93.	Los estándares de protección de los derechos políticos edificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	494
§ 94.	Condiciones habilitantes para el ejercicio de los derechos políticos. Las reglas sobre edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental	498
§ 95.	La condena por juez competente en el proceso penal ¿es una cláusula cerrada?	502

§ 96. Las garantías del proceso	509
§ 97. Reflexiones e interrogantes constitucionales y procesales constitucionales	513

CONCLUSIONES FINALES

.....	519
-------	-----

APÉNDICE

A) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

1) Corte Interamericana de Derechos Humanos	527
2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	531
3) Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América	532
4) Corte de Justicia de México	534
5) Corte Constitucional de Colombia	534
6) Corte Suprema de Justicia del Brasil	534
7) Tribunal Constitucional alemán	534
8) Tribunal Constitucional español	535

B) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

1) Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina	537
2) Cámara Nacional Electoral	543
3) Jurisprudencia de otros tribunales argentinos	544
<i>Bibliografía</i>	545

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

§ 1. *INTRODUCCIÓN.* – La expresión *democracia constitucional*, modelo al que aspiran la mayoría de los países occidentales y cuya terminología ha sido acuñada por autores de la talla de RONALD DWORKIN o LUIGI FERRAJOLI, designa un sistema jurídico-político completo y complejo que conjuga dos elementos: una forma de Estado (el Estado constitucional de derecho) y una forma de gobierno (la forma de gobierno democrática).

El debate entre los defensores de la superioridad de la Constitución sobre cualquier Poder y los adherentes a la supremacía del poder democrático de la mayoría, transita más de doscientos años y aún no ha sido resuelto de manera pacífica. Buenos y sólidos argumentos se esbozan de cada lado.

Anticipamos nuestro punto de vista de que el peligro más grave siempre proviene de los defensores radicales del poder mayoritario, sin desconocer –ciertamente– que el blindaje de todo derecho frente a las decisiones mayoritarias limita, en la práctica, el ejercicio del autogobierno.

A partir del análisis reconstructivo que proponemos en este capítulo, sobre los conceptos antagónicos y complementarios de *democracia* y *constitución*, derivaremos las implicancias de la integración de dichos sistemas en un solo modelo, para identificar los problemas que genera esta integración.

Cuando analicemos las tensiones básicas entre democracia y constitución que el ejercicio del control constitu-

cional deja al descubierto (la tensión “política”, la “judicial”, la “procesal”, la “institucional” y la “soberana” –ver § 28 a 61–), veremos que los problemas que emergen de la integración de los dos elementos del sistema jurídico político al que nos referimos (la democracia constitucional) fueron advertidos y planteados con claridad meridiana en los antecedentes históricos e ideológicos de los modelos de control de constitucionalidad que abordamos en este trabajo (el judicial o estadounidense, el político o francés y el continental o kelseniano –ver § 17 a 27–).

Asimismo, el riesgo mayoritario y su relación con los derechos políticos como derechos fundamentales condicionantes del modelo de gobierno democrático, constituyen un trampolín para delinear una propuesta unitaria sobre el control de constitucionalidad de los derechos políticos en la democracia constitucional. Con este aporte –que en franqueza está pensado a partir de los resultados de sistemas políticos caracterizados por el predominio de movimientos hegemónicos– finalizamos la obra.

§ 2. **REFLEXIONES EN TORNO A LA CONSTITUCIÓN.** – Una definición, seguramente aceptada por buena parte de la doctrina, en torno a lo que entendemos por *constitución*, nos acerca a una norma primaria que instituye la estructura de una colectividad política, de conformidad con dos requisitos esenciales: una declaración de derechos y una organización de los órganos públicos inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.

El uso del término en este significado específico se apoya en la razón histórica de las constituciones escritas, que nacen con las declaraciones de los derechos y terminan por incluirlos en su interior.

¿Por qué el Estado constitucional es aquel que reconoce derechos fundamentales o humanos (en nuestra terminología) y al mismo tiempo divide el poder político?

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir de la idea de que los derechos individuales son los límites principales del poder político, tanto en sentido negativo como positivo; es decir, tanto en el sentido de que no pueden adoptarse decisiones que lesionen esos derechos, como

que el poder público está obligado a asegurar su disfrute por parte de los individuos.

La división de los poderes fue concebida como un remedio preventivo para controlar el abuso del poder y, por consiguiente, para proteger los derechos individuales.

En la noción de abuso de poder político se implican distintas dimensiones, dado que el poder comete abusos cuando excede los límites que le han sido prescriptos; cuando realiza actos no autorizados; cuando se impone arbitrariamente a la voluntad de los administrados, y cuando actúa por interés propio o privado y no por interés público.

La creación constitucional de la división o separación de los poderes¹ se materializa mediante dos operaciones: la distinción de las funciones en las que se articula el poder político (legislativa, ejecutiva y judicial), y la creación de los órganos separados en los que se distribuyen, dosificando las competencias de dichos órganos para permitir su control recíproco (los *cheks and balances* estadounidenses).

Se podría afirmar –siguiendo a BOBBIO– que la separación de los poderes tiende al aislamiento del Poder Ejecutivo como uno de sus efectos más importantes².

Por un lado, la limitación del poder contra los abusos es solamente ilusoria, si el sujeto que ostenta la facultad de ejercer el poder coactivo es el mismo sujeto que establece las reglas que deberían limitar su ejercicio; por otro lado, el límite es ilusorio cuando el mismo sujeto que ejerce la coacción determina si la coacción debe aplicarse en el caso concreto, es decir, si es el mismo sujeto quien determina cuándo se ha cometido un ilícito.

Bajo esta línea de pensamiento, *constitución* –en un sentido estricto y propio– es la norma o conjunto de normas que, por un lado, reconoce derechos fundamentales y, por otro, instituye poderes públicos, articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la protección de la garantía y de la tutela de esos derechos.

¹ Respecto de la distinción entre estas dos nociones –división o separación–, ver GUASTINI, *¿Separazione dei poteri o divisione del potere?*, “Revista de Teoría Política”, XIV, n° 3, p. 25 a 42.

² BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, p. 28.

Al impulso de este proceso, es decir, a la secuencia de constitucionalización de las estructuras jurídico-políticas de las naciones, se le da el nombre de *constitucionalismo*. Su noción abraza una notable variedad de orientaciones, pero encuentra el modelo en el ideal clásico del gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres.

El constitucionalismo se impulsa en la lucha contra el poder arbitrario y concentrado de las monarquías absolutas, anteponiéndoles los derechos “naturales” del individuo. La no arbitrariedad y el no absolutismo son las características mínimas, definidas en negativo, de la noción de Estado constitucional de derecho.

El primer fundamento filosófico del constitucionalismo debe buscarse en el iusnaturalismo moderno, “que ha hecho del individuo y no de la sociedad el punto de partida para la construcción de una doctrina moral y del derecho”, lo que significa “que primero viene el individuo en lo singular, que tiene valor en sí mismo, y después viene el Estado y no viceversa; que el Estado está creado para el individuo y no el individuo para el Estado”³.

Desde esta perspectiva, las cartas constitucionales modernas pueden atinadamente considerarse “tablas positivas de derecho natural”⁴.

Comúnmente se entiende por *constitución* un documento que contiene las partes a las cuales hemos hecho referencia: un cuerpo de derechos y una arquitectura de órganos y funciones del poder político, inspirado en alguna visión de la división de poderes.

Estos dos elementos representan los componentes esenciales del concepto de constitución que ha forjado el constitucionalismo. “La constitución se ha convertido así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”⁵.

Las exigencias que naturalmente contiene el constitucionalismo pueden rechazarse o flexibilizarse de manera casuística, hasta tornarlas inocuas, por quienes sostienen una

³ BOBBIO, *Letà dei diritti*, p. 57 a 59.

⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 351.

⁵ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, p. 149.

democracia radical, es decir, aquellos que encuentran en los vínculos constitucionales, sobre todo en la indisponibilidad de los derechos y su protección jurisdiccional, una lesión injustificable al poder de las mayorías políticas, o sea, en los términos de estas posiciones, a la democracia.

§ 3. **REFLEXIONES EN TORNO A LA DEMOCRACIA.** – Bien podemos afirmar que ésta es una de las palabras más amplias del lenguaje político y, por cierto, un concepto multívoco.

Para evitar confusiones, aclaramos que usaremos el término *democracia* como “forma de gobierno”, entendiendo por *gobierno* –en el sentido clásico del término– el conjunto de órganos a los que se les atribuye el poder de decisión colectiva.

El gobierno materializa el poder en el Estado, teniendo a su cargo la dirección jurídica y política en sus instancias de decisión, acción y sanción; y la forma de gobierno es una configuración específica de dichos órganos y actividades, usualmente prevista y establecida en normas preceptivas, es decir, la organización del poder de autoridad⁶.

Identificaremos algunos de los problemas que enfrenta el concepto de democracia en los términos otorgados.

§ 4. **EL FUNDAMENTO DE LA DEMOCRACIA. LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD.** – La naturaleza de la democracia está indicada de manera implícita, en su nombre, como “poder del pueblo”, pero de manera explícita por el que fue su nombre más antiguo: *isonomía*, un término que se encuentra en HERÓDOTO y que significa “igualdad de ley”⁷, es decir, igualdad entre los miembros de una polis, de un Estado, establecida por el *nomos* (por la ley). ¿Pero qué clase de igualdad?

En los discursos antiguos sobre la democracia aparecían diferentes fórmulas de igualdad: *isonomía* (igualdad entre los miembros establecida por la ley); *isegoría* (igualdad de derecho para hablar en voz alta ante los ciudadanos); *isotimía* (igual posibilidad de acceder a los cargos pú-

⁶ FAYT, *Derecho político*, t. II, p. 31 y 33.

⁷ FERNÁNDEZ QUINTANO, *Democracia en la historia de Herodoto*, ponencia en “Pasado, presente y futuro de la democracia”, p. 47 a 55.

blicos –obviamente, las discriminaciones entre libres y no libres no eran consideradas–), e *isogonia* (igualdad de naturaleza), que era la que justificaba todas las demás.

A ella se refiere PLATÓN, al decir que todos los hombres libres (no esclavos) son iguales, que todos participan igualmente de la naturaleza humana, que todos –ricos y pobres– se encuentran dotados de razón y voluntad, por lo que ninguno, en principio, debe ser considerado incompetente por naturaleza en materias públicas⁸.

Las decisiones colectivas son decisiones que se refieren a todos y, por ello, todos los que son capaces naturalmente, por ser sujetos de razón y voluntad, deben poder participar en la elaboración de las decisiones colectivas.

Todas estas igualdades se condensan en la noción de *isonomia*, a la que podemos identificar con su significado esencial de igualdad de derechos de participación política, sin discriminación entre aquellos de igual naturaleza.

La idea que expresa en su origen la antigua *isonomia* puede reformularse en el léxico moderno sosteniendo que la democracia aspira –en términos generales– a que las decisiones políticas recaigan de manera igualitaria sobre sus destinatarios, como a que la contribución en la formación de dichas decisiones también se realice de modo igualitario. Ésta es la igualdad de la democracia.

Además de la igualdad, otro concepto que aparece en los discursos sobre la democracia es el de la libertad, que nos sirve para identificar el fundamento en que se apoya la construcción de la forma de gobierno democrática.

La libertad individual es fundamento o principio de la democracia, entendida como capacidad de decisión racional autónoma de los individuos en materia política; una libertad que se expresa cuando el individuo está en condiciones de determinarse.

§ 5. **EL FUNCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA.** – En la democracia moderna, la representativa, podemos ejemplificar su funcionamiento típico mediante la secuencia integrada por

⁸ GIL, *Las primeras justificaciones griegas de la democracia*, www.revistas.ucm.es/fll/11319070/articulos/CFCG9696110011A.PDF, p. 94 a 105.

las siguientes acciones: elegir, representar, deliberar y decidir. Estas acciones expresan –bajo ciertas condiciones– los momentos en los cuales se articula la vida pública de una sociedad democrática.

Hay que subrayar la particular importancia que tienen dentro del juego democrático el verbo “deliberar” y el sustantivo “deliberación”, como acción vinculada pero independiente del “decidir”. En esta línea, la *deliberación* es la discusión que debe preceder a todas y cada una de las decisiones colegiadas⁹.

El acto de la deliberación debe garantizar iguales oportunidades para la valoración de todos los puntos de vista, e iguales posibilidades de persuasión recíproca entre los participantes. Una decisión democrática, para serlo, debe estar precedida por una discusión deliberativa.

La pura y simple imposición de la voluntad de la mayoría no es democracia, pues el momento esencial que le confiere calidad democrática al juego político no puede reducirse a la suma de opiniones y preferencias individuales. La esencia del juego democrático es la institucionalización del enfrentamiento público equitativo y equilibrado entre las distintas opiniones.

Las acciones señaladas –elegir, representar, deliberar y decidir– se estructuran en un proceso decisional ascendente, siguiendo la figura delineada por KELSEN que nos permite desentrañar la finalidad de la democracia, que es la de producir decisiones colectivas con el máximo de consenso posible y con la mínima imposición¹⁰.

En la autocracia las decisiones políticas, en mayor o menor medida, caen sobre la cabeza de los destinatarios; se imponen. Por el contrario, una forma de gobierno es democrática cuando las decisiones colectivas son el resultado

⁹ Los términos deliberar, deliberación o deliberativo tienen tanta trascendencia para la democracia que uno de sus modelos o tipos que mayor atracción ha generado es, justamente, la llamada “democracia deliberativa”, que edifica su concepto en torno al funcionamiento de la deliberación colectiva. Ver, entre otras tantas obras, FISHKIN, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, y NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*.

¹⁰ Ver, en general, KELSEN, *De la esencia y valor de la democracia*.

de un juego político iniciado y controlado desde abajo por los ciudadanos, es decir, por los destinatarios de las decisiones colectivas, un juego en el que ninguno de los ciudadanos debe quedar directa o indirectamente excluido.

Los ciudadanos pueden reconocer en las decisiones públicas la expresión de una voluntad no impuesta, aun cuando no la compartan, en la medida en que todos (por medio de sus representantes) participaron en el proceso decisonal en condiciones equitativas.

§ 6. *TIPOS Y MODELOS DE DEMOCRACIA.* – La libre discusión y el respeto y difusión del “diálogo político” permitieron a las grandes civilizaciones de la Antigüedad (Grecia y Roma) no sólo desarrollar las ciencias en particular, sino estructurar los lineamientos del sistema político más exitoso que ha conocido la humanidad.

Los postulados del debate público, como teoría, ven las primeras luces en el pensamiento de MILTON¹¹. En él se fomenta la idea del “debate público” como medio para alcanzar la certeza en la verdad. Esta idea aparece formulada en la síntesis de dos libertades: la libre difusión –con la ausencia de censura previa– y la libre discusión. Ambas deben ser respetadas como paso previo a cualquier intento idóneo de aproximarse a la verdad. Con esto se procura asegurar el consenso y la diversidad de opiniones en el seno de una sociedad.

La “teoría del debate público” –que alcanza su madurez especulativa en los Estados Unidos de América– es desarrollada con intensidad por STUART MILL¹². Evidentemente, en todas estas ideas existía el concepto de que el diálogo era un gran aliado, tanto de la moral como de la estabilidad política de una comunidad.

La democracia, según la forma de participación del pueblo en el gobierno, comprende dos especies o tipos principales: la directa y la representativa.

Se considera *democracia directa* a la especie de democracia en la que los miembros de la colectividad votan di-

¹¹ PIZZOLO, *Democracia, opinión pública y prensa*, p. 277.

¹² En general, STUART MILL, *Sobre la libertad*.

rectamente para “decidir”, y *democracia representativa* a la especie en la que los miembros de la colectividad votan para elegir a los representantes que tendrán la tarea de elaborar las decisiones.

Mientras la teoría clásica de las formas de gobierno distingue entre tipos de régimen, como la monarquía, la aristocracia y la democracia¹³, actualmente se suele llamar “formas de gobierno” a diferentes subespecies o modelos de la democracia representativa, cada una de las cuales se encuentra caracterizada por un arreglo institucional que deriva de las relaciones entre los órganos principales del poder político.

Así, estas subespecies o modelos de la democracia representativa se agrupan en distintas vertientes. La primera opone democracia presidencial y democracia parlamentaria, que se diferencian sustancialmente basadas en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; la segunda opone democracia mayoritaria y democracia consensual¹⁴, también llamada “consociacional”¹⁵.

Para LIJPHART, la democracia mayoritaria es tan sólo una clase de democracia –la inspirada en el modelo de Westminster–, pero hay otra clase o modelo (la *consociacional*), en la que el gobierno de consenso conjunto sustituye al gobierno de la mayoría y cuyos principios de funcionamiento (las grandes colisiones, el veto mutuo, la proporcionalidad y la autonomía de los segmentos) se apartan claramente del principio mayoritario. Según el autor citado –señala SARTORI–, “las sociedades segmentadas y profundamente divididas no pueden basarse en la regla de la mayoría, dichas sociedades sólo pueden optar entre ser democracias consociacionales o no ser democracias en absoluto”¹⁶.

El aspecto material y sustancial de la democracia es permanentemente destacado por muchos autores, aludiendo, en su vertiente material, a un sistema político que intenta

¹³ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, p. 42 y ss.; DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, p. 104 y ss., entre otros.

¹⁴ SARTORI, *Teoría de la democracia*, t. 1, p. 293 y siguientes.

¹⁵ Ver, en general, LIJPHART, *Democracy in plural societies*.

¹⁶ SARTORI, *Teoría de la democracia*, t. 1, p. 293 y 294.

hacer efectivos los principios de igualdad y libertad entre los ciudadanos. Esta vertiente material ha inducido a algunos autores, como FABRÉ-ALIBERT, a sostener que “la democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino algo más, ya que puede ser una exigencia moral”¹⁷.

El aspecto formal es el que se manifiesta en la forma de gobierno, dado que éste es el aspecto que constituye un conjunto de procedimientos de decisión. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas.

En los estudios sobre la democracia aparecen muchos otros modelos¹⁸. Así, modernamente se han desarrollado dentro de las fórmulas liberales nuevas perspectivas discursivas que vinculan de distinta manera el diálogo y el debate al concepto de democracia.

Para la *democracia electoral* el sistema se circunscribe a la existencia de partidos que pierden o ganan elecciones. Se trata, por lo tanto, de que haya reglas claras para que cada parte pueda tener libre acceso para participar en las elecciones y competir por las plazas existentes en los cargos públicos. La democracia electoral postula una opinión pública autónoma que apoya, en virtud de las elecciones, gobiernos que acceden y se mantienen en el poder público debido al voto popular, y que, en consecuencia, son sensibles a dichas opiniones.

Por consiguiente, para SCHUMPETER –principal postulante de este modelo–, la democracia es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir, por medio de una lucha de competencia, por el voto del pueblo. Este tipo de democracia restringe el debate al acto electoral; limita la construcción política al mero hecho de la competencia electoral, al sólo poder de decidir quién ha de solventar los problemas y no a implicarse en su solución¹⁹.

¹⁷ FABRÉ-ALIBERT, *La notion de “société démocratique” dans la jurisprudence de la CEDH, RTDH*, n° 35, 1998, p. 465.

¹⁸ En este sentido, HELD, *Modelos de democracia*, 1996.

¹⁹ En general, SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*.

Este tipo o modelo impide la consolidación de las instituciones políticas, dado que, de alguna manera, asemeja la “polis” a un mercado electoral, haciendo posible que las personas cambien de “productos” tan pronto como determinado gobierno o partido deje de tener legitimidad entre los “consumidores”.

El tipo o modelo de la *democracia liberal* propiamente dicha se caracteriza por su insatisfacción ante las elecciones formales, que constituían exclusivamente el norte de la democracia electoral.

Este tipo de democracia sustenta las elecciones mediante un mecanismo de derechos individuales como el de asociación, opinión, comunicación, información, a efectos de que las elecciones no sólo sean más abiertas, sino que se constituyan sobre la base de un conjunto de valores (basado en derechos individuales), dándole a la democracia liberal una institucionalidad de la que carece en su vertiente electoral.

Como bien indica SARTORI, esta democracia busca también preservar y defender a las minorías contra las mayorías, reflejando –en este sentido– el espíritu de la ideología liberal clásica, sustentada en la autonomía de la persona y en la visión negativa de la libertad, que se configura en la ausencia de cualquier tipo de coerción externa²⁰.

Para este modelo, la construcción de la voluntad política se produce a partir de un fino equilibrio entre la relación de los principios del liberalismo y la democracia, es decir, la libertad y la igualdad. El debate, el diálogo y la deliberación constituyen, para este modelo, el ejercicio público de los derechos subjetivos de expresión, prensa, petición, información, voto, etc., y la construcción argumentativa en la edificación del consenso.

Las críticas más concretas al modelo descrito transcurren por la existencia de una dicotomía insalvable entre las instituciones idealizadas y la realidad política concreta e inmanente. El legalismo inevitable de este modelo hace olvidar –para muchos autores– la importancia de ciertos valores como el bienestar.

²⁰ SARTORI, *Teoría de la democracia*, t. 1, p. 55 y siguientes.

Otros desarrollos más recientes y muy atractivos (para grandes sectores políticos) de la teoría democrática han incursionado en el modelo de la *democracia deliberativa*, que se caracteriza por intentar asegurar la individualidad y distribuir el diálogo a todas las esferas de la vida. La propuesta de la democracia deliberativa apunta a unos objetivos concretos: permitir la autonomía dentro del contexto de una comunidad –esto es, mantener en armonía lo público y privado– y extender las posibilidades del diálogo a cualquier miembro de la población.

De estas premisas se infiere que aquellas normas y los acuerdos normativos institucionales sólo serán válidos si es que los individuos pueden consentirlos libremente según prácticas argumentativas. “Discursos prácticos” los denomina HABERMAS, al establecer los principios a los cuales debe estar sujeta una organización del poder público articulada en términos de Estado de derecho²¹.

²¹ En la formación de la opinión y de la voluntad discursivamente estructurada de un legislador político se entrelaza la producción de derecho con la formación de poder comunicativo. Entonces, el modelo procesal propuesto por HABERMAS para la fundamentación de programas depende, en primer lugar, de una correcta interpretación de la situación y de la descripción adecuada del problema que se busca solucionar, del flujo de informaciones y de la elaboración correcta de esas informaciones. En el primer estadio de la formación de la voluntad y de la opinión será necesario el saber de expertos. Pero ya en este punto se harán saber las preferencias. En éstas se conocerán los intereses y las orientaciones valorativas que ya, en el segundo estadio, entran en competencia directa entre sí. Es así como, en el segundo estadio, sobre lo que se discute es sobre las orientaciones valorativas que se hayan vuelto problemáticas, lo cual hace necesario un cambio en el nivel de discurso. Los discursos programáticos sólo se extienden a la construcción de programas posibles y no a la formación racional de la voluntad; por tanto, el cómo continuará la controversia resultará de la propia materia necesitada de regulación. Si se trata de una cuestión moralmente relevante, como el aborto, entonces lo indicado son discursos que sometan los intereses a un test de universalización, en el marco de un sistema de derecho constitucional. Si se trata de una cuestión éticamente relevante, como lo serían las cuestiones de medio ambiente o la ordenación de tránsito o cuestiones de política de inmigración, entonces lo adecuado son discursos que penetren mediante intereses y orientaciones valorativas en lo que generó el desacuerdo y que por vía de procesos de autoentendimiento nos hagan reflexivamente conscientes de concordancias profundas acerca de la propia vida en común. Pero, por lo general, ocurre que las regulaciones propuestas afectan de muy diverso modo a intereses muy variados, sin que se pueda fundamentar el pre-

Para cumplir con el propósito de la democracia deliberativa, quienes ostentan el poder estarían obligados a dar justificaciones razonables y públicas sobre sus decisiones y, además, tendrían que defenderlas ante cualquier posible crítica. De acuerdo con este modelo, los procedimientos de deliberación generan legitimidad y aseguran algún grado de racionalidad práctica.

Este principio deliberativo se dirige directamente a la racionalidad de las decisiones colectivas y se verifica en la información que va a pasar de un individuo a otro. Nadie, de modo individual, puede conocer todo lo que es de interés para la colectividad, ni una sola persona puede anticiparse a todas las perspectivas que pueden tener las personas sobre la ética o la política. Por consiguiente, la deliberación es un excelente mecanismo para estar informado.

Es interesante advertir cómo los postulados de la democracia deliberativa se explayan dentro del principio de “la razón pública” que JOHN RAWLS desarrolla, junto con otros cinco, en su obra *Liberalismo político*²².

Según este principio, los ciudadanos deben encontrarse dispuestos a explicarles su voto a los demás, en términos de un balance razonable de valores públicos. Deben demostrar la voluntad de escuchar a los demás sosteniendo un punto de vista equitativo, a fin de decidir en qué circunstancias resultaría razonable reacomodar sus opiniones²³.

dominio de un valor determinado. En estos casos queda la alternativa de la negociación, lo cual exige la disponibilidad de la cooperación. Para resumir el modelo procesal propuesto por HABERMAS para la formación racional de la voluntad política diremos que, efectuados los discursos pragmáticos, luego se llevarán a cabo los discursos ético-políticos o, según el caso, las negociaciones, para luego efectuar los discursos morales que concluirán en discursos jurídicos. La formación de la voluntad política culmina en resoluciones acerca de políticas y leyes que han de venir formuladas en el lenguaje del derecho y esto hace necesario, al final, un control de normas, en el cual se examine si los nuevos programas se ajustan al sistema jurídico vigente (ver, en general, HABERMAS, *Teoría de la acción comunitaria*).

²² ACKERMAN, *Liberalismos políticos*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 2, n° 1 y 2, p. 5.

²³ Al respecto, en general, ver NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, y *La constitución de la democracia deliberativa*.

Este compromiso al diálogo público desafía el modo en que se concibe el proceso electoral en la mayoría de los países occidentales, dado que, en general, las personas conciben el derecho de voto como algo individual y exclusivo (voto a *x* porque es judío o porque me recuerda a mi padre o porque tiene cara de honesto), y para RAWLS esto implica una nociva liviandad, pues el ideal de razón pública no sólo gobierna el discurso público eleccionario, sino también el modo en que los ciudadanos emiten sus sufragios; de lo contrario, el discurso público corre el riesgo de ser hipócrita: los ciudadanos hablan entre sí de una manera y votan de otra.

Ahora bien, el diálogo, el debate y la deliberación –que se asientan sobre el presupuesto básico de la libertad de expresión– confluyen y tienden a la elaboración de la voluntad política de los ciudadanos y de los órganos que integran una democracia y se proyectan, las más de las veces, en decisiones.

Estas decisiones se asientan, por un lado, en los poderes políticos constituidos, es decir, fundamentalmente en el Congreso y en el Poder Ejecutivo; también en el pueblo, en algunas circunstancias, y en los partidos políticos, los cuales –especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994– han acrecentado su papel de centro de decisión política. El Poder Judicial, por medio de su función de control de constitucionalidad, también es punto, en estas circunstancias, de decisión política.

Como sostiene VANOSI, en los sistemas de democracia constitucional se producen desequilibrios en la dinámica de los centros de decisión que pueden provocar situaciones de crisis o de anomia, por lo que el análisis del proceso de la decisión política deviene más de una fina observación que de la lectura de las normas jurídicas.

Dicho autor nos propone reglas de oro, cuya aplicación persigue asegurar el equilibrio de las decisiones dentro de la democracia constitucional y sobre las cuales sólo nos detendremos en su enunciación conceptual.

a) La primera regla nos dice que, a mayor poder, mayor control.

b) La segunda nos habla sobre la progresiva transformación de las facultades discrecionales en poderes reglados.

c) La tercera enuncia que el sistema electoral tiene que ser pergeñado de tal manera que no conceda las mayorías especiales al gobierno o al grupo político de turno, que permita por sí solo modificar las reglas del juego mismo.

d) La cuarta regla nos recuerda la importancia de la independencia del controlante respecto del controlado.

e) La quinta, que el pueblo no delega la más amplia libertad de crítica hacia sus gobernantes.

f) La sexta, que es necesario que ciertos aspectos de la libertad política se puedan asumir por el ciudadano, sin tener que valerse de la intermediación exclusiva y excluyente de los partidos políticos.

g) La séptima y última, que las situaciones de emergencia no sean abordadas aisladas de la norma.

La conclusión a la que arriba VANOSI, en sus reflexiones en torno a los equilibrios y desequilibrios de los órganos sobre los que se asienta la decisión política, se centra en la necesidad de una fortaleza pluralista de la sociedad democrática, lo que significa que la sociedad asuma conscientemente dicha pluralidad y se comporte de tal manera. El meollo se encuentra no en el reconocimiento de la pluralidad, sino en el comportamiento practicando la pluralidad, lo que implica el ajuste de los comportamientos a ciertos valores que las normas han recepcionado²⁴.

En consecuencia, el tema de la decisión política que se relaciona con los desequilibrios del poder es también un problema de comportamiento o cultural que debe apuntar a la generación de condiciones que favorezcan la mayor igualdad de oportunidades en el acceso a las libertades en un marco pluralista.

§ 7. **UNA DEMOCRACIA NO CONSTITUCIONAL.** – Definidas las nociones de constitución y democracia, resultan independientes entre sí. La definición de una no depende de la otra. Por ello, es posible imaginar, sin contradicciones, una constitución no democrática y una democracia no cons-

²⁴ VANOSI, *El asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional*, "Pensamiento Constitucional", año IV, n° 4, p. 55 a 67.

titucional. Y no es difícil encontrar en las ideas y en las instituciones ejemplos de lo afirmado.

Bien podemos sostener que muchas constituciones del siglo XIX eran constituciones no democráticas, dado que no contemplaban el sufragio universal igual y libre.

Podemos análogamente entender por *democracia constitucional*, en sentido estricto, la forma de gobierno en la que los órganos del poder democrático, además de encontrarse articulados según el principio de separación o división de poderes, están explícitamente vinculados en su actuación por la norma constitucional que los obliga al respeto y a la garantía de los derechos fundamentales.

Ahora bien, si es pacífico el hecho de que pueda existir una constitución no democrática, no resulta tan obvio que pueda existir una democracia no constitucional.

Desde el punto de vista conceptual, una democracia inconstitucional equivale a un régimen que, si bien puede aparentar satisfacer en los hechos el juego político, carece de la protección jurídica que un Estado constitucional otorga a esas mismas condiciones, empezando por los propios derechos políticos, que adolecerían de una protección que impida a cualquier mayoría contingente volverse tiránica y usurpadora.

Una democracia como ésta, es decir, un régimen sin protecciones y sin garantías adecuadas para las condiciones de sí mismo, es puramente aparente.

Lamentablemente, muchas democracias reales –ya de por sí imperfectas– en los últimos años tienden a transformarse en democracias aparentes. Habiendo tenido por momentos un nivel aceptable de garantía de las condiciones de la democracia, han sufrido el peso de circunstancias y prácticas que van vaciando desde su interior los presupuestos de la democracia.

§ 8. **LA REGLA DE LA MAYORÍA EN LA DEMOCRACIA.** – Considerando que muchas veces se identifica conceptualmente a la democracia como la “regla de la mayoría”, entendemos necesario profundizar su análisis.

Gran parte de la doctrina distingue conceptualmente “regla de la mayoría”, “principio de mayoría” y “gobierno de mayoría”.

La *regla* establece un modo de proceder, consistente en que la mayor parte toma las decisiones; el *principio* es entendido como aquella teoría o creencia según la cual la mayoría debe tomar las decisiones colectivas, pues en ella reside propiamente el poder político (este concepto tiene implicancias que rebasan la propia conceptualización de la regla de la mayoría, al delimitar el tipo de Estado donde este principio puede tener aplicación), y *gobierno* de la mayoría sería un Estado donde las decisiones de los órganos colegiados representativos se adoptan según la regla de la mayoría²⁵.

Tradicionalmente, los argumentos para justificar la “regla de la mayoría” como mecanismo que permite la adopción de las decisiones colectivas, evitando que la pluralidad desemboque en el caos y la inestabilidad, fueron los *axiológicos* y los *técnicos*.

Un calificado representante de los primeros es KELSEN. Para él, la regla de la mayoría se encuentra justificada por los valores que promueve, dado que gracias a esta regla de decisión es posible compatibilizar los valores de libertad e igualdad con la necesidad de adoptar decisiones²⁶.

Por su parte, BOBBIO defiende los segundos, al sostener que constituye un instrumento eficiente para decidir en una colectividad cualquiera²⁷.

La regla de la mayoría no es un mecanismo exclusivo de la democracia, dado que no necesariamente los órganos que la utilizan tienen que ser democráticos. BOBBIO recuerda que, desde la República romana, la regla de mayoría siempre ha sido el mecanismo idóneo para tomar decisiones en los órganos colegiados.

Para quienes justifican la regla de la mayoría con argumentos técnicos, ésta es simplemente un mecanismo útil para decidir en cualquier cuerpo colegiado, pero no la única manera de hacerlo en la democracia, pues la necesidad de votar puede ser superada –como vimos– cuando se logra un acuerdo por consenso.

²⁵ CHUECA RODRÍGUEZ, *La regla y el principio de la mayoría*, p. 157.

²⁶ KELSEN, *De la esencia y valor de la democracia*, p. 139 y siguientes.

²⁷ BOBBIO, *Teoría general de la política*, p. 401 y siguientes.

Por lo dicho, el valor de la regla de mayoría no sería moral sino técnico o práctico, porque permite adoptar decisiones cuando la unanimidad es imposible debido a la pluralidad de opiniones. Si adoptamos –por consiguiente– una concepción técnica de la regla de la mayoría, reconocemos la existencia de ciertos límites a su aplicación.

En este sentido –y siguiendo aquí a BOBBIO– hay límites de validez, de aplicación y de eficacia.

El *límite de validez* nos conduce al llamado “dilema de la democracia”, que plantea la actitud que debe adoptar un sistema democrático ante la intolerancia o ante las posturas no democráticas. ¿Hay que admitir la participación de aquellos individuos que buscan convertirse en mayoría para abolir el principio mayoritario?

Como demuestra la historia, la cuestión no es meramente académica. Si no respetamos los límites de “validez”, la democracia corre el riesgo de vaciarse desde su interior para convertirse en lo contrario, sostienen algunos. Es el caso de los partidos antisistema. ¿Debe la democracia, en su nombre y según sus principios, permitir su constitución y funcionamiento?²⁸.

¿Debe la democracia inmolarse para no traicionar sus valores? Evidentemente, el que ahora acepta la regla de mayoría como mecanismo para decidir tiene que aceptarla para decidir en el futuro. En el supuesto contrario, el juego que se seguiría jugando ya no sería democrático.

Los límites de “aplicación” se desprenden de la existencia de algunas materias que, por su propia naturaleza, no pueden ser decididas por mayoría. Tal el caso de cuestiones morales o científicas. Los límites de “eficacia” son –según BOBBIO– todas las promesas incumplidas por el principio mayoritario.

²⁸ En nuestro país, la Cámara Nacional Electoral posee un criterio democrático amplio en el reconocimiento de los partidos. Tuvo que decidir un caso interesante cuando se solicitó el reconocimiento de un partido, donde estaban probadas manifestaciones xenófobas y racistas de algunos de sus dirigentes. El tribunal, al denegar la personería, optó por encuadrar el caso como violatorio de la ley antidiscriminación (CNElectoral, 5/5/05, “Partido Nuevo Triunfo”, expte. 3846/04).

Gran parte de la doctrina constitucional y de la filosofía del derecho –como hemos visto– sostiene que los derechos fundamentales constituyen una materia a la que no es legítimo aplicarle la regla de la mayoría²⁹.

Para FERRAJOLI, estos derechos son derechos contra la mayoría que escapan a su ámbito de decisión. No es legítimo restringir ningún derecho fundamental mediante una decisión mayoritaria; esta concepción incluso valdría para la unanimidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son un “coto vedado”, en el lenguaje de GARZÓN VALDÉS; una “esfera indecidible”, en la terminología de FERRAJOLI, o el “as de la baraja” en el juego de las razones jurídicas, según DWORKIN.

La idea de los límites de “aplicación” a la regla de mayoría entra en conflicto con todas aquellas concepciones que otorgan un valor axiológico a la regla misma, para las cuales ésta constituye la única forma de expresión del principio de autogobierno que otorga legitimidad a las decisiones colectivas.

§ 9. **MAYORÍAS Y MINORÍAS EN LA DEMOCRACIA. LAS REGLAS DE MINORÍA.** – Una posición más sofisticada de cómo edificar la decisión política entiende que, si la democracia es un procedimiento cuantitativo de adopción de decisiones colectivas vinculantes, un procedimiento reglado de deliberación y formación encaminado a producir o legitimar decisiones³⁰, decidir democráticamente significa –en estos términos– amalgamar preferencias individuales expresadas de manera formal en votos dentro de un grupo, mediante las reglas de mayoría y las de minoría.

Los órganos decisorios –según los defensores de esta perspectiva– son tanto más representativos cuanto mejor reflejen en su composición la distribución de preferencias

²⁹ Ver, en general, GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*; FERRAJOLI, *Garantismo*; DWORKIN, *Los derechos en serio*.

³⁰ Esta concepción –que denominamos “procesal”– de la democracia no ignora que, como prerrequisitos o precondiciones de los procedimientos decisorios, es preciso contar con un marco de derechos o reglas que optimizan la deliberación y aseguran la formación autónoma de la preferencia individual.

(mayoritarias y minoritarias) de un universo ciudadano y de ello depende, en buena medida, la gobernabilidad de una república.

Cuando en el Poder Legislativo no se vislumbra con claridad quién representa a quién, se dificulta la gobernabilidad³¹.

Esta posición critica con aspereza la visión fuertemente “mayoritaria” de la democracia, como voluntad del mayor número, constitutivo de fuente genuina de derechos. Una vez concluido el escrutinio de votos y proclamado el resultado, la minoría desaparece como entidad del mundo político e incluso carece de voz y representación³².

El “bienestar de la mayoría” y la “felicidad del mayor número” condensan el criterio más importante de justicia distributiva de bienes y cargas sociales.

Esta concepción primaria de la democracia está presente en muchos sectores de la política real³³. Toda falta de acuerdo, para los defensores de esta posición, se resuelve mediante la aplicación básica de la regla de la mayoría, que –según la trascendencia de la decisión– unas veces será la absoluta (el voto favorable de la mayoría de los integrantes del cuerpo decisorio) y otras la relativa o simple (el voto favorable de la mayoría de los participantes en el proceso de decisión).

El problema radica en que muchos defensores de esta posición no se interrogan sobre los límites de dicha regla o los minimizan. Para ellos, en una sociedad imaginaria, for-

³¹ Un buen ejemplo de esta afirmación lo tenemos en la dispersión existente en los últimos años en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en sus dificultades para lograr consensos o, incluso, en el Congreso de la Nación, ante los muchos traspasos de legisladores elegidos por un partido hacia las filas de otro.

³² Por ello, en los sistemas electorales denominados “mayoritarios”, basta que un partido o una lista aventaje por un voto a los demás para ganar todos los escaños que se encuentran en juego. Es el sistema que rige, por ejemplo, la conformación de los colegios electorales de cada Estado federado, cuyos votos designan al presidente de los Estados Unidos de América.

³³ Hemos criticado esta posición en AMAYA, *De mayorías y minorías en la democracia*, “Debates de Actualidad”, año XXI, n° 197, p. 7 a 15. Al respecto puede verse también una versión periodística de esta cuestión en AMAYA, *Mayorías y minorías en la democracia*, “La Nación”, 15/6/07.

mada en la isla de Robinson Crusoe por cinco sobrevivientes, la constitución tendría una regla básica: se hará lo que quieran tres de ellos.

Ante esta situación, ¿qué derechos tienen las minorías? ¿Sólo aquellos que la mayoría otorgue, conservando la potestad de restringirlos y negarlos según sus necesidades y valoraciones? ¿Sólo aquellos inherentes al proceso decisorio deliberativo de la democracia?³⁴.

Desde una visión más sustancial de la democracia, o más inclinada al “qué” decidir y no sólo al “cómo” decidir, cierto sector sostiene que la mayoría no puede llegar a negar, por ejemplo, la diversidad de las formas de vida, algo valiosas y dignas de protección y estímulo.

Habría un derecho básico, que es el derecho a la diferencia. Ser mayoría no otorga –para aquellos enrolados en esta posición–, por sí misma, ninguna respetabilidad ética o estética ni fundamenta más derechos que el de regular, mediante la ley, algunos planos de la conducta que afecta a terceros³⁵.

Es que, sometido a un escrutinio lógico, el concepto de mayoría pierde sustancia; sólo queda como instrumento aritmético operativo.

En esta condición, la regla de mayoría no puede ser la panacea dogmatizada para zanjar todas las diferencias en

³⁴ Como ejemplo de concepción mayoritaria, ELSTER denunciaba en 1993 que en las nuevas democracias surgidas en Europa Oriental y la ex Unión Soviética se había pasado “del despotismo de partido al despotismo de la mayoría, ambos hostiles a la protección de las minorías” (*Régimen de mayorías y derechos individuales*, en SHUTE - HURLEY, “De los derechos humanos”, p. 165).

³⁵ “Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”. De lo cual concluye que “la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne netamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (STUART MILL, *Sobre la libertad*, p. 65 y 66).

una sociedad, aunque todavía sea insustituible como esquema de cooperación entre ciudadanos que se ven a sí mismos como libres e iguales.

Su utilización ha de ser limitada a ciertos campos de la conflictividad social, matizada con otras reglas, llamadas “de minoría”, y su aplicación debería quedar reservada a una *ultima ratio*, una vez agotados los métodos de consenso por negociación. Como vemos, las reglas de minoría procuran forzar la negociación con las mayorías, en búsqueda de una democracia de características consensuales.

Ahora bien, ¿de qué mayorías se puede legítimamente hablar en la democracia? Al descalificar el concepto de mayoría sustantiva para los universos masivos, SARTORI acepta, sin embargo, la posibilidad de mayorías operativas dotadas de cierta fijeza y coherencia perdurable, pero sólo en el escenario de un cuerpo colegiado. Son los partidos políticos compactos y los grupos parlamentarios o bloques.

El corolario que SARTORI deriva de allí es claro; “del método de la mayoría para adoptar decisiones uno no puede inferir que exista un grupo que constituye la mayoría y que toma las decisiones. El método mayoritario connota solamente una mayoría matemática; y no denota un sector mayoritario perdurable de una colectividad”.

Se pregunta con agudeza el autor: ¿qué cualidad ética añade un voto, para tener la virtud mágica de convertir en correcto el querer de cincuenta y uno y en incorrecto el de cuarenta y nueve?³⁶.

Asimismo, cuando se habla de minorías se alude a dos entidades diferentes. Se habla de minoría para referirse a un grupo social y cultural diferenciado, numéricamente modesto.

Las hay de muchos tipos y tamaños, pero no todas poseen la misma relevancia constitucional, dado que algunas sólo ameritan el respeto de los demás y otras imponen a la sociedad y al Estado medidas positivas de apoyo³⁷.

³⁶ “La mayoría de la ciudadanía –‘una mayoría de masas’– es un proceso interminable de amalgama y disolución de miríadas de grupos y de individuos” (SARTORI, *Teoría de la democracia*, t. 1, p. 174 y 175).

³⁷ Ver, en general, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*.

Las minorías numéricas o procesales operan al momento de una votación (o elección) o resultan de tales actos. Su modo de trascender el momento decisorio y de funcionar como esquema permanente de cooperación –al igual que las mayorías– es la conformación de partidos, movimientos políticos y grupos parlamentarios.

En este aspecto numérico o procesal, mayorías y minorías son dos caras de una misma moneda.

La minoría numérica u operativa tiene valor en sí misma como actor de la deliberación y la decisión (sistema de mayorías especiales previstas en la constitución para determinadas circunstancias –v.gr., arts. 30, 75, incs. 22 y 24, 79, 81, 83 y 85, Const. nacional–); las minorías sociales y culturales oprimidas tienen título ético y político para gozar de una protección constitucional especial (v.gr., art. 75, inc. 17), y para las restantes está el amplio espectro de los derechos fundamentales.

El art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional en el sistema argentino (art. 75, inc. 22, Const. nacional), ha establecido la protección especial de las minorías sociales y culturales como un derecho humano, para tres clases de grupos diferenciados (*“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*).

Por supuesto que un peligro de la democracia poliárquica es el culto desmedido de que son objeto las minorías y la tendencia a aparentar su carácter de mayoría con estrategias estridentes y a descalificar moralmente a otros grupos diferenciados.

Por consiguiente, las llamadas reglas de minoría contienen limitaciones al uso de la regla de mayoría absoluta y poderes decisorios propios de la minoría. Enunciaremos algunas de ellas.

a) La exclusión de la modificación de las normas fundamentales del procedimiento democrático, o reglas de juego de rango constitucional (p.ej., la que establece que las

decisiones se toman por determinada mayoría). La exigencia de mayorías altamente calificadas, aunque dificultan la rápida decisión, fuerzan la negociación entre muchas minorías. En consecuencia, son aconsejables como garantías de no tiranía sobre las minorías, estabilidad en el sistema y defensa de los derechos constitucionales. Paradójicamente, cuanto mayor sea el consenso exigido para una decisión, más capacidad tiene un grupo pequeño para imponer su preferencia³⁸.

b) La asignación de ciertas decisiones a órganos no dependientes de la mayoría. Atribuir a un tribunal el poder de anular las leyes inconstitucionales puede ser interpretado como un dispositivo “antimayoritario”, por cuanto permite a la minoría política provocar la anulación de la voluntad arbitraria de la mayoría gobernante³⁹. Con todo, para algunos autores, tales mecanismos son una garantía relativa, dado que los jueces constitucionales pueden comportarse como “agentes de la mayoría en vez de sus censores, sobre todo cuando una idea popular se apodera de la cultura jurídica”⁴⁰.

c) Como derechos procesales de las minorías; por ejemplo, las constituciones democráticas de distintos países les otorgan facultades de representación y participación en los institutos constitucionales (v.gr., arts. 99, inc. 3º, y 114, Const. nacional) e incluso consagran a nivel constitucional auténticos “estatutos de la oposición”, que conceden un cúmulo de derechos a las minorías legislativas, hasta lo que se conoce como el “derecho de obstrucción”, como de-

³⁸ Hay quienes defienden fervientemente la regla de la unanimidad. Así, BUCHANAN y TULLOCK sostienen que “el logro de la unanimidad es siempre posible si existen ganancias mutuas de entrar en el ‘contrato social’” (*El cálculo del consenso*, p. 294 y siguientes).

³⁹ Sobre todo en aquellos sistemas constitucionales que, como el español, ponen en manos de un número pequeño de parlamentarios el derecho a cuestionar una ley ante el Tribunal Constitucional. Según el art. 162.1, a, de la Const. española, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes cincuenta diputados (de trescientos cincuenta que tiene el Congreso) o igual número de senadores. Ver, en general, MONTILLA MARTOS, *Minoría política y tribunal constitucional*.

⁴⁰ ELSTER, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en “De los derechos humanos”, p. 176.

recho legítimo de la oposición (p.ej., art. 120, Const. colombiana).

d) Hay quienes dicen que el bicameralismo en el órgano legislativo, y las reglas que establecen “pausas” o interregnos de enfriamiento en el proceso creador de la ley, son “mecanismos de dilación o demora, previstos para oponerse a los impulsos repentinos y las pasiones pasajeras de una mayoría”⁴¹.

e) Reglas sobre inclusión de partidas en el presupuesto anual de gastos podrían fortalecer a las minorías, en la medida en que el reparto siguiera reglas de negociación y transacción y no la regla de la mayoría.

f) También son reglas de minoría las que pueden estimular la formación y reagrupamiento de verdaderas minorías sociales o políticas. Las reglas vinculadas al umbral electoral y a la cifra repartidora en los sistemas electorales pueden actuar de esta manera.

g) La atribución de ciertas prerrogativas a las minorías para producir decisiones por sí mismas, sin contar con la mayoría, son otro tipo de reglas de protección de las minorías⁴².

Todas ellas funcionan a manera de dispositivos constitucionales para proteger a las minorías y para que sean éstas –y no las mayorías– las que, en constante puja y negociación, controlen el sentido final de una decisión o una elección colectiva.

Diluyen el gobierno de la mayoría pero no aseguran la dictadura de la minoría; sólo abren la puerta a la participación efectiva de las minorías. De allí que les quepa el nombre de “reglas de minorías”⁴³.

⁴¹ ELSTER, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en “De los derechos humanos”, p. 176 y 184.

⁴² El art. 135.9 de la Constitución de Colombia establece que el 10% de los integrantes del Senado o de la Cámara de Representantes puede obligar a que el Congreso, en pleno, discuta una moción de censura contra un ministro. En España, los grupos parlamentarios de minoría pueden ordenar la formación de comisiones parlamentarias de investigación. Ver, en general, RECUEJO, *Democracia parlamentaria y principio minoritario*.

⁴³ DAHL, *A preface to the democratic theory*, p. 132.

CAPÍTULO II

ORIGEN Y FUNDAMENTOS

A) IDEOLOGÍA Y PRINCIPIOS

§ 10. *PRIMEROS CONCEPTOS IMPORTANTES PARA LA COMPRENSIÓN DEL ORIGEN, LOS FUNDAMENTOS Y LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.* – Hemos dedicado el primer capítulo a revisar algunos conceptos fundamentales de la teoría constitucional y de la teoría de la democracia, que ahora nos permiten ingresar en la comprensión de aquellos postulados sobre los que se edifica el control de constitucionalidad, como herramienta que, al preservar el principio de supremacía constitucional, articula y equilibra los pilares de la democracia y la constitución.

Las instituciones jurídicas encuentran siempre sustento en razones sociales, filosóficas e históricas que definen su perfil y justifican su nacimiento, desarrollo y finalidad.

Por ende, para comprender el surgimiento de una institución y las razones que la definen, es imprescindible considerar, al menos sintéticamente, dichas circunstancias. Conocer el contexto social, histórico y las ideologías preponderantes de la época nos permite entender con mayor profundidad los fundamentos que las sustentan y los prejuicios que las inspiraron.

Es por ello que, para asimilar en su auténtica dimensión el control de constitucionalidad como institución o herramienta que hace posible la vigencia del principio de supremacía constitucional en los sistemas jurídicos modernos, se hace necesario revisar los principios que han rodeado las

grandes ideologías del mundo occidental –el liberalismo y el socialismo– y el Estado social de derecho, como síntesis y evolución moderna que ha abrevado en ambas ideologías.

Conocer las bases de la ideología liberal que acompañó el desarrollo del constitucionalismo, la cual sitúa a la libertad como valor primario, edificando el principio de autonomía de la voluntad y la culpa como presupuesto jurídico del ilícito civil, como puntales jurídico-ideológicos de dicha teoría liberal, nos permite dimensionar su peso en las tensiones que se presentan cotidianamente en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Este ejercicio adquiere relevancia práctica cuando podemos identificar dichas prioridades ideológicas en el análisis de casos concretos en el ejercicio del control, que se alzaron como paradigmas de una sociedad en un momento histórico determinado.

Por ejemplo, si analizamos el recordado caso “Roe v. Wade”, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que admitió condicionadamente el aborto mediante el análisis del embarazo por trimestres, advertiremos el privilegio del valor de la autonomía de la voluntad de la mujer que confiere el tribunal, durante el primer trimestre de embarazo, frente a los derechos del tercero por nacer.

Efectivamente, a partir de “Roe v. Wade” y “Doe v. Bolton”, ambos de 1973, donde la Corte estadounidense abordó, en el primero, el estudio de los presupuestos que habilitaban para practicar un aborto (sentando el discutido esquema de los trimestres)¹, y en el segundo los recaudos médicos para que éste pudiera ser autorizado², la cuestión no se mantuvo pacífica.

En los años siguientes, las llamadas instituciones “pro vida” solicitaron repetidas veces a la Corte que reconsiderara su decisión, a efectos de que el aborto volviera a ser un tema de competencia de las legislaturas locales, y por tanto regulable de acuerdo a las previsiones de cada Estado (recordemos que, con posterioridad a los fallos de 1973, la mayoría de las regulaciones estatales que limitaban el ac-

¹ 410 US 113, 1973.

² 410 US 179, 1973.

ceso al aborto fueron declaradas inconstitucionales a partir del esquema de los trimestres).

Con posterioridad, los votos de mayoría y minoría formulados en “Webster v. Reproductive Health Services”³ y en “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”⁴ desafiaron la doctrina de “Roe”, haciéndola tambalear, y si bien finalmente se redujo la fuerte protección que se había concedido a la decisión de la mujer acerca del aborto, se mantuvo la protección constitucional con fundamento en la enmienda catorce, en razón –entre otros argumentos– de que toda una generación de estadounidenses había estructurado su conducta según las pautas anteriores, permaneciendo inmutables los presupuestos fácticos que la sociedad había interpretado, lo que constituye una enseñanza particular para nuestras latitudes, al privilegiarse el valor de la seguridad jurídica.

A su vez, las ideas “sociales” revitalizadas con fuerza a principios del siglo xx, con la incorporación en las constituciones de los llamados derechos de segunda generación, cuyo prisma se centra en el principio de igualdad frente a la libertad destacada por el liberalismo clásico, nos permite advertir su influencia en muchos casos concretos de ejercicio del control de constitucionalidad, incluso en el propio diseño constitucional del Estado social de derecho, imperante actualmente en países europeos y latinoamericanos.

El Estado social y sus ideas adquieren una particular incidencia en la reformulación del principio de igualdad e incluso opera sobre la ideología liberal clásica, contribuyendo a su reformulación, a partir del desdoblamiento de dicha idea fuerza –el clásico concepto de igualdad ante la ley del liberalismo, y el social de igualdad como sinónimo de no discriminación–.

Es que, si bien la enmienda decimotercera de la Constitución estadounidense, adoptada sobre el final de la Guerra de Secesión, abolió la esclavitud, no tuvo efectos respecto de la discriminación oficial ejercida de manera sistemática, avalada por fallos que rechazaron situaciones de, actual-

³ 492 US 490, 1989.

⁴ 505 US 833, 1992.

mente, evidente discriminación, bajo el argumento de la igualdad formal o literal, como cuando el Estado de Alabama estableció vagones de ferrocarril separados para negros y para blancos (“Plessy v. Fergusson”)⁵.

El propósito fundamental de las enmiendas decimocuarta y decimoquinta fue terminar con dicha discriminación, al establecer que un Estado no denegará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.

La jurisprudencia formal que permitió el mantenimiento de tamañas diferencias raciales fue finalmente abandonada, como es sabido, por el activismo innovador de la llamada “Corte Warren”, la cual en 1954, en el *leading case* “Brown v. Board of Education”, estableció los principios generales para abandonar la segregación racial⁶. La influencia de las ideas sociales y su concepción de la igualdad no pueden ser obviadas en estos antecedentes.

Otro concepto fundamental que posee íntima relación con la institución del control de constitucionalidad es la teoría de la división de poderes, en sus dos visiones fundamentales: la europea y la estadounidense.

Comprender, por ejemplo, la finalidad que tuvo la reformulación de la teoría clásica de MONTESQUIEU por parte de los “padres fundadores” del modelo constitucional estadounidense, edificando el concepto de *check and balances*, nos permite adentrarnos en la herramienta del control de constitucionalidad como “factótum” de independencia del Poder Judicial en la clásica trilogía de poderes, al tener asignada la competencia de declarar la validez o invalidez de las normas dictadas por los poderes políticos del Estado.

A su vez, nos permitirá comprender el modelo originalmente kelseniano que impera en la actualidad en Europa, el cual –por razones filosóficas e históricas– se aleja en su inicio del objetivo “contramayoritario” que privilegió el modelo estadounidense, centrando el control de constitucionalidad fuera del Poder Judicial, en un órgano “ad hoc” vinculado a la Legislatura, que se constituye en un poder in-

⁵ 163 US 537, 1896.

⁶ 347 US 483, 1954.

dependiente de la trilogía clásica, al alzarse como el último intérprete de la Constitución.

a) *LA IDEOLOGÍA LIBERAL. SUS POSTULADOS BÁSICOS.* El liberalismo es una doctrina filosófica y política que se caracteriza por ser una concepción para la cual el individuo, y no los grupos, constituye la verdadera esencia; citando a GARCÍA PELAYO, “los valores individuales son superiores a los colectivos y el individuo decide su destino y hace historia”⁷.

En su aspecto predominantemente filosófico, el liberalismo es una posición intelectual que basa en la fuerza de la razón la posibilidad de interpretar los fenómenos.

Las ideas liberales parten de pensadores ingleses como JOHN LOCKE (1632-1704), JEREMY BENTHAM (1748-1832) y su discípulo JOHN STUART MILL (1806-1873). LOCKE, a quien se considera el padre del liberalismo, propone que la soberanía emana del pueblo y que la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad son derechos naturales de los hombres anteriores a la constitución de la sociedad.

Asigna al Estado la misión principal de proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. También sostiene que el gobierno debe estar constituido por un rey y un parlamento, siendo éste donde se expresa la soberanía popular y donde se construyen las leyes que deben cumplir tanto el rey como el pueblo.

En LOCKE hay una constante afirmación de la prioridad de la ley natural y de la moral. Las limitaciones de carácter ético se encuentran presentes a lo largo de toda su obra (v.gr., *Ensayos sobre el gobierno civil* -1660-1662-; *Ensayos sobre la ley de la naturaleza* -1664-; *Ensayo sobre la tolerancia* -1667-; *Compendio del “Ensayo sobre el entendimiento humano”* -1688-; *Carta sobre la tolerancia* -1689-; *Tratados sobre el gobierno civil* -1689-).

Para el liberalismo primigenio, el gobernante ha recibido exclusivamente la facultad de reprimir las violaciones que los hombres hagan de los derechos individuales del prójimo.

A diferencia de ROSSEAU, LOCKE advierte la posibilidad de que quien ejerza el poder, en lugar de promover el respe-

⁷ GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 143.

to a los derechos individuales tal cual están, se transforme en tirano; por ello afirma nítidamente el derecho de resistencia contra los distintos órganos en que se organiza el poder.

En LOCKE hay un preanuncio de la división de funciones que luego va a diseñar MONTESQUIEU. Habla de un Poder Legislativo, que debe procurar la libertad; de un Poder Ejecutivo, que será ejercido por el rey, y de un Poder Federativo, al que ubica también en la persona del rey.

La influencia de LOCKE ha sido profunda y manifiesta. Además de ser el padre del liberalismo, es el padre y el propulsor del constitucionalismo, dado que el movimiento constitucional –como corriente jurídica y política– propende a la preservación de los derechos individuales, para lo cual recurre a la división del poder como modo de preservarlos.

En Inglaterra influyó de manera determinante en las ideas de la Revolución Gloriosa y en la Declaración de Derechos británica de 1689⁸.

Su ascendencia se proyectó hacia los Estados Unidos de América. La declaración de la independencia, cuyo texto se atribuye a Jefferson, está redactada en términos que recuerdan la obra de LOCKE. La Constitución de Filadelfia de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 también son recipiendarias de su influencia.

Este liberalismo clásico, precursor del constitucionalismo, evoluciona paulatinamente durante el siglo xx, en gran parte por la influencia de las ideas sociales y también por su fracaso ante la realidad acaecida a partir de la crisis mundial de la depresión de 1929, transformando su visión negativa de la libertad del hombre frente a la acción del Estado en una visión más activa, que acuerda al Estado un rol gendarme en la promoción del bien común.

⁸ La Gloriosa Revolución, también llamada la Revolución de 1688, fue el derrocamiento de Jacobo II por una unión de parlamentarios y de Guillermo III (Guillermo de Orange). Con dicho derrocamiento comenzó la democracia parlamentaria moderna inglesa; el monarca nunca volvería a tener el poder absoluto y la Declaración de Derechos se convertiría en uno de los documentos más importantes de Gran Bretaña.

Las ideas básicas del liberalismo son las siguientes:

- 1) Individuo autónomo, racional, motor.
- 2) El fin principal del Estado es la preservación de los derechos individuales.
- 3) Su valor supremo es la libertad.
- 4) Hay un liberalismo filosófico (la libertad intelectual del hombre de todo dogma), un liberalismo económico (la libertad económica del hombre por el libre juego de la oferta y la demanda que funda el capitalismo) y un liberalismo político (la libertad política del hombre por la consagración de los derechos naturales y la división del poder).
- 5) Sostiene originariamente una teoría negativa del poder; el Estado no debe intervenir en la vida social y económica.
- 6) Creencia en la autoridad impersonal de la ley.
- 7) Existencia de derechos naturales anteriores al Estado y necesidad de la división del poder como garantía de la libertad.
- 8) El liberalismo clásico evoluciona hacia un liberalismo activo, que admite la participación del Estado en las esferas particulares de la conducta humana para equilibrar y mitigar las desigualdades sociales.

b) *LA IDEOLOGÍA SOCIALISTA. SUS POSTULADOS BÁSICOS.* El socialismo aparece como ideología con posterioridad a la Revolución Industrial inglesa. Designa una manera de concebir la organización social, caracterizada por la atribución de un fuerte protagonismo al Estado.

La Revolución Francesa de 1789 proclamó los renombrados principios de libertad, igualdad y fraternidad, que en lo económico se concretó –en parte por razones ideológicas y en parte por intereses materiales– en la aplicación de esos principios de manera puramente jurídico-formal (libertad en el sentido de abstención del Estado; libertad e igualdad ante la ley, y fraternidad más bien retórica, que se plasmó sólo en exiguas normas de beneficencia o de filantropía privada).

La Revolución Industrial, acaecida entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX, produjo grandes

desigualdades en lo económico y laboral, al ir acompañada de la expansión de la producción industrial y, con ello, del gran desarrollo de la masa obrera. Ello dio origen a reacciones de diverso signo, entre las que emergió el socialismo, como ideología política, económica y social.

La característica de los movimientos socialistas es considerar a la sociedad representada por el Estado. Por consiguiente, los derechos y libertades personales tienen siempre un carácter derivado, subordinado, en cada caso, al programa establecido por el Estado.

Se dice que el socialismo no puede ser estudiado en el campo de las ideas abstractas, sino en constante relación con la evolución histórica.

La ideología socialista no es única, igual y unívoca. Si recogemos las tres fases que el historiador Fernand Braudel (1902-1985) encuentra en la evolución del socialismo, podemos afirmar que en su primera época (fase revolucionaria e ideológica, de 1815 a 1817) su inspiración condujo a la Revolución Francesa llevada a sus últimas consecuencias.

En la segunda época (fase de luchas obreras organizadas, de 1817 a 1914), el socialismo –que no nació como movimiento obrero sino como programa que se dirigía a toda la humanidad– tomó, al imponerse el marxismo, un sesgo netamente obrerista, lo que por lo demás no era extraño, si se piensa que la clase proletaria era la que más sufría los males del capitalismo.

Con este progreso del obrerismo cambiarán los fundamentos ideológicos. Empiezan a pasar a primer plano las ideas de conflicto de clases y revolución, con lo que entran en juego motivaciones ajenas al humanitarismo originario y se produce el desplazamiento de los fines últimos por los medios.

En la tercera época (fase política o del Estado, desde 1919) priva una visión estatista. El medio (el Estado, con o sin revolución) domina claramente sobre el fin, surgiendo el colectivismo propiamente dicho, y con él se produce una degeneración de los aspectos ideales y humanitarios del movimiento, que van siendo absorbidos por metas exclusivamente económico-políticas.

Si asumimos una diferenciación entre comunistas y socialistas, de manera esquemática podemos resumir que los distintos modelos socialistas y comunistas que la historia del siglo xx dejó al descubierto, como el soviético, el chino, el yugoslavo y el laborista, o socialdemócrata, fueron paulatinamente –los primeros– perdiendo presencia en el mundo y prácticamente han desaparecido con la caída del muro de Berlín, manteniendo vigencia la variante socialdemócrata, que postula la nacionalización sólo de las principales ramas de la actividad económica (banca, acero, transportes), en equilibrio con el respeto de las libertades públicas y el pluripartidismo.

Es que –a excepción extrema de Corea del Norte– China y Cuba tímidamente han comenzado un proceso progresivo de transformación desde el comunismo hacia algunos principios de la socialdemocracia, a pesar de que queda mucho camino por andar.

Otros pocos países, como Venezuela, Nicaragua y Bolivia, han incursionado en el llamado “socialismo del siglo xxi”, un concepto que aparece en la escena mundial en 1996, de la mano del sociólogo alemán Heinz Steffan, quien profundiza la teoría marxista y la actualiza en el mundo de hoy.

El socialismo del siglo xxi supone que es necesario un reforzamiento radical del poder estatal, democráticamente controlado por la sociedad, para avanzar en el desarrollo. En la implementación de esta ideología se limitan, peligrosamente, muchas libertades individuales.

Son postulados básicos del socialismo los que señalamos a continuación:

1) Es la expresión política de una concepción de la sociedad y del individuo, en la que predomina lo social sobre lo individual, como condición para la realización de un nuevo orden que asegure la plenitud de la personalidad humana, mediante la propiedad social de los medios de producción y de cambio.

2) Su sistema de ideas se basa en la propiedad social de los medios de producción.

3) También en la dirección democrática de la sociedad.

4) Igualmente en la planificación de la economía.

5) La variante socialdemócrata, que postula la nacionalización sólo de las principales ramas de la actividad económica (banca, acero, transportes), en equilibrio con el respeto de las libertades públicas y el pluripartidismo, mantiene su renovada vigencia en el mundo.

c) *LA IDEOLOGÍA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. SUS POSTULADOS BÁSICOS.* El concepto del *Estado social* fue introducido por el economista, sociólogo y analista político alemán Lorenz von Stein (1815-1902) como una manera de evitar la revolución socialista, al postular que la sociedad ha dejado de constituir una unidad, debido a la existencia de clases, lo que facilita que los individuos persigan sus propios intereses a costa de los del resto, terminándose con Estados opresivos o dictatoriales.

En esas circunstancias, puede haber una revolución. Pero ésta sólo llevará a una nueva dictadura. La solución es –en su opinión– un Estado social, es decir, un Estado que inicie una reforma, a fin de mejorar la calidad de la vida de las clases menos pudientes.

En la misma época, tanto von Stein como Hegel (1770-1831) postularon una sociedad que constituía una especie de organismo con espíritu o vida real, independiente de los individuos.

Adicionalmente, para von Stein, al Estado lo constituyen unos componentes centrales que se deben complementar: la Constitución y la Administración (este último término en un sentido general –p.ej., la libertad y bienestar que la constitución establece debe ser implementada también al nivel práctico por el brazo administrativo, lo que significa que debe haber una “administración social” que permita a los individuos ejercer esos derechos y gozar en realidad de esas garantías que la constitución promete–).

Dado su origen e influencias ideológicas, el Estado social de derecho es más cercano a la ideología y los principios del liberalismo social o activo que a los postulados del socialismo, pues rechaza el Estado benefactor de carácter socialista y la protección total y general del ciudadano, porque –a su criterio– dicha protección crea dependencias que anulan la libre mentalidad del ciudadano y producen un descenso en el rendimiento económico del pueblo.

El Estado social de derecho no busca avanzar hacia el socialismo; no intenta transformar al Estado en propietario de los medios de producción. Sus principales objetivos son, por un lado, dar un marco regulatorio al capitalismo, a fin de asegurar que las reglas de la competencia económica se implementen y, segundo, que los beneficios de la actividad económica se extiendan a la sociedad entera con relación a los esfuerzos personales, pero evitando extremos de privación o injusticias. Lo anterior se concreta por medio de la acción reformista del Estado.

Los postulados básicos del Estado social de derecho son los siguientes.

1) Igualdad *versus* libertad. Tanto la libertad como la igualdad son principios fundamentales de todo sistema jurídico que el Estado debe garantizar y promover. Sin embargo, estos principios muchas veces entran en contradicción. La problemática es buscar un equilibrio entre ambos valores que al mismo tiempo mantenga la legitimidad política del Estado frente a todos los ciudadanos.

2) El modelo de Estado social es un modelo gestor de un Estado activamente intervencionista. Pero, al mismo tiempo, de uno que no busca llegar a ser un Estado controlador, dado que, cuando aparece históricamente el Estado social moderno, encuentra por un lado la ideología del Estado liberal y, por el otro, el modelo socialista.

3) El Estado social tiende a posicionarse en el centro político, aceptando en general el liberalismo económico. Afirma que hay un área de acción legítima que corresponde al Estado (la de establecer los mecanismos financieros básicos –v.gr., emisión del dinero, control de tasas de interés–), de acción directa (pero no necesariamente como propietario) en ciertas áreas de interés común (tales como redes de transporte, provisión de energía, provisión de “derechos sociales”) y de supervisión del funcionamiento de empresas privadas y economía en general. Dentro de estas premisas, el Estado organizará la actividad económica, planificando y participando en determinados sectores.

4) El Estado social fortalece los derechos sociales, entendiéndolos como aquellos que tienen que ver con la protección de los más desfavorecidos; son derechos que obli-

gan al Estado a actuar (v.gr., la educación, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud). Se incorporan como sociales el derecho de participación social y participación política, implementado, por ejemplo, para los trabajadores por medio de sus sindicatos nacionales.

5) El Estado debe proporcionar a una amplia mayoría el mayor grado de bienestar posible respecto de aquellas necesidades que el individuo no pueda proporcionarse por sí mismo. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, el Estado debe encauzar adecuadamente la tarea de la asistencia vital, asegurando las bases materiales de la existencia individual y colectiva. El ciudadano debe poder obtener de los poderes públicos todo aquello que, siéndole necesario para subsistir dignamente, quede fuera de su alcance⁹.

6) Respeta los principios democráticos de las democracias liberales, pero los completa con un movimiento hacia el parlamentarismo, la democracia social y la democracia deliberativa.

§ 11. **LA TEORÍA DEL CONTROL Y LA DIVISIÓN DEL PODER. SUS POSTULADOS BÁSICOS.** – El principio según el cual las funciones del Estado deben estar separadas en sus competencias, con el fin de evitar el despotismo público, es uno de los pilares del pensamiento político liberal. En el paradigma liberal, la mayor amenaza a la libertad individual es el abuso que el Estado puede hacer de su autoridad. Y la separación de poderes es una obvia respuesta institucional ante tal amenaza.

Aunque la lógica por la cual la separación de poderes frena las tentaciones despóticas de los gobiernos es sencilla a primera vista, la existencia de un gobierno dividido con la protección de los derechos y libertades individuales entra en conflicto con las ideas de soberanía popular¹⁰.

⁹ Lo que se trataba de defender, dentro de estas concepciones premodernas de la división de poderes, no era la libertad abstracta individual sino la libertad concreta, es decir, el estatus privativo de cada estamento y de sus miembros. Ver, en general, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*.

¹⁰ Respecto de esta dicotomía, ver FERNÁNDEZ-ALBERTOS, *Dividir lo indivisible. División de poderes y soberanía popular en James Madison*, "Revista de Estudios Políticos", nueva época, n° 128, p. 293 a 316.

En este punto de la obra, analizaremos las ideas básicas que construyeron esta institución vital del constitucionalismo, su desarrollo y la visión que de este principio plantearon los autores europeos y estadounidenses, cuyos pensamientos influyeron en el diseño de los diferentes modelos de control de constitucionalidad.

Bien podemos sostener que la teoría de la división, entre las distintas partes que componen un sistema político, puede ser considerado como una constante de la práctica y la teoría política de todos los tiempos, si bien –naturalmente– toma distintas modalidades según las épocas y su adaptación a las condiciones políticas y culturales de cada sociedad.

Basta recordar, como ejemplo de dicha afirmación, que el propio sistema de la monarquía absolutista representaba una cierta división de poderes entre los componentes sociales o territoriales del cuerpo político, aunque –como lo puso en evidencia WEBER– se trataba de una división irracional del poder, bien distinta del carácter cualitativo racional y funcional de la moderna división de poderes¹¹.

En 1748, Charles de Secondat, barón de MONTESQUIEU, formula su teoría de la división de poderes¹², la cual se convierte en un paradigma para el derecho constitucional de la época liberal, y es considerada como una formulación esencialmente nueva y con vocación de validez universal.

Al respecto, MONTESQUIEU no se limita a distribuir cuantitativamente o a hacer participar de manera indiscriminada en el ejercicio del poder estatal a distintas fuerzas sociales, sino que, mediante la asignación de cada función al órgano más adecuado para su cumplimiento, transforma la división de poderes en un sistema construido con arreglo a una racionalidad funcional y teniendo en cuenta la realidad de la época (el rey como institución preexistente, a quien encomienda el Poder Ejecutivo; el cuerpo de la nobleza, que formará la Cámara Alta, y el pueblo que, por medio de

¹¹ WEBER, *Sociología del poder*, p. 96 a 104.

¹² En *Del espíritu de las leyes*, de 1748, MONTESQUIEU recrea el modelo político inglés de separación de poderes y monarquía constitucional, al cual considera el mejor en su tipo como garantía contra el despotismo.

sus representantes, formará la Cámara Baja). Es decir que la teoría de MONTESQUIEU divide el poder de acuerdo con los estamentos sociales de la época.

Esta ecuación institucional aspira a lograr preservar la libertad individual, no la libertad corporativa o estamental del Medioevo. Para MONTESQUIEU, el valor político supremo es la libertad y su mayor enemigo el poder. Todo poder tiende a su abuso y como el poder sólo puede ser detenido por el poder, es preciso neutralizarlo dividiendo su ejercicio en distintos órganos. Así concibe al orden político no como una ordenación monocéntrica, como sucedía en la monarquía absoluta, sino pluricéntrica, como resultado de las relaciones entre fuerzas que generan un estado de equilibrio.

Si bien LOCKE –como vimos– dio los primeros pasos en la teoría de la división del poder, juzgando imprescindible un equilibrio y un desarrollo armónico de funciones, previniendo que, “además, puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana, demasiado afectada, ya de por sí, a aferrarse al poder, el que las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tengan también el de ejecutarlas”¹³, MONTESQUIEU desarrolla una teoría del poder global y de sus límites que surge de la práctica.

La diferencia entre LOCKE y MONTESQUIEU es que el primero escribe desde el poder y el segundo lo hace desde fuera de aquél. Ello es trascendental, porque en LOCKE el poder es fundamentalmente un problema de poder; en cambio, en MONTESQUIEU es siempre un problema de libertad.

Bajo estos supuestos, la doctrina de MONTESQUIEU formula un modelo de organización del Estado en tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), si bien considera que el último no debe ser encomendado ni a un estamento ni a una profesión, sino a ciudadanos seleccionados anualmente a la suerte, no reunidos de modo permanente, sino según lo requiera la ocasión, y sin otra misión que ser la boca que pronuncia las palabras de la ley.

La teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU fue considerada por el derecho constitucional liberal como componente esencial de una verdadera constitución. Así, el

¹³ LOCKE, *Segundo tratado del gobierno civil*, p. 151.

art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, manifiesta que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”.

a) *LA VISIÓN EUROPEA DE LA DIVISIÓN DE PODERES.* No podemos obviar, en el análisis que realizamos en torno a la división de poderes, que MONTESQUIEU era un pensador “pre-constitucional”. Posteriormente a él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, entre las cuales emerge el principio de *supremacía constitucional*.

Como surge de los lineamientos básicos expuestos, la preocupación de MONTESQUIEU se centró en dividir las funciones del poder para asegurar la libertad individual.

Se trataba de la división de las funciones del poder, aunque en el caso del Judicial su misión era limitada y no permanente (transformarse en boca de la ley).

El Poder Judicial, por consiguiente, aparece en MONTESQUIEU como destinatario de la función de administrar justicia, a efectos de separar dicho ejercicio del centrismo monárquico y de preservar el valor de la libertad, pero condicionado a la labor del Legislativo, quien se erige como el principal creador del derecho y receptor de la soberanía popular.

Así, en 1815, CONSTANT reformuló la teoría de MONTESQUIEU añadiendo un cuarto poder o poder neutro o moderador, al que le otorgó una función reguladora del funcionamiento de los restantes poderes¹⁴, mientras que para MONTESQUIEU la regulación se producía por la simple interacción de la trilogía de poderes.

El poder neutral pertenece al jefe del Estado como órgano diferenciado del gobierno o Ejecutivo, dado que éste es un poder activo que, junto con los otros dos (el Legislativo y el Judicial), cooperan, cada uno en la esfera que les corresponde, a la acción general del Estado, pero cuando tales poderes se oponen se necesita una fuerza neutral.

¹⁴ Ver, en general, CONSTANT, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*.

Dicha fuerza neutral, según CONSTANT, no puede estar en uno de los poderes activos, porque tendería a la destrucción de los otros. Es preciso que esté fuera de ellos. Esta doctrina de CONSTANT es típica del constitucionalismo monárquico y este poder neutral o moderador actualmente es ejercido –en gran parte– por los tribunales constitucionales, en la medida en que los conflictos entre órganos constitucionales puedan ser planteados y resueltos como conflictos de competencia.

Por consiguiente, tanto en el modelo de MONTESQUIEU, de la trilogía, como en el de CONSTANT, de la cuadratura de poderes, la concepción europea de separación de poderes implicaba exclusivamente la división de funciones del poder; es decir, que cada poder cumpliera con su propia función (el Legislativo, deliberar; el Ejecutivo, actuar; el Judicial, enjuiciar). Era una división rígida de las funciones del poder.

Incluso, si viéramos a la separación de poderes en su versión europea como algo más que una mera división funcional de actividades entre departamentos gubernamentales, y extendiéramos esta visión a una competencia entre los poderes, los cuales, al estar tensionados entre sí dentro del ámbito político y luchar activamente contra los intentos de las demás instituciones de extender sus prerrogativas, preservan el abuso natural de la concentración de poder en pos de la libertad individual, no podríamos incluir en esta versión al Poder Judicial, sino sólo al Ejecutivo y al Legislativo.

Como dejó escrito MONTESQUIEU, “he aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno de que hablamos. Compuesto de dos partes del poder legislativo, la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto. Ambas estarán limitadas por el poder ejecutivo, como éste por el legislativo”¹⁵.

La característica, entonces, de la visión y desarrollo europeo de la división de poderes se caracterizó, a partir de su origen, por una perspectiva de división funcional estricta del poder de gobierno, dejando a salvo –como hemos dicho precedentemente– que esta teoría se elaboró con anterioridad al nacimiento de las constituciones.

¹⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, p. 112.

Esta visión europea de la división de poderes derivará, muchos años después, y luego de los aportes que formulara KELSEN para la edificación de los tribunales constitucionales, en una nueva división cuatripartita de poderes, donde el tribunal constitucional –último intérprete de la Constitución– se erige como poder autónomo en el marco de la trílogía clásica.

b) *LA VISIÓN ESTADOUNIDENSE DE LA DIVISIÓN DE PODERES.* Casi cuarenta años después de que MONTESQUIEU plasmara su teoría, los federalistas estadounidenses –principalmente JAMES MADISON y ALEXANDER HAMILTON– la reelaborarán a la luz de nuevas ideas garantes de la libertad individual, que los conducirán a un modelo coordinado de control y equilibrio de poderes mediante la distribución de competencias constitucionales, que pasará a la historia bajo la denominación de *checks and balances*¹⁶.

Esta idea será considerada como una de las fundamentales contribuciones de MADISON a la ciencia política, cuando se propuso defender a la Constitución federal estadounidense de 1787 de la acusación de que violaba el principio de separación de poderes (el modelo rígido de MONTESQUIEU), al establecer un sistema institucional de toma de decisiones que preveía la existencia de vínculos entre ellos¹⁷.

Así, argumentó que la mezcla entre poderes es la manera ideal de prevenir el abuso unilateral del poder. Interconectar las actividades de los distintos departamentos gubernamentales no es sólo inevitable en el mundo moderno, sino que es incluso saludable para que la lógica virtuosa de la separación de poderes actúe en toda su plenitud.

Es mediante la vinculación y coordinación entre los poderes como la separación de ellos debe funcionar. Las cámaras legislativas participan en la selección y remoción del Ejecutivo; el Ejecutivo tiene capacidad de participar en el nombramiento del Poder Judicial; éste revisa las actividades de los demás poderes. En esto consiste

¹⁶ Una visión acabada del modelo estadounidense, desde una lectura crítica, puede verse en GARGARELLA, *La Justicia frente al Gobierno*, y *Nos los representantes*.

¹⁷ MADISON, en HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 204 a 209.

la lógica de pesos y contrapesos (*checks and balances*); en la confianza de que los poderes se controlarán y se limitarán, lo que inevitablemente implica una determinada intromisión en sus actividades.

Ahora bien, una primera lectura de las propuestas de MADISON acerca del diseño institucional podría inducirnos a pensar que el problema era para él meramente técnico, bastando con restringir al Poder Legislativo (el más poderoso, por representar de manera más clara la voluntad popular) y fortalecer a los poderes restantes. Pero el problema es más profundo, dado que se relaciona con la gobernabilidad del sistema.

¿Para qué dividir el poder en diferentes departamentos si los encargados de esos departamentos debían responder a los deseos del mismo pueblo? ¿Cuáles serían sus diferentes motivaciones, si todos respondían a la misma fuente de legitimidad?

Si algo preocupaba a MADISON tanto como el peligro de un gobierno tiránico era que los gobernantes no actuaran siguiendo los intereses de la ciudadanía. Aunque se suele enfatizar el modo en que las propuestas institucionales de los federalistas estaban encaminadas a impedir el gobierno tiránico, no es menos cierto que una preocupación central era también garantizar un gobierno efectivo, capaz de responder a las demandas ciudadanas. Esta preocupación es particularmente evidente en el caso de HAMILTON, para quien un gobierno enérgico era complementario, no contradictorio, a los ideales republicanos¹⁸.

En resumen, la separación de poderes, al combinarse con la doctrina de la soberanía popular, creaba ciertos problemas, el de la difícil obtención de varias voluntades –requisito necesario para el funcionamiento de la separación de poderes– y el de que la existencia de poderes separados, que compiten por el apoyo del pueblo, podía provocar problemas de gobernabilidad.

¹⁸ “Un ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno” (HAMILTON, en HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 297 a 303).

Este reto central requería de una hábil ingeniería institucional, dado que para MADISON los representantes directos del pueblo tenían una irrefrenable tendencia a enredarse en batallas políticas cortoplacistas.

La relectura del principio de división de poderes elaborada por los padres del modelo estadounidense transcurrió, entonces, por la división técnica de funciones entre los poderes y la división política de propósitos entre ellos. La clave para que la separación de poderes funcionara de manera efectiva era que cada uno de esos poderes debía retener una motivación política distinta.

Este argumento justificó, en gran medida, la creación de una segunda cámara legislativa (el senado), también responsable ante la ciudadanía, pero de una diferente dimensión política que la inducía a competir con la Cámara naturalmente popular¹⁹. Ciertamente, para MADISON el propósito del senado debía ser limitar los poderes de la cámara baja que, por su propia naturaleza, era especialmente proclive a las pasiones y, por ende, a adoptar malas decisiones²⁰.

Asimismo, la diversidad de propósitos entre los poderes tendía a canalizar los diferentes intereses existentes en la sociedad. Así, “en una sociedad grande, la gente se divide entre tantos intereses y partidos, que es poco probable que exista un sentimiento común... y que una mayoría actúe de forma concertada. *Divide et impera*, el reprobado axioma de la tiranía es, bajo determinadas circunstancias, el único

¹⁹ “El remedio de este inconveniente consiste en dividir la legislatura en ramas diferentes, procurando por medio de diferentes sistemas de elección y de diferentes principios de acción, que estén tan poco relacionadas entre sí como lo permita la naturaleza común de sus funciones y su común dependencia de la sociedad” (HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 219 a 223).

²⁰ “La necesidad de un senado viene indicada por la propensión de todas las asambleas numerosas, cuando son únicas, a obrar bajo el impulso de pasiones súbitas y violentas, y a dejarse seducir por líderes facciosos, adoptando resoluciones inconsultas y perniciosas... Baste decir que el cuerpo destinado a corregir este achaque, debe, a su vez, estar libre de él y, consiguientemente, tiene que ser menos numeroso. También es preciso que posea gran firmeza, por lo que debe continuar en sus funciones de autoridad durante un periodo considerable” (HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 216 a 266).

principio por el cual una república puede ser administrada bajo principios justos”²¹.

Para MADISON, la libertad era más fácilmente protegida en una república grande que en una pequeña. La razón era que, cuanto más grande la república, mayor el número de facciones y mayor el número de posibles mayorías entre la ciudadanía, y más pequeña era la probabilidad de que una mayoría determinada oprimiera a una minoría.

Cierto es que la base de representación para esas divisiones se vio favorecida, en el modelo estadounidense, por la dimensión geográfica de los Estados Unidos de América y la existencia de instituciones a nivel estatal, dado que, para MADISON, la representación de los Estados, unida a la representación de la Unión, permitía que diferentes instituciones representativas rindieran cuentas a la ciudadanía en diferentes dimensiones políticas, cumpliendo así con el requisito fundamental del principio de separación de funciones y de propósitos.

c) *OTRAS VISIONES DE LA DIVISIÓN DE PODERES*. La trilogía clásica –en su visión europea o estadounidense– es ciertamente una importante manera de la división de poderes, pero no la única²². Cada tiempo tiende a buscar, de acuerdo con sus realidades, el modo de orden que garantice óptimamente la administración responsable del poder.

Partiendo parcial o totalmente de tales supuestos, se han desarrollado otros criterios de división de poderes, como los denominados modelos dualista y pluralista.

1) *El modelo dualista*. Según este modelo, el parlamento y el gobierno no son fácilmente distinguibles ni en cuanto al ámbito real y efectivo de sus atribuciones –que dejan de tener la nítida diferenciación que poseían en el modelo de MONTESQUIEU– ni en cuanto a las fuerzas políticas que representan, dado que ambos están bajo el control de los partidos políticos, relación que se acentúa en los regímenes

²¹ MADISON, en HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 35 a 41.

²² Un análisis detallado de otras visiones del principio de división de poderes, puede verse en GARCÍA PELAYO, *La división de poderes y su control jurisdiccional*, “Revista de Derecho Político”, nº 18-19, p. 7 a 16.

parlamentarios, pues los miembros del gobierno y de la mayoría parlamentaria pertenecen necesariamente al mismo partido o coalición.

Ambos tienen en común ser poderes políticos y frente a ellos se contraponen el Poder Judicial, muy especialmente en su función de garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos de los poderes políticos.

Así, la división capital es la existente entre los poderes de decisión política y el poder jurisdiccional fiscalizador de tales decisiones.

Esta reducción de la trilogía de poderes a la dualidad es certera desde el punto de vista de la teoría del Estado y de la teoría del poder, pero no lo es tanto desde la perspectiva jurídica, pues el parlamento y el gobierno se configuran constitucionalmente como órganos distintos, con distintas competencias, y lo significativo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no son los poderes políticos reales, sino las competencias formalmente configuradas.

Otra versión dualista es la que distingue entre poderes de ordenación y poderes de control.

El *poder de ordenación* tiene el doble sentido de crear, mediante las leyes, un orden objetivo para la acción, tanto de los órganos del Estado como de las personas físicas y jurídicas privadas, y de accionar directamente mediante actos imperativos o mediante la formulación de líneas políticas que comprometen a la sociedad nacional.

En cambio, el *poder de control* no tiene una función primordialmente ordenadora (en el sentido anteriormente definido), sino fiscalizadora de los parámetros jurídicos en los que ha de moverse el poder de ordenación.

La distinción puede ser esclarecedora siempre que se mantengan las cosas en un nivel superior de abstracción y de generalidad, pero es insuficiente para un análisis más detallado del tema, pues el parlamento y el gobierno ejercen poderes de control político.

El sentido de las versiones dualistas parece querer destacar al máximo la función de la judicatura en el sistema constitucional, lo que puede venir determinado por el mantenimiento de actitudes conservadoras o por el deseo de resaltar y defender los valores jurídicos frente al pragmatismo

y la tendencia a la instrumentalización de tales valores en las decisiones de los poderes políticos del Estado.

2) *El modelo pluralista.* Junto a las posiciones dualistas, pero no necesariamente en contradicción con ellas, se han desarrollado distinciones más amplias y complejas, a las que podemos designar como “pluralistas”, y con arreglo a las cuales cabe distinguir ciertos principios de la división de poderes.

a) La distinción entre los poderes constituyente y constituido. Esta distinción no se limita al momento de establecer la constitución o su reforma, pues, si bien es cierto que la asamblea constituyente termina su función con tal acto, no es menos cierto que su voluntad queda plasmada en la constitución, a cuyas normas han de adaptarse los poderes constituidos y cuyos mandatos deben ejecutar.

Ello se hace especialmente claro cuando existe una jurisdicción constitucional, de tal modo que podría afirmarse que la función esencial de la jurisdicción constitucional es custodiar esta distinción entre la objetivación del poder constituyente (es decir, la constitución) y los poderes constituidos, que nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél²³.

b) La distinción entre la esfera del poder del Estado y la esfera autonómica de la sociedad y de los individuos. Éste es un supuesto esencial de un orden democrático y libre. La determinación de los límites y sistematización de la competencia fundamental está garantizada jurídicamente por la jurisdicción.

c) La distinción horizontal de poderes, es decir, entre los órganos constitucionales del Estado, que coincide en sus líneas maestras con la de MONTESQUIEU, pero que se encuentra caracterizada porque a cada poder le corresponde un complejo de competencias para cumplir o participar en el cumplimiento de determinadas funciones. Esta complejidad se acrecienta cuando aumentan el número de los órganos constitucionales y las relaciones entre ellos. De los

²³ ACKERMAN - ROSENKRATZ, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, “Cuadernos y Debates”, n° 29, p. 13 a 31.

conflictos de competencias que puedan plantearse entre estos órganos entiende la jurisdicción constitucional.

d) División vertical o federativa, cuyo contenido es la división de competencias entre entidades territoriales de distinta amplitud y rango, y que en líneas generales puede tomar distintas modalidades.

e) División temporal, destinada a neutralizar la tendencia a la permanencia en el ejercicio del poder, incompatible con el principio democrático. La temporalidad en los cargos es susceptible de muchas combinaciones, las cuales pueden servir para afianzar otros criterios de división de poderes; tal el caso de las combinaciones de temporalidad entre distintos cargos electivos.

3) *El modelo de Ackerman*. En un interesante y lúcido ensayo sobre teoría constitucional comparada, este autor evalúa si la división de poderes, conforme a la visión estadounidense de *checks and balances*, pudo servir con efectividad como modelo para otros países²⁴.

Así, presenta argumentos en contra de la exportación del patrón estadounidense y a favor de un enfoque basado en la práctica constitucional de Alemania, Italia, Japón, India, Canadá y Sudáfrica, configurando una alternativa que denomina modelo de “parlamentarismo acotado”, de acuerdo con el cual la constitución no debería crear una presidencia elegida de modo independiente para contrapesar y equilibrar a un congreso elegido por el pueblo (la llamada doble legitimidad democrática).

Contrariamente, ACKERMAN sostiene que el modelo que propone se compone por un primer ministro y su gabinete, quienes permanecen en el poder durante todo el tiempo en que mantengan el respaldo de una cámara de diputados elegida democráticamente.

Su “parlamentarismo acotado” intenta contrapesar el poder del gabinete y de la cámara, otorgando autonomía a nuevos poderes supervisores, incluido un tribunal constitucional. Argumenta que este modelo ofrece un camino más adecuado para el desarrollo constitucional que el que ofrece el enfoque estadounidense.

²⁴ Ver, en general, ACKERMAN, *La nueva división de poderes*.

La crítica a la trilogía clásica tiene en el autor la respuesta a través de otra trilogía: *a)* el desarrollo de la democracia; *b)* el adecuado funcionamiento de las estructuras funcionales de decisiones, y *c)* la implementación y protección de los derechos fundamentales.

El autor citado se inclina por el parlamentarismo frente al modelo presidencialista instaurado por los Estados Unidos de América y la mayoría de América Latina. Ve en el parlamentarismo, en su versión acotada, un modo más eficiente de sostenimiento de la democracia, al contrarrestar los personalismos y el problema de la doble legitimidad democrática²⁵.

Asimismo, sostiene que la vigilancia de algunas funciones del Estado no puede seguir en manos de la burocracia. Problemas como la corrupción no pueden ser vigilados por los propios políticos. Para ello, considera que una constitución democrática debería señalar la existencia de órganos autónomos que busquen enfrentar y vigilar las tendencias corrosivas del Estado.

Funciones como la fiscalización de recursos públicos (incluidos los electorales), de protección de derechos fundamentales, de revisión constitucional, de política económica, de procuración y administración de justicia, son tan sólo algunos ejemplos de que el Estado debe encomendar esas funciones a órganos totalmente distintos a los clásicos poderes.

La construcción del poder supervisor de la integridad con carácter autónomo debería ser la más alta prioridad para los autores de las constituciones modernas. Este nuevo poder debería estar investido con atribuciones e incentivos para dedicarse a la vigilancia continua.

A partir de estos conceptos propone nuevos poderes:

a) Una cámara encargada de elegir gobierno, además de la función de legislar.

b) El poder del pueblo, que se manifiesta por medio de referendos en serie, para validar decisiones.

²⁵ ACKERMAN adhiere a las críticas al presidencialismo que formula LINZ, *Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?*, en LINZ - VALENZUELA (comps.), "La crisis del presidencialismo", t. I, p. 25 a 143.

c) El poder supervisor de la burocracia. Es un poder autónomo que regula a los funcionarios de carrera.

d) El poder supervisor de la democracia, que tiene por fin garantizar y proteger las elecciones y derechos como la libertad de expresión.

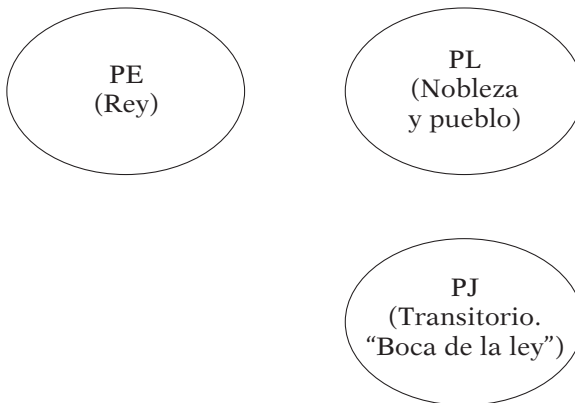
e) El poder supervisor de la justicia distributiva, que tiene por fin garantizar los derechos económicos y sociales.

Una primera lectura de esta propuesta, daría la impresión de tratarse de un ejercicio abstracto de ingeniería institucional, pero ella contiene, además de una alternativa nueva de división de poderes públicos, la doble orientación normativa de protección y preservación de la democracia y la búsqueda de justicia distributiva como objetivo central.

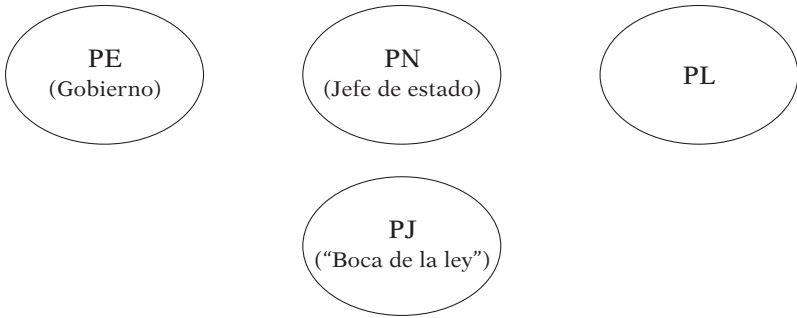
d) *MAPAS CONCEPTUALES EN TORNO A LA DIVISIÓN DE PODERES.* En los siguientes gráficos utilizaremos las referencias PE (Poder Ejecutivo), PL (Poder Legislativo), PJ (Poder Judicial), PN (Poder neutro), TC (Tribunal Constitucional), PC (Poder constituyente), Pc (Poder constituido), PEst (Poder del Estado), PA (Poder autonómico), PF (Poder federal), PL1 (Poder local), PSB (Poder supervisor de la burocracia), PSD (Poder supervisor de la democracia), PSJD (Poder supervisor de la justicia distributiva).

LA TRILOGÍA CLÁSICA DE MONTESQUIEU

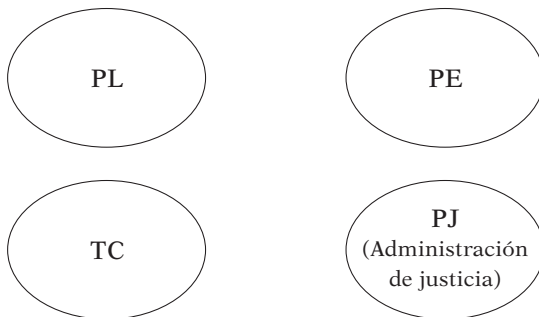
División de las funciones del poder por estamentos sociales



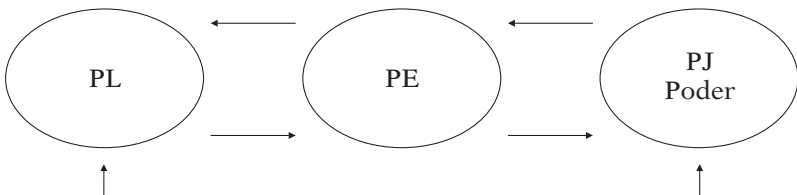
DIVISIÓN DE PODERES
Visión europea (Constant)



DIVISIÓN DE PODERES
Visión europea kelseniana

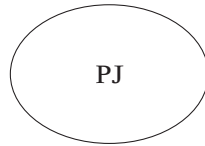
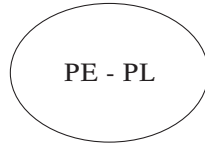


DIVISIÓN DE PODERES
Visión estadounidense. Sistema de frenos y contrapesos



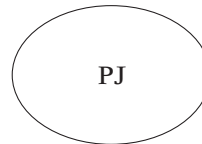
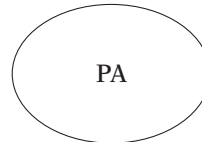
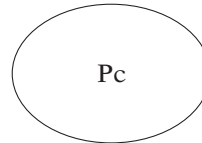
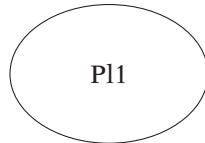
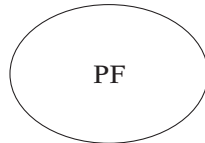
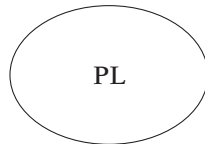
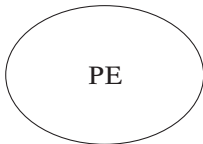
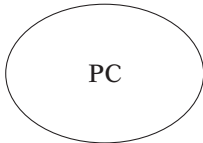
DIVISIÓN DE PODERES

Visión dualista

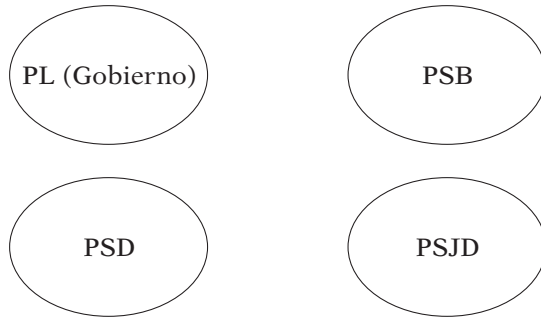


DIVISIÓN DE PODERES

Visión pluralista



NUEVA DIVISIÓN DE PODERES

Visión de Ackerman

§ 12. **OTROS CONCEPTOS PARA LA COMPRESIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** – Rescatamos como esenciales los siguientes.

a) **EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.** Como destacó BIDART CAMPOS, la supremacía de la constitución tiene un sentido fáctico, propio de la constitución material, que significa que ella es el fundamento y la base del orden jurídico-político de un Estado, y otro que apunta a la noción moderna de que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos públicos y privados se ajusten a ella²⁶.

La teoría de la fuerza normativa de la constitución expone estos conceptos y complementa la doctrina de la supremacía, al postular que la constitución posee la fuerza normativa jurídica de aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad.

Así, la supremacía constitucional establece una situación jerárquica entre las normas del ordenamiento jurídico del Estado con base en ella, que, cuando se rompe, provoca un vicio o defecto que llamamos “inconstitucionalidad”²⁷.

²⁶ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental*, p. 398 y siguientes.

²⁷ La constitución implica la regla de reconocimiento o la norma básica de un sistema jurídico y define, por consiguiente, la validez o invalidez de las normas que integran el sistema.

Los antecedentes remotos de esta supremacía pueden encontrarse en la idea de la existencia de un derecho superior, como lo plantea el iusnaturalismo racionalista. En el sistema anglosajón se concreta la idea de un derecho común (*common law*), que se sitúa como derecho superior respecto de las leyes (*statutes*), las cuales se entienden subordinadas al primero.

Será el juez COKE en el caso “Bonham”, de 1610, el que determinará que las leyes contrarias al derecho común deben ser anuladas, dejando en claro la superioridad del derecho común como equivalente al derecho natural, el que se encuentra sobre la voluntad regia, que se entiende expresada por medio del parlamento. Esta concepción será más tarde abandonada en Inglaterra y reemplazada por la posición de la soberanía parlamentaria.

Posteriormente, los padres del constitucionalismo estadounidense de fines del siglo XVIII, en *El Federalista*, precisarán el principio de la constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado.

A la constitución, en cuanto regla de fondo y de procedimiento, se le garantiza, así, su supremacía y estabilidad, debiendo anularse las normas y actos que le son contrarios. Por lo tanto, la doctrina de la supremacía exige la existencia de un sistema que procure la defensa de la constitución y que, una vez reconocidos los actos contrarios a ella, declare que éstos no poseen valor por inconstitucionales.

De este modo nacen la justicia y la jurisdicción constitucional, dado que no existe la soberanía del legislador dentro de un Estado constitucional, pues éste está subordinado a la carta fundamental.

La doctrina de la supremacía trae como lógica consecuencia la doctrina del control de constitucionalidad, como mecanismo que, confrontando normas y actos con la constitución, verifica si están o no de acuerdo y, en caso de no estarlo, los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez²⁸.

b) *LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y SU FILOSOFÍA*. Otro concepto que debemos tener presente en el

²⁸ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental*, p. 401 y siguientes.

análisis del ejercicio del control de constitucionalidad refiere a los diferentes presupuestos filosóficos de las *tradiciones jurídicas* del mundo contemporáneo²⁹.

Las principales tradiciones jurídicas del mundo moderno son el derecho común anglosajón, el derecho civil y el derecho socialista. Por razones prácticas ya anticipadas, sólo nos referiremos a las dos primeras.

Bien podemos ver al *common law* (derecho común anglosajón) como un derecho de jueces; incluso como un derecho de “supremacía judicial”, especialmente en los Estados Unidos de América.

En la tradición del *common law* el juez es un héroe de la cultura, un padre, a partir del hecho de que dicha tradición jurídica nace y se edifica de la mano de los jueces, razonando de modo similar de caso en caso y construyendo un cuerpo de decisiones que obliga a los jueces de generaciones posteriores mediante la doctrina del *stare decisis* (la “novela encadenada” de DWORKIN)³⁰.

Frente a esto, y por imperio de algunos de los dogmas de la ideología de la Revolución Francesa, la figura y la función del juez continental es diferente. Los jueces en la Francia anterior a la Revolución eran un grupo aristócrata (“la aristocracia de la toga”), que daba su apoyo a las clases aventajadas en contra del sector campesino, lo que edificó el miedo a una dictadura judicial interesada.

²⁹ MERRYMAN se encarga de marcar su diferencia conceptual entre “tradiciones jurídicas” y “sistemas jurídicos”, sosteniendo que *sistema jurídico* es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas y, en este sentido –en un mundo jurídico de Estados soberanos–, puede haber tantos sistemas jurídicos cuantos Estados y organizaciones de Estados haya. Sin embargo, muchos “sistemas jurídicos” descienden de las mismas familias y comparten rasgos distintivos (p.ej., los sistemas legales de Inglaterra, California o Nueva Zelanda son llamados de derecho común anglosajón y los de Francia, Alemania o la Argentina de derecho civil) que los identifican como inmersos en una misma *tradición jurídica*, o sea, en un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley; de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno; acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse (ver, en general, *La tradición jurídica romano canónica*).

³⁰ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 43 a 60.

La consagración del dogma de la estricta separación de poderes, conforme a la visión de MONTESQUIEU, restringió también la función judicial.

La ley sólo podía ser creada por la legislatura representativa, por lo que el derecho no podía ser creado ni directa ni indirectamente por los jueces. El juez sólo podía usar la ley para decidir un caso, lo que implicaba el rechazo a la doctrina del *stare decisis*.

La aspiración de la “codificación” de contar con una legislación completa, clara y coherente, que cubriera todos los supuestos posibles, reserva al juez del derecho continental el lugar de un funcionario experimentado que aplica la ley de manera mecánica, dado que debe encontrar el precepto legal apropiado y aplicarlo a la situación concreta.

Por lo dicho, el nacimiento pretoriano del sistema judicial difuso de control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América, a partir de “Marbury v. Madison”, no fue resistido, pues emanaba filosóficamente de los supuestos del sistema. La presencia de constituciones en el sistema continental, y el consiguiente control de constitucionalidad, ha modificado –en parte– la imagen tradicional del juez civilista, a pesar de la tensión que genera el entrecruzamiento de los sistemas.

Por esta razón, entre otras, en muchos de los países con tradición continental el ejercicio de la función constitucional se asigna a órganos especiales o tribunales constitucionales, los que estrictamente no son parte del Poder Judicial ordinario y se integran con miembros especialmente seleccionados, dado que flota la idea de que el control de constitucionalidad es una función más vinculada con el hombre de gobierno que con la función ordinaria de la judicatura.

El sistema jurídico argentino encuadra parcialmente en ambos sistemas. Es un híbrido. Esto obedece a razones determinadas.

Primero, porque ambas tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, ante la necesidad de dar respuesta a los profundos cambios producidos en el mundo en los últimos años, lo que condujo a que tomaran recíprocamente algunas de sus características (así como

en el *common law* ha ido creciendo paulatinamente la “codificación”, en el *civil law* el papel de los jueces en la creación del derecho, por medio de la interpretación de la norma, es en la actualidad un factor indiscutible).

Segundo, porque el sistema argentino combina la tradición del derecho continental, cuyo principal postulado relega al Poder Judicial a la mera actividad mecánica de la aplicación de la ley al caso concreto; con la existencia de una constitución y un control de constitucionalidad al estilo estadounidense, que asigna la facultad de examen y declaración de validez de la norma dictada por la legislatura al propio Poder Judicial y no a un órgano político o vinculado a la legislatura, como exigirían más coherentemente los principios del *civil law*.

Esta situación, según nuestra visión, genera una tensión indiscutible en el funcionamiento jurídico-político del sistema.

c) *ORIGEN CONCEPTUAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.*

Del carácter normativo y fundamental de la constitución que revisáramos en el ap. a de este párrafo se deriva –como vimos– la necesidad de asegurar su supremacía (arts. 27, 31 y 75, incs. 22 y 24, Const. nacional); al mecanismo destinado a asegurarla se lo conoce como “control de constitucionalidad”, y su ejercicio –conforme a sus variantes– puede recaer en cabeza del Poder Judicial o en un órgano diferente, de composición política o mixta.

La jurisdicción constitucional constituye, por lo tanto, la garantía que sostiene la estructura del Estado de derecho o democracia constitucional.

Razones filosóficas, históricas y políticas, que revisaremos al analizar la sentencia dictada en “*Marbury*”, permitieron que este mecanismo fuera capturado en favor de todos los miembros del Poder Judicial, sistema que descansa en una confianza férrea en la judicatura, y que hasta la fecha es conocida como el modelo estadounidense o judicial difuso.

Frente a este modelo de protección de la supremacía constitucional, se levantó otro de tutela diametralmente opuesto en sus orígenes y presupuestos, que reconoce su

fuelle en la Constitución austríaca de 1920 y en la inspiración de HANS KELSEN³¹.

Este otro modelo, que revisaremos con mayor profundidad en su momento, consiste en atribuir el control a un ente especialmente creado por el Estado, que no forma parte del órgano judicial.

Para este sistema, los asuntos de constitucionalidad no pueden ser juzgados por magistrados ordinarios, pues entrañan un gran cuestionamiento a los actos del Estado.

La filosofía del sistema, que limita al Poder Judicial a la mera aplicación de la ley dictada por el legislador, no admite que el juez tenga la extraordinaria facultad de restar validez a las normas que emanan de la directa expresión popular.

Este modelo, que ahonda sus raíces en la filosofía de la Revolución Francesa, la cual depositó la confianza férrea en el legislador y no en la judicatura, impera actualmente en toda Europa, y en algunos países latinoamericanos, por medio de los tribunales constitucionales de inspiración kelseniana.

d) *CAPITAL SOCIAL, SEGURIDAD JURÍDICA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*. No es equivocado afirmar que actualmente la ideología democrática de gobierno participativo ha capturado el interés mayoritario y se ha convertido en la aspiración de casi todas las naciones occidentales, donde la libertad de expresarse, desarrollarse y competir en un marco de igualdad se postula en un sistema de derecho creíble, aunque no pacífico en la aplicación de sus reglas y procedimientos.

Los últimos setenta u ochenta años han significado una revolución mundial en casi todos los aspectos públicos y privados de los habitantes del mundo, que ha conmovido los paradigmas sobre los que se asienta gran parte de la cultura occidental. El derecho genéricamente y el derecho constitucional, de manera específica, no se han mantenido, por cierto, al margen de estos profundos cambios³².

³¹ KELSEN defendió esta postura en *Teoría general del Estado*, y *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, entre otras obras.

³² El incremento casi geométrico de la población mundial, la cual en el año 1800 rondaba los novecientos millones de habitantes, sólo cien años des-

En este contexto, el siglo xx evidenció un incremento cuantitativo y cualitativo de los conflictos que afectan a la sociedad, que han llegado revestidos de sofisticadas particularidades técnicas y complejas conformaciones psicosociales propias de la sociedad moderna. Esta situación puso en crisis los procedimientos y las visiones constitucionales tradicionales, obligando, particularmente a los jueces, a desarrollar nuevas argumentaciones jurídicas para intentar dar respuesta a estos desafíos y a los desequilibrios que han ocasionado en el marco social.

Así como las teorías modernas del crecimiento y el desarrollo encuentran en la capacidad de los individuos de trabajar juntos, en un halo de confianza, un elemento distintivo que las fortalece, denominado “capital social”³³, en la misma línea de pensamiento el derecho también ha realizado su aporte al crecimiento social moderno, a partir de la revitalización del concepto de “seguridad jurídica”.

Hablamos de “revitalización del concepto” porque, si bien los clásicos no utilizaban la expresión, la idea se advierte en su pensamiento³⁴. En este sentido, si bien la doc-

pués se había casi duplicado. Cincuenta años más tarde se situaba en los tres mil millones, ahora ronda los siete mil millones y, en unos veinticinco o treinta años más, se calcula que rondará los 9.000 millones. Presenciamos el desarrollo explosivo de la genética, que actualmente –al igual que en una película cinematográfica de ciencia ficción– se encuentra capacitada para clonar seres humanos; la crisis del sistema representativo, el cual –desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, salvo en lo que respecta a la democracia directa y sus sucedáneos–, es el principio funcionalmente más importante del Estado contemporáneo; el aporte cuantitativo y cualitativo del 50% de la humanidad a los procesos sociales, o sea, la incorporación de las mujeres a los sistemas públicos y privados de reflexión y decisión; la interdependencia técnica, social, laboral, educacional, etc., de los países del mundo; el crecimiento y desarrollo de la conciencia ambiental; la creciente rentabilidad de la ética; el desarrollo tecnológico, comunicacional e informático, cuyo proceso abrumador nos obliga a reconocer la existencia de un nuevo, admirado y temido poder: el poder informático; el progresivo perfeccionamiento del movimiento consumidor, nacido bajo el lema del consumo y proyectado a la exigencia de la calidad, entre otros.

³³ Para una profundización de estas ideas, ver FUKUYAMA, *Confianza*.

³⁴ HOBBS lo reconocía, al referirse a la teoría de la “obligación política” del monarca como misión del ejercicio del poder, procurando la “seguridad del pueblo” (*Leviatán*, p. 137). También MONTESQUIEU para quien “la libertad política consiste en la seguridad” (*Del espíritu de las leyes*, p. 234).

trina no es unívoca³⁵, se destacan algunas notas comunes que sitúan a la seguridad jurídica como un tipo específico de un concepto de seguridad general que abarca la seguridad interna y externa del Estado y la seguridad de las personas, la cual incluye un sistema de protección física y de los bienes de los habitantes, así como de los derechos y sus garantías. Aquí se aloja el concepto de seguridad jurídica.

Obviamente, el concepto de seguridad jurídica deviene relacionado y como lógica consecuencia del imperio del Estado constitucional de derecho y del ejercicio que, dentro de los principios de legalidad y razonabilidad, los poderes constituidos y constituyentes hagan de sus competencias constitucionales.

En este sentido, podemos afirmar que la seguridad jurídica es el ejercicio regular, cotidiano y previsible, por parte de los poderes públicos, de las reglas que gobiernan el Estado de derecho.

La definición moderna encierra necesariamente la vigencia del *rule o law*, es decir, el imperio de la ley, o –al decir de FERRAJOLI– “la omnipotencia de la ley”³⁶. Quizás el aporte que mejor describe la moderna idea de la seguridad jurídica como factor de estabilidad y crecimiento de los países, pertenece a RAWLS, cuando sostiene que las sociedades evolucionadas institucionalmente se distinguen de aquellas en vías de evolución, porque en las primeras los poderes públicos y los ciudadanos cumplen la ley aun en

Por ello, cuando este autor formula su doctrina de la separación de los poderes, los distribuye mediante un mecanismo de interdependencia y control recíproco, con la finalidad de garantizar la libertad, que para él se identifica con la seguridad, como que la una no puede existir sin la otra (ver LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 16). Este “principio” está presente también en el pensamiento de los fundadores del constitucionalismo estadounidense y en el de nuestros ideólogos constitucionales (ver HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 10; ECHEVERRÍA, *Dogma socialista*, p. 175; ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, p. 30).

³⁵ Ver, entre otros, CUETO RÚA, *Seguridad jurídica*, LL, 1994-A-743; SAGÜÉS, *Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales*, LL 1996-E-957; COSSIO, *Meditación sobre el orden y la seguridad*, LL, 83-1023; BIANCHI, *Dinámica del Estado de derecho*, p. 149.

³⁶ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 15 y siguientes.

las situaciones en que les resultaría conveniente no cumplirla³⁷.

Vemos, así, que “capital social” y “seguridad jurídica” comportan elementos esenciales que coadyuvan al desarrollo económico, social e institucional de un Estado democrático constitucional.

Ahora bien, ¿de qué manera se evidencia esta relación con el control de constitucionalidad?

En el § 10 hicimos referencia a cómo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América utilizó el control de constitucionalidad para diseñar, en muchos casos, políticas públicas vinculadas a proyectos de vida de largo alcance para la sociedad y cómo, también, privilegió la seguridad jurídica por sobre las ideologías coyunturales.

Esta coherencia judicial estadounidense, favorecida por la vigencia de la doctrina del precedente obligatorio, no encontró el mismo reflejo –a nuestro parecer– en el sistema argentino.

Si bien nuestros padres fundadores nos legaron una constitución que –al decir de GOROSTIAGA– fue vaciada en el molde de la Constitución estadounidense de 1787³⁸, y más allá de similitudes y diferencias³⁹ a efectos de resguardar la

³⁷ RAWLS fue uno de los teóricos políticos más influyentes en la segunda mitad del siglo xx. Desde la publicación de su obra maestra, en 1971, se fueron sucediendo oleadas de apoyo y crítica a sus postulados. Después de la denominada “crisis de los paradigmas”, la filosofía o teoría política padeció un receso tal que parecía anunciar su desaparición del ámbito del debate teórico. A esta situación contribuyó, en no menor medida, la dominación de las teorías utilitaristas en el estudio político y social, con un carácter teleológico, por un lado, así como consecuencialista, por el otro. Así, la obra de RAWLS aparece como una inminente respuesta al utilitarismo reinante. Es una vehemente y veraz crítica a la falsedad detrás de los apelativos utilitaristas, que no necesariamente resultan éticamente correctos y que, mientras apelan al principio de mayorías, dejan fuera a muchos agentes sociales (p.ej., las minorías), lo cual es contraintuitivo en las democracias liberales modernas caracterizadas por el pluralismo (ver, en general, *Teoría de la justicia*).

³⁸ El principal redactor de la Constitución argentina de 1853 fue el doctor José Benjamín Gorostiaga. Para ampliar el concepto, ver VANOSI, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*.

³⁹ VANOSI, *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*, en AMAYA (coord.), “Visiones de una Constitución”, p. 27 a 66.

supremacía constitucional adoptamos en los recordados casos “Sojo”⁴⁰ y “Elortondo”⁴¹ el sistema de control judicial difuso. Contrariamente al sistema estadounidense, inmerso en la tradición jurídica anglosajona, la argentino-española edificó su sistema infraconstitucional siguiendo el modelo civil o continental, cuyos fundamentos filosóficos difieren notoriamente de aquellos que conforman la tradición del derecho común.

A su vez, el desarrollo económico de ambas naciones transitó, durante los primeros años de desarrollo, por caminos paralelos, tomando rumbos diferentes –por todos conocidos– bastante antes de la finalización de la primera mitad del siglo xx.

El desarrollo constitucional no transcurrió por sendas muy diferentes. La doctrina de la “emergencia económica”, presente en el sistema estadounidense con las políticas keynesianas del *New Deal* propuestas por la presidencia de Franklin D. Roosevelt, fue finalmente controlada por el sistema, a partir del equilibrio y resguardo de los derechos individuales.

En cambio, en nuestra Nación, la llegada moderada de la doctrina de la emergencia económica fue creciendo desmesuradamente hasta desbordar los derechos constitucionales de manera permanente y continua, habiéndose instalado en el sistema jurídico de modo tal que resulta difícil concebirla como un elemento temporal y anómalo (tal lo que es) y no como una realidad estable (como lamentablemente parecería ser).

Así, la coherencia y previsibilidad del modelo estadounidense que la Nación argentina procuró seguir, en su primera centuria de desarrollo, fue abandonado paulatinamente a partir de realidades económicas, sociales y culturales diferentes y por imperio de la letra constitucional, a partir de los cambios seguidos por el derecho público provincial y por la reforma de la Constitución acontecida en 1994, la cual optó por dirigir su norte y el de las nuevas instituciones incorporadas hacia los modelos constitucionales de la

⁴⁰ *Fallos*, 32:125.

⁴¹ *Fallos*, 33:162.

socialdemocracia europea nacidos luego de la Segunda Guerra Mundial, distantes de los modelos constitucionales adoptados originariamente.

B) NACIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. “MARBURY V. MADISON”

§ 13. *LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. LA INDEPENDENCIA ESTADOUNIDENSE Y SUS MOMENTOS CRÍTICOS.* – Considerando que el sistema argentino ha adoptado el modelo de control de constitucionalidad judicial o estadounidense, profundizaremos en las razones, fundamentos y prejuicios que edificaron su nacimiento⁴².

Sería incorrecto sostener que el sistema de control de constitucionalidad estadounidense –o judicial difuso– nació a partir del genio de MARSHALL, puesto de manifiesto en la sentencia que lo hizo célebre, dado que, en verdad, la arquitectura jurídica del control judicial de constitucionalidad de las leyes se edificó a partir de un proceso de formulaciones ideológicas, debates constituyentes y antecedentes históricos y judiciales.

Una breve referencia de tiempo y lugar mostraba, en aquella época, una sociedad convulsionada por concretos intereses opuestos: acreedores y deudores. La lucha por la independencia, en la cual se habían embarcado tanto ricos como pobres, había dejado a este último sector seriamente comprometido. Por otra parte, los grandes comerciantes estadounidenses eran presionados desde Inglaterra, con el corte del crédito y la exigencia de cancelación de las deudas por medio del pago efectivo (sin aceptar criterios de trueque habituales en aquella época).

Esta presión era trasladada por los comerciantes estadounidenses a su clase deudora local, la cual, ante dicha situación, comenzó a organizar revueltas y a presionar a las legislaturas en búsqueda de soluciones concretas (como la

⁴² Un pormenorizado estudio de los antecedentes históricos de la época puede verse en GARGARELLA, *La Justicia frente al Gobierno*, y *Nos los representantes*.

exigencia de emisión monetaria) que aliviaran su comprometida situación y les evitara la prisión por incumplimiento de sus deudas.

En dicha época, especialmente en la denominada “década crítica” (1780-1790), se produjeron varios enfrentamientos entre el sector deudor (la gran mayoría de la sociedad) y los jueces, que derivó en un auténtico movimiento antijudicial y en una recepción política –al menos parcial– de los reclamos de los deudores por parte de las legislaturas, las cuales fueron vistas –en razón de estas actitudes–, por parte del sector privilegiado, como peligrosos focos de desborde de poder, por una parte, y de legitimación de los planteos de la plebe, por otra, dado que muchas asambleas comenzaron a sancionar leyes que contemplaban los intereses de los deudores.

Como recuerda GARGARELLA, en los Estados Unidos de América, “desde finales del siglo XVIII, las legislaturas aparecieron como directas ‘poleas de transmisión’ de exigentes demandas de la ciudadanía. Más concretamente, en muchos casos (y forzadas por circunstancias económicas agobiantes...) tales legislaturas se vieron obligadas a tomar medidas económicas perjudiciales para los sectores más acomodados de la sociedad. Este tipo de reacciones legislativas resultaron inaceptables para buena parte de la clase dirigente norteamericana, y dieron origen a los mencionados temores contra las legislaturas”⁴³.

Así, la clase dirigente, ante la actividad de las asambleas legislativas que, siguiendo las demandas de la ciudadanía, dictaban leyes perjudiciales para sus intereses, juzgaron al poder democrático de las legislaturas como instrumentos de “tiranía”, de “opresión”; en este sentido, “el notable político ALEXANDER HAMILTON⁴⁴ denunció la ‘usurpación’ del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de

⁴³ GARGARELLA, *La justicia frente al Gobierno*, p. 17 y 18.

⁴⁴ Durante la revolución había sido secretario de George Washington y se había distinguido como coronel de infantería. Fue quien concibió el proyecto de escribir una serie de artículos en defensa del nuevo sistema de gobierno impetrado por la Constitución federal estadounidense, para lo cual convocó a los otros dos autores del llamado posteriormente *El Federalista*, MADISON –considerado el padre del constitucionalismo estadounidense– y JAY.

ver a los representantes populares constituidos en ‘dictadores perpetuos’... aseguró estar siendo testigo del ‘despotismo de la Legislatura’ lo cual le confirmaba que ‘no había tiranía más opresiva’ que aquella emanada de ‘una mayoría victoriosa’⁴⁵.

Para MADISON, “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera que sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”⁴⁶.

La idea que, en último término, se desprende de todos los ataques antes aludidos a las mayorías es la necesidad de defensa de las minorías, lo que –como acertadamente señala GARGARELLA– “nos resulta aún hoy intuitivamente aceptable. Sin embargo, antes de otorgarle nuestra aprobación convendría aclarar qué se pretendía decir en aquella época cuando se hablaba de la idea de minorías”.

En aquel momento, al hablar de *minorías* no se quería hacer referencia a los grupos con escaso poder, ni a los minoritarios en número, sino a uno “y sólo a uno, de los posibles grupos minoritarios de la sociedad: el grupo de los ‘acreedores’, o grandes propietarios... no se estaba hablando de un grupo sin ‘poder’ efectivo, sino del núcleo de los más favorecidos de la sociedad”.

La mayoría de los dirigentes políticos en la Convención Constituyente de Filadelfia, que tuvo por misión sancionar la Constitución federal estadounidense de 1787, aceptaban la idea de MADISON con respecto a que la sociedad estaba dividida en diferentes grupos, siendo la división más importante aquella que mostraba a ricos y pobres.

Según GARGARELLA, HAMILTON aclaraba algo más –que el resto de la clase dirigente inmediatamente compartió– al decir: “denle todo el poder a la mayoría [*the many*], y ellas oprimirán a las minorías [*the few*]. Denle todo el poder a las minorías [*the few*], y ellas oprimirán a las mayorías [*the many*]. Ambas partes, entonces, deben contar con el sufi-

⁴⁵ GARGARELLA, *La justicia frente al Gobierno*, p. 25.

⁴⁶ HAMILTON - MADISON - JAY, *El Federalista*, p. 246 a 250.

ciente poder que les permita a cada uno defenderse contra la otra”⁴⁷.

Es así como, para lograr que los dos grupos más importantes de la sociedad participen de igual poder político, surge el sistema de “frenos y contrapesos”, el principio de separación de poderes de la teoría de MONTESQUIEU, adaptada por los padres fundadores estadounidenses, es decir, el establecimiento de diferentes áreas de poder, independientes entre sí, con facultades que les permitan limitarse entre ellas.

Así las cosas, lo que permanecía claro era la necesidad de limitar al Legislativo, lugar donde anidaba la “amenaza democrática”, para lo cual se considerará a la Constitución como norma suprema del país (art. VI, que establece la “cláusula de supremacía”) y, aunque no se la incluyera en el texto constitucional finalmente aprobado de manera expresa, la posibilidad del control judicial de las leyes estará –como veremos– permanentemente latente.

§ 14. *LOS ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.* – El antecedente jurídico del control judicial de constitucionalidad más enfatizado por la doctrina, proviene de Inglaterra⁴⁸.

a) *EL CASO “BONHAM”.* En 1610, el doctor Bonham, médico inglés, fue inhibido de ejercer la medicina y encarcelado por una decisión del Royal College of Physicians. Ante esta situación, recurrió ante la Court of Common Pleas, que presidía el juez COKE.

En los fundamentos de la sentencia, este célebre juez sostuvo primero, que la jurisdicción del Real Colegio de Médicos no se extendía al caso y, segundo, que –si la ley le había atribuido al Colegio tal potestad– ella debía ser considerada nula.

⁴⁷ GARGARELLA, *La justicia frente al Gobierno*, p. 33 a 36.

⁴⁸ Se puede profundizar sobre este caso en varios trabajos; entre ellos, FERRER MAC-GREGOR, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*; REY MARTÍNEZ, *Una relectura del “Bonham case” y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la “judicial review”*, ambas en www.juridicas.unam.mx; VÁZQUEZ RIZO, *El caso “Bonham”. Supremacía constitucional*, “Revista de Derecho de la Universidad del Norte”, n° 11, p. 137 a 140.

Afirmó que, “cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad”⁴⁹.

Señala GARCÍA PELAYO que, en la visión de COKE, el *common law* constituye el fundamento del sistema constitucional británico; que el Estado británico está compuesto, de modo principal, por tribunales, y que el mismo Parlamento era un tribunal y sus acuerdos debían estar sujetos a la prueba del *common law*.

El derecho es supremo y su base es el *common law*. La conclusión práctica de este principio era la negación de que la prerrogativa fuera un ilimitado poder discrecional, sino un poder encuadrado en el *common law*; es decir, limitado, aunque peculiar y excepcional. En consecuencia, el rey no podía juzgar más que por intermedio de los jueces, “de acuerdo con el derecho y la costumbre de Inglaterra” (*Case of Prohibitionis*, 1607); asimismo, carecía de poder para alterar el derecho del país y, especialmente, crear nuevos delitos (*Case of Proclamations*)⁵⁰.

Este precedente judicial ha sido considerado por muchos, desde un punto de vista jurídico-formal, como la raíz del control de constitucionalidad, sobre el paralelismo de que el juez COKE hubiera situado al *common law* por encima del Parlamento, atribuyendo a aquél un carácter de *fundamental law* del ordenamiento inglés, por medio del cual se permitiría a los jueces controlar los actos del Parlamento, es decir, la defensa de la tradicional supremacía del *common law* frente a éste⁵¹.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, *Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*, en FERRER MAC-GREGOR (coord.), “Derecho procesal constitucional”, t. IV, p. 3343.

⁵⁰ GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 1984, p. 262.

⁵¹ El *common law* está formado por un conjunto de normas que proceden de la jurisprudencia de los tribunales y que versan sobre materias que no han sido objeto de regulación legal. El *statute law* lo formarían aquellas leyes a las que, sin ser dictadas como leyes constitucionales, la conciencia colectiva las ha venido considerando como tales por la importancia de su contenido. Entre leyes constitucionales y las que no lo son, es imposible distinguir técnicamente, pues ambas proceden de la misma fuente –el Parlamento– y son elaboradas y modificadas de la misma manera. La doctrina admite, con todo, que las más remotas, las que poseen rango constitucional,

El significado de esta decisión como verdadero germen del control jurisdiccional de constitucionalidad, sin embargo, no ha estado exento de refutación.

En efecto, conforme revela ACOSTA SÁNCHEZ, diversos problemas suscitados en aquel pasaje, incluso acerca de los precedentes que COKE utilizó, fueron investigados por constitucionalistas estadounidenses e ingleses, los cuales han concluido que “no hay base histórica sólida para hallar ningún tipo de precedente de la *judicial review* en la práctica británica”, dado que los jueces reconocían el rango superior del *statute* aprobado por el Parlamento “y la universal obediencia debida al mismo”⁵².

En definitiva, si COKE reconocía la soberanía del Parlamento, como él mismo declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judicial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador⁵³.

b) *EL MODELO JURÍDICO DE LAS COLONIAS ESTADOUNIDENSES*. Un antecedente más claro del sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes lo constituye el sistema jurídico vigente en las colonias estadounidenses.

Antes de su independencia, las cartas o estatutos de la corona inglesa permitían que las colonias se dieran sus propias normas, siempre y cuando no contradijeran a aquéllas, previendo que, en caso de existir contradicción, los jueces no aplicarían la ley estadounidense, dejando clara la supremacía del Parlamento inglés y de sus normas.

Un ejemplo del funcionamiento de este modelo colonial lo podemos encontrar en el caso “Winthrop v. Lechmere”, que fue conocido en apelación por el Consejo Privado del Rey (*King’s Privy Council*) en 1727.

tuvieron su origen en un pacto entre la Corona y el Parlamento (LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, p. 28).

⁵² ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, p. 93.

⁵³ COKE había afirmado antes que “el Parlamento inglés es el depositario del poder supremo, al que ni las personas ni las cosas pueden poner límite” (cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, p. 36 y 37).

Según GRANT podemos ver que “una ley de Connecticut de 1699 disponía que, en la distribución de las propiedades de los que morían intestados, el hijo mayor debía recibir porción doble y que todos los otros hijos debían heredar porciones iguales”⁵⁴.

El general Winthrop murió intestado en 1717, dejando una cantidad considerable de bienes raíces en Connecticut. Le sobrevivían un hijo, Juan, y una hija, Ana, esposa de Tomás Lechmere. Juan reclamaba todos los bienes raíces bajo la ley común de Inglaterra, mientras que Lechmere, en nombre de su esposa, demandaba un tercio, bajo la ley de Connecticut.

El tribunal colonial decidió en favor de este último, pero Winthrop apeló al Consejo Privado y obtuvo la revocación de esta sentencia. La Carta de Connecticut disponía que la colonia pudiera aprobar “leyes saludables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra”.

El Consejo Privado reconoció el argumento de Winthrop de que, una vez que la ley de Inglaterra establecía la primogenitura, la ley de Connecticut “no estaba autorizada por la Carta”. Su resolución sostuvo que la ley de 1699 era “completamente nula (*null and void*) y no autorizada por la Carta de aquella colonia” y, por consiguiente, “sin fuerza o efecto ninguno”.

La sentencia del tribunal colonial –que adjudicaba una tercera parte de la tierra a la hija– fue, por consiguiente, invalidada, y toda la propiedad se adjudicó al hijo varón.

De la lectura del caso antes transcrito, se pueden desprender “los rasgos que habrían de llegar a ser principios básicos en la ley constitucional estadounidense, en cuanto que una ley contraria a una ley básica superior (la Constitución o, en este caso, la carta de la colonia) es nula, y a que es el deber de todas las cortes, incluso las de primera instancia, negarse a poner en vigor tales leyes y, si las apoyan, estas resoluciones serán declaradas inválidas en la apelación.

⁵⁴ GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, p. 29 y 30.

Diez años más tarde se asentaría como tercer principio que la decisión judicial, en un caso determinado, es definitiva sólo respecto de las partes en litigio, dado que en 1737 la colonia de Massachusetts apeló un caso semejante ante el Consejo Privado y, a pesar de que tal colonia tenía idéntico estatuto que el de Connecticut, el Consejo Privado resolvió que la ley de Massachusetts era válida, por no estar en conflicto con ninguna ley inglesa que fuera aplicable a la colonia.

Con la independencia de las colonias estadounidenses de Inglaterra, en 1776, los nuevos Estados mantuvieron la práctica de controlar la adecuación de las leyes, ya no a las cartas o estatutos de la corona, sino a sus propias constituciones.

c) *UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA Y SUPREMA.* La característica original de la constitución de los Estados Unidos de América es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no sólo su carta política, pero el elemento fundamental, el gran aporte estadounidense, fue plasmar en una constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Legislativo⁵⁵.

Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, CORWIN dice que “la noción de soberanía del órgano legislativo desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho”⁵⁶.

Además, tal como se estructuraban los derechos en la constitución, la supremacía constitucional había de conducir, de manera necesaria, a algún tipo de control de las le-

⁵⁵ La Constitución estadounidense recoge, en su Título VI, la declaración de la supremacía de la Constitución como la ley suprema del país (*the supreme law of the land*); consecuentemente, gozará de superioridad jurídica (*shall enjoy legal superiority*) por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria (*conflicting provision*) contenida en las leyes o en las constituciones de los Estados de la Unión. A esta previsión se la conoce como “cláusula de supremacía” (*supremacy clause*).

⁵⁶ CORWIN, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, p. 347. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 53.

yes, dada la noción que se tenía de que la vulneración de la constitución imponía la máxima sanción: la nulidad.

Y ese tipo de control sólo podría entenderse como judicial, dada la lógica comprensión de que, por un lado, el vulnerar la constitución era vulnerar la ley de las leyes y, por otro, porque una inconstitucionalidad perpetrada por el Legislativo no dejaba de representar un conflicto, un litigio del cual debería hacerse cargo el único poder competente.

El Poder Judicial, como garante de los derechos y libertades individuales, pasaría a ser el guardián necesario de la normatividad constitucional estructurada con el principio de separación de poderes, al que se agregaba un sistema de frenos y contrapesos que, a la vez que regulaba el ejercicio del poder, asegurando el equilibrio institucional, permitía el disfrute de las libertades.

Sin embargo, el reconocimiento que la actividad de control de las leyes perteneciera al Poder Judicial –aunque no previsto expresamente en la constitución– habría de suponer (para algunos) la supremacía de aquel poder sobre el Legislativo, objeción que sigue siendo eterna en el tema relacionado con la legitimidad de la justicia constitucional.

Mientras los jueces y tribunales en Europa no gozaban de la confianza social en aquellos tiempos, obligando a KELSEN, posteriormente, a una formulación teórica, situando al tribunal constitucional como legislador negativo y como un colaborador del legislador, en los Estados Unidos de América fueron los jueces, desde los primeros momentos, los arquitectos del sistema y, por consiguiente, el orden normativo y el pensamiento jurídico estadounidense se impregnaron de la concepción casuística y empirista prototípica de la tradición jurídica del *common law*.

En suma, el constitucionalismo estadounidense, con la institucionalización del federalismo, la separación de poderes y la introducción del principio de la soberanía popular y de la supremacía de la constitución, y con un Poder Judicial autónomo, encargado de garantizar el cumplimiento de los derechos individuales, aportó los elementos finales que conformaron la teoría del Estado contemporáneo.

Esta arquitectura de Estado, en la cual la *judicial review* encaja como una pieza clave y como un elemento defi-

nitivo en la visión limitadora de la política por el derecho, se transformó en un modelo exportable para todo el mundo.

Es la doctrina de la supremacía constitucional que se expresa en la vinculación más fuerte; la constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a ella⁵⁷.

La constitución estadounidense –enlazada íntimamente con el gobierno representativo– pasó a ser uno de los documentos fundamentales del constitucionalismo moderno, no sólo por su contenido, sino por el hecho de haberse convertido en la primera constitución codificada moderna, lo que la erigió en un modelo a imitar por el resto de las naciones, que vieron en esa institución la adecuada relación entre las leyes y normas menores con los principios y valores superiores que rigen una sociedad.

Por ello, el primer aporte singular del experimento constitucional estadounidense será la misma idea de constitución en su sentido moderno, es decir, un código cerrado y sistemático, elaborado por una asamblea popular, que aparece como reflejo político y pública expresión de un acuerdo entre hombres libres, estructurando el Estado, sus órganos, los mecanismos de gobierno y las garantías de las libertades y derechos individuales.

d) *LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE FILADELFIA*. El mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes no fue objeto en Filadelfia de una discusión relevante y, por consiguiente, de una regulación explícita en el texto constitucional aprobado por la Convención Constituyente.

Sin embargo, en ocasión del debate mantenido entre los partidarios y detractores de la inclusión, en el texto de la constitución, de un consejo de revisión, se producirían intervenciones en las que se suscitaría la problemática del control de constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso federal.

Es que no se podía decir que dicha práctica (judicial o política) no tuviese, en los territorios de la futura Unión, precedentes jurídicos inmediatos, bien de carácter legal

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 54.

(como los que supusieron los Consejos de Censores que habían creado, en su momento, las constituciones de Pensilvania y de Vermont o el Consejo de Revisión establecido en la constitución de Nueva York), bien de carácter jurisprudencial, como los derivados de pronunciamientos contenidos en las sentencias de los tribunales estatales, a los cuales hemos hecho referencia al revisar el sistema jurídico de las colonias con anterioridad a la independencia.

Asimismo, una vez abierta la Convención, la cuestión de cómo debía procederse a limitar al Poder Legislativo tiene también anclaje en las propuestas contenidas en el “Plan de Virginia”, que preveía un sistema de control político del Poder Legislativo, en el que se incluía la creación de un Consejo de Revisión, similar al establecido previamente por la constitución de Nueva York⁵⁸.

Así, en la sesión del 21 de julio de 1787 se demostró que tanto quienes estaban a favor como en contra del consejo de revisión reconocían que la función de control de constitucionalidad era propia de los jueces.

Un consejo de revisión era necesario, según Wilson (convencional por Pensilvania), porque la judicatura debía tener una oportunidad de protestar ante las usurpaciones contra el pueblo, así como también contra sí mismos. Los jueces –como expositores de la ley– tendrían, así, la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Wilson parecía asumir que la revisión judicial estaba limitada a leyes usurpadoras de la judicatura, que es la razón por la que quería jueces en el Consejo.

La moción de Wilson fue derrotada, y ninguna otra presentada en torno al rol de los jueces en esta materia, por lo que es difícil concluir que la misma Convención estuviera interesada en establecer el sistema de revisión judicial.

§ 15. *ANTECEDENTES IDEOLÓGICOS Y POLÍTICOS DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. “EL FEDERALISTA”.* – Finalizada la tarea constituyente de la Convención de Filadelfia de 1787, faltaba que la constitución fuera ratificada por el pueblo de cada Estado, al que con gran acierto y sentido

⁵⁸ BLANCO, *El valor de la Constitución*, p. 118 a 135.

político recomendó la Convención que fuera sometida, para empezar a regir en el caso de que lograra la adhesión de nueve Estados.

Cuando la Constitución de los Estados Unidos fue enviada a los Estados para su ratificación, a finales de septiembre de 1787, se convirtió inmediatamente en el blanco de numerosos artículos y críticas escritas desde posiciones antifederalistas⁵⁹.

Como respuesta a estos ataques, HAMILTON comenzó a construir *El Federalista*, una serie de trabajos que intentarían explicar el contenido de la nueva Constitución a los residentes de Nueva York y que, según el deseo de su autor, los persuadiría de ratificarla.

Así nacieron *The Federalist Papers*, que el tiempo ha convertido en un elemento clásico del liberalismo constituyente de los Estados Unidos de América. Se trata de una serie de ochenta y cinco artículos que abogan por la ratificación de la constitución estadounidense⁶⁰.

Los escritos sirven como fuente primaria para la interpretación de la constitución, pues pretenden explicar la filosofía inspiradora de ésta y la motivación del sistema de gobierno propuesto. Son una exposición incomparable de la constitución, una obra clásica de la ciencia política, sin igual en amplitud y profundidad.

Los artículos fueron escritos por HAMILTON (nº 1, 6 a 9, 11 a 13, 15 a 17, 21 a 36, 59 a 61 y 65 a 85), MADISON (nº 10, 14, 18 a 20, 37 a 58, y 62 a 63) y JAY (nº 2 a 5 y 64)⁶¹.

La obra es, ante todo, un comentario de la Constitución de los Estados Unidos de América. Se trata de un comentario contemporáneo, de gran autoridad, por el hecho de

⁵⁹ Los artículos críticos más importantes, titulados “Catón” y “Bruto”, aparecieron en los periódicos de Nueva York el 27 de septiembre y el 18 de octubre de 1787, respectivamente.

⁶⁰ Setenta y siete de ellos fueron publicados en *The Independent Journal* y en el *New York Packet*, entre octubre de 1787 y agosto de 1788. Ese mismo año se publicó una compilación con todos ellos y otros ocho adicionales, a la que se dio el nombre de *The Federalist*.

⁶¹ Los escritos aparecieron bajo el seudónimo de “Publius”, en honor del cónsul romano Publius Valerius Publicola, uno de los mayores defensores de la república romana.

que dos de los autores (HAMILTON y MADISON) habían participado en la Convención, terciado en los debates y escuchado las objeciones presentadas contra cada artículo, por lo que contaban con gran información.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América considera que debe concederse gran peso a cómo interpretan la Constitución los autores de *El Federalista*⁶². Asimismo, la opinión de la doctrina es unánime en que no hay una obra sobre la Constitución que merezca mayor detenimiento y autoridad, y que excede el marco constitucional estadounidense para proyectarse con interés general, pues en ella se discuten con profundidad y capacidad muchos de los actuales problemas del gobierno⁶³.

Así, *El Federalista* constituye, en lo atinente al control judicial, la base del razonamiento que en 1803 sería desarrollado por MARSHALL en “Marbury v. MADISON” (con respecto al concepto estadounidense de la división de poderes desarrollado en esa obra, remitimos a lo expuesto en el § 11, b).

§ 16. **EL ARRIBO DE “MARBURY V. MADISON”.** – El 13 de febrero de 1801 el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la *Judiciary Act*, cuando los republicanos ya habían ganado las elecciones, pero Jefferson –presidente electo– aún no había tomado posesión del cargo. Mediante dicha ley, los federalistas habían creado los tribunales de circuito y otros órganos jurisdiccionales, cubriendo dichos puestos con partidarios del derrotado presidente Adams.

Asimismo, se encontraba vacante, por la renuncia del juez ELSWORTH, el cargo de *chief justice* de la Corte Suprema de Justicia y, cuando todos daban por nombrado a WILLIAM PATERSON, que ya era juez de la Corte Suprema, el presidente Adams lo descartó y designó a JOHN MARSHALL, su secretario de Estado⁶⁴.

⁶² Sentencias “McCulloch v. Maryland” y “Pollock v. Farmer’s Loan and Trust Company”, citadas en la edición oficial de la Constitución de los Estados Unidos de América (Washington, 1938), p. 66.

⁶³ La obra fue admirada en aquella época por hombres como WASHINGTON, TOCQUEVILLE e incluso JEFFERSON, cuya enemistad política y personal con HAMILTON era pública.

⁶⁴ Nombró a MARSHALL el 20 de enero, el Senado lo votó el 27 de enero, juró el 4 de febrero y el 4 de marzo se hizo cargo del gobierno el presidente

La precipitación política de esos momentos, que llevó a Adams a nombrar a MARSHALL y a nominar jueces conocidos por sus convicciones federalistas, fue tal que algunas nominaciones de estos magistrados no llegaron a notificarse con debida antelación al cambio de gobierno; entre ellas, la de WILLIAM MARBURY.

El nuevo secretario de Estado de Jefferson, JOHN MADISON, se negó a dar curso a estas notificaciones, y entonces MARBURY y otros jueces (DENNIS RAMSAY, ROBERT TOWNSEND HOOE y WILLIAM HARPER) se dirigieron a la Corte Suprema solicitándole un *writ of mandamus* que obligara a la Administración a permitirles ocupar sus puestos, tal y como se preveía en la ley judicial de 1789⁶⁵.

Ante esta situación, MARSHALL se encontraba con dos soluciones igualmente arriesgadas: denegar la petición de MARBURY o estimarla, ordenando al secretario de Estado MADISON que expidiese el documento necesario.

La primera solución podía interpretarse como que el máximo tribunal cedía ante la presión política y esto conduciría, irremediabilmente, a socavar su prestigio y el del joven sistema que se estaba implementando; la segunda era muy arriesgada y de muy difícil ejecución, pues el nuevo gobierno había dado a entender que no se sentía vinculado por nombramientos que consideraba ilegales, careciendo el

electo Thomas Jefferson (BELTRÁN DE FELIPE - GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, p. 88 a 90).

⁶⁵ “La Suprema Corte también deberá tener jurisdicción en vía de apelación proveniente de las cortes de circuito y de las cortes estatales, en los casos previstos por la ley; y deberá tener poder para emitir órdenes judiciales inhibitorias a las cortes de distrito... y órdenes de *mandamus*... dirigidas a cualquier Corte, o a servidores públicos, bajo la autoridad de los Estados Unidos” (§ 13, *Judiciary Act of 1789*). El proyecto de la *Judiciary Act* había sido elaborado por los diputados WILLIAM PATERSON y OLIVER ELLSWORTH. El primero fue juez de la Suprema Corte desde 1793 hasta 1806 y el segundo fue el jefe de justicia de la Suprema Corte inmediatamente anterior a MARSHALL; ambos habían sido miembros de la Convención de Filadelfia, que elaboró el proyecto de la Constitución. El Congreso que aprobó esa ley en 1789 incluía otros once miembros que habían formado parte de la Convención de Filadelfia, ninguno de los cuales percibió ningún defecto constitucional en la ley. Ella había sido aplicada constantemente desde su expedición, en 1789, por todos los órganos judiciales federales, sin que se hubiera puesto jamás en duda su constitucionalidad.

tribunal de medios coercitivos para hacer cumplir sus sentencias.

Es así que, para entender la auténtica dimensión de la resolución, sus alcances e incluso sus incoherencias, el texto no debe analizarse exclusivamente desde un punto de vista jurídico, sino desde la particular perspectiva política e ideológica de las posiciones que estaban en juego.

El razonamiento de MARSHALL se estructuró mediante interrogantes y respuestas, para resolver si: a) MARBURY tenía derecho al nombramiento; b) las leyes estadounidenses prevenían un remedio ante un derecho violado, y c) si el *mandamus* solicitado en competencia originaria de la Corte Suprema era ese remedio.

Luego de fundamentar por qué MARBURY tenía derecho al nombramiento, y que siempre debía existir un remedio para un derecho violado en un sistema de leyes y no de hombres, el célebre juez se abocó al núcleo de la sentencia, dando concepción y recepción al control judicial de constitucionalidad de los actos de los poderes políticos del gobierno, por medio del razonamiento que lo conduce a la declaración de invalidez de la ley judicial de 1789.

Efectivamente, para responder al tercer interrogante, MARSHALL se preguntó si correspondía el remedio solicitado por MARBURY. Ello, según el juez, depende de la naturaleza de la medida que se solicita y del poder de la Corte.

Luego de arribar a la conclusión de que correspondía emitir un mandamiento de entrega de la designación de los actores o de una copia de ella extraída de los registros correspondientes, sostuvo que la Corte no podía emitir dicho mandamiento. Para eso desplegó el razonamiento conocido como la "lógica de Marshall"⁶⁶:

"La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los Estados Unidos de América en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder se extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los Estados Unidos de América y,

⁶⁶ 5 US 137, 1803. Ver NINO, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, y *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 258 y siguientes.

consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los Estados Unidos de América. Al distribuir este poder la Constitución dice: 'En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que algún Estado fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación'⁶⁷.

Se ha sostenido ante el tribunal que, como el otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos de América.

Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los

⁶⁷ El art. 3º de la Constitución de los Estados Unidos de América establece: "Sección I. El Poder Judicial de los Estados Unidos de América será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiera autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanecieron en sus funciones.

Sección II. Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los Estados Unidos de América, y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad; de todas 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 Estados; entre un Estado y los vecinos de otro; entre los vecinos de diferentes Estados; y entre ciudadanos del mismo Estado que demandaren tierras concedidas por diferentes Estados; y entre una provincia, o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso".

tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si ésta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en los casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido.

No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, y por lo tanto la interpretación contraria es inadmisiblesalvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos, mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en la que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás.

Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación.

Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento, y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria. Tampoco es necesario, en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación.

Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los Estados Unidos de América para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida...

La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los Estados Unidos de América pero, felizmente, no tan complicada como interesante.

Los poderes de la Legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él.

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos de América si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para

su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él?

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos de América confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento”.

Ahora bien, luego del detenido razonamiento de MARSHALL, que edifica su conocida “lógica”, bien podemos advertir que la disposición legal que la Corte nulifica fue la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789, la cual –en términos reales– no tenía nada que ver con el derecho de MARBURY al cargo que reclamaba.

Ninguna de las partes en el caso (ni MARBURY y los otros demandantes, ni MADISON) había objetado la validez de dicha disposición, ni mucho menos había pedido que la Corte se pronunciara respecto de su constitucionalidad. Además, debemos apuntar que la disposición declarada nula no dice que el poder que el Congreso le dio a la Corte de expedir órdenes (*writs of mandamus*) debía ejercerse en jurisdicción originaria.

Sin duda, la decisión de la Corte estadounidense compuso la función jurídica con la política de un máximo tribunal, por cuanto cedió hábilmente sobre lo que le importaba al presidente Jefferson, al descartar la nominación de los jueces federalistas, estableciendo –al mismo tiempo– el principio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuestión a la que los jeffersonistas prestaron poca atención, satisfechos, como estaban, de haber ganado políticamente el caso.

En los años posteriores a 1803, la técnica de la *judicial review* se fue extendiendo y perfeccionando. MARSHALL precisó algunos conceptos relevantes en “*McCulloch v. Maryland*”⁶⁸, de donde surge que la interpretación constitucional

⁶⁸ 17 US 319, 1819. La Corte falló que el Congreso podía crear un banco nacional, basándose en las cláusulas de comercio entre los Estados y otras cláusulas similares, siendo que este poder para crear un banco no se encontraba explícitamente mencionado en la Constitución.

que realiza la Corte obliga a todos los poderes públicos, tanto federales como locales.

Pero en línea con la habilidad política de MARSHALL, la Corte no volvió a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal hasta cincuenta y cuatro años después, en el tristemente célebre caso “Dred Scott v. Sandford”⁶⁹, que abrió las puertas a la guerra civil.

Sí, en cambio, la Corte declaró la inconstitucionalidad de gran cantidad de leyes estatales, reafirmando el poder federal sobre los Estados, y dejando en evidencia que, en los primeros años de consolidación de la Corte, la estrategia de MARSHALL estuvo dirigida a consolidar el sistema creado por los constituyentes de Filadelfia, e imponer el derecho federal sobre los Estados, evitando enfrentarse con los otros poderes del gobierno central.

a) *LA TESIS ANTIMAYORITARIA*. Como se ha podido apreciar, la ideología de la Constitución estadounidense tuvo como uno de sus objetivos primordiales contener el accionar de las mayorías y, principalmente, de las mayorías legislativas.

La sentencia de MARSHALL, que depositó el control de la constitucionalidad de las leyes en el Poder Judicial, preserva –según la visión de parte de la doctrina y jurisprudencia constitucional– dicho objetivo, tenido en mira por el sistema de frenos y contrapesos. El control de constitucionalidad apareció como un medio de asegurar la supremacía de la constitución y la limitación del gobierno corriente.

Para este sector de la doctrina y la jurisprudencia, la objeción “contramayoritaria” (ver § 35 a 39), lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las minorías⁷⁰ de los excesos de las mayorías coyunturales⁷¹.

⁶⁹ 60 US (19 How) 393, 1856.

⁷⁰ Hemos trabajado el papel de las minorías políticas en una democracia representativa en AMAYA, *Minorías políticas y procesos mayoritarios*, “Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, n° 4, y *EDCO*, 26/7/00, y *Entre las fronteras del debate político y la libertad de expresión*, en ABERASTURY (H.) y otros, “Poder político y libertad de expresión”, p. 37 a 82.

⁷¹ Esta posición la encontramos expuesta en una sentencia paradigmática de la Cámara Nacional Electoral de la República Argentina, en la que se

Es así que, en la ciencia política estadounidense, la expresión “democracia madisoniana” nos recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria⁷².

La construcción ideológica de MADISON en *El Federalista* había anticipado esta visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría, esto es, la tiranía de la mayoría (tesis antidemocrática o antimayoritaria).

Al develar los rasgos de la naciente democracia estadounidense, TOCQUEVILLE previno contra el ilimitado “poder moral de la mayoría sobre el pensamiento”, como el mayor peligro de este sistema de gobierno; “el mayor peligro de las repúblicas americanas reside en la omnipotencia de la mayoría”⁷³.

expresó: “que no escapa al criterio del tribunal que decisiones como la que aquí se adopta, pueden llegar a provocar –de modo análogo a lo que ocurre cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley– cierto grado de desconcierto para un lector desaprensivo. En efecto, en ambos casos, un tribunal priva de eficacia a la expresión formalmente válida de una mayoría de representantes que –a diferencia de lo que ocurre con los jueces– son elegidos directamente por el sufragio popular. Sin embargo resulta indispensable advertir que ese carácter ‘contramayoritario’ del Poder Judicial... es precisamente el que permite que los magistrados judiciales –ajenos a las mayorías coyunturales y mutables– aseguren y preserven los derechos de las minorías frente a los potenciales excesos de las mayorías. En ese entendimiento, las constituciones incluyeron distintos mecanismos –entre los que se inscribe la creación de un poder judicial de los denominados ‘contramayoritarios’– destinados a restringir en todo tiempo la capacidad de acción del poder de la mayoría en cuestiones que pudieran incidir negativamente en la conservación del proceso democrático, la protección de la autonomía individual y los derechos de las minorías, y la continuidad de la práctica constitucional” (CNElectoral, 14/9/06, LL, 2006-E-777).

⁷² DAHL explica así la referida expresión: “*What I am going to call madisonian theory of democracy is an effort to bring off a compromise between the power of majorities and the power of the minorities*” (A preface to the democratic theory, p. 4). La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según FISHKIN (*Democracia y deliberación*, p. 75).

⁷³ DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, t. I, p. 239 y 244.

Pero la más interesante versión liberal de esta tesis antimayoritaria la encontramos en STUART MILL, al sostener que la opinión mayoritaria de una sociedad, en materia moral e intelectual, carece de toda legitimidad para imponer modelos de vida virtuosa o planes de vida valiosos a los individuos.

Por más soberanos que sean el poder de la mayoría y su voluntad general, plasmada en la ley, no los autoriza a desconocer los ámbitos de autodeterminación personal, los espacios de conducta autorreferente.

La mayoría, entonces, no puede llegar a negar la diversidad de las formas de vida, algo valiosas y dignas de protección y estímulo. Hay un derecho básico: el derecho a la diferencia. Ser mayoría no otorga por sí misma ninguna respetabilidad ética o estética ni fundamenta más derechos que el de regular, mediante ley, algunos planos de la conducta que afecta a terceros⁷⁴.

Actualmente podemos afirmar, que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho o de la democracia constitucional, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más, como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la constitución de cada Estado⁷⁵.

⁷⁴ Según STUART MILL, "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo". De lo cual concluye que "la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne netamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (*Sobre la libertad*, p. 65 y 66).

⁷⁵ Para DWORKIN, la visión "estadística" o "mayoritaria" de la democracia es una visión pobre de ella. Propone su visión de una *democracia constitucional*, que significa "el autogobierno por todos actuando colectivamente, como miembros de un emprendimiento cooperativo en el que participan en pie de igualdad" (*The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe and*

Bien podemos atribuir a los derechos constitucionales básicos, o fundamentales, la característica de corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Es la garantía constitucional contra la regla de la mayoría lo que les imprime fundamentalidad⁷⁶. En ese sentido, los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” en el juego de las razones jurídicas, son como el as de la baraja⁷⁷, o son derechos indecibles por las mayorías, como afirma FERRAJOLI⁷⁸.

La concepción “contramayoritaria” presente en el diseño institucional de las constituciones liberales de los siglos XVIII y XIX (p.ej., el bicameralismo, o el control judicial de las leyes) tiene por fin restringir la capacidad de acción de la mayoría, principal amenaza para la vigencia y garantía de los derechos fundamentales y el establecimiento de la paz social.

Como planteara MARSHALL en “Marbury v. Madison”, “¿con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?”

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida”.

Nerve, “Fordham Law Review”, vol. 65, 1997, p. 1249 a 1268, citado por GARGARELLA, *Derecho constitucional*, p. 636).

⁷⁶ Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por RAWLS, al decir que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales” (*Teoría de la justicia*, p. 19 y 20).

⁷⁷ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 37.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 37.

b) *CONCLUSIONES CONTRADICTORIAS DE LA CÉLEBRE SENTENCIA*. Un importante sector de la doctrina ha fustigado con severidad el fallo, aduciendo que, por sobre su acierto político, no contuvo los galardones que gran parte de los autores le asignan y constituye sólo un mito sostener que creó el control judicial de constitucionalidad de las leyes⁷⁹.

Para los críticos de “Marbury v. Madison”, el fallo fue un intento de un Poder Judicial débil y amenazado por luchar por su propia existencia, dado que la Corte tenía pocas opciones.

Según estos autores, si bien se acostumbra decir que “Marbury” estableció la revisión judicial, lo cierto es que –para ellos– ésta fue contemplada desde la ratificación de la constitución; tampoco creen que el caso represente la primera vez que la Corte ejerció ese poder, aunque sí es cierto que el constituye la primera vez en que una ley federal fue declarada inconstitucional por la Corte, lo que fue hecho de manera tal de no tener que enfrentarse con ninguna otra rama del gobierno.

Otro importante sector crítico de la doctrina niega, con distintos matices e intensidades, que los jueces posean la facultad exclusiva de la interpretación constitucional y del control de constitucionalidad.

Al final del día, MARBURY no recibió su nombramiento. Tampoco la Corte declaró inconstitucional el acto de Jefferson de negarse a entregar dichos nombramientos.

Según ROBBINS, “en el fondo, el uso del poder de revisión judicial en ‘Marbury’ no fue tanto una demostración de fuerza de la justicia como una manera de salvar las apariencias. La ley declarada inconstitucional fue una parte de la ley del Poder Judicial de 1789 que dio a la Corte Suprema competencia originaria sobre algunos casos.

Para declarar que el Congreso no tenía el poder de aumentar su competencia originaria, la Corte podía haber di-

⁷⁹ Esta afirmación encuentra aceptación en un importante sector de la doctrina estadounidense y de otros países que adoptaron el modelo de control judicial de las leyes. Ver, al respecto, ROBBINS, *Releyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”*, “Nueva Doctrina Penal”, 2007-A-73 a 125.

cho que MARBURY tenía derecho a recibir su comisión y que un mandamiento que proveyera ello era el remedio idóneo y, al mismo tiempo, podía evitar ordenar ese remedio argumentando que no poseía jurisdicción”⁸⁰.

¿Qué hizo la Corte, en realidad, para esta visión del fallo? Para esta perspectiva, el único cuerpo del gobierno que enfrentó la Corte fue a sí misma, al limitar su propia jurisdicción y al achicar el universo de casos sobre los que tenía competencia.

Como ha notado GRABER, “‘Marbury’ no estableció ningún elemento adicional a la revisión judicial. La decisión es mejor conocida como un esfuerzo por preservar, en un contexto político hostil, algunos elementos cruciales de la práctica establecida en 1789. La revisión judicial en 1803 y subsiguiente, fue una manera de motorizar intereses políticos y no un mecanismo para frenar a las mayorías nacionales”⁸¹.

Más allá de las respetadas críticas que ha recibido la sentencia y de las falencias en la “lógica de MARSHALL”, tan bien señaladas por NINO⁸², “Marbury v. Madison” se constituyó en el paradigma del control judicial de constitucionalidad y se extendió por toda América.

En una situación donde el tribunal carecía de poder institucional, y donde cualquier decisión parecía ser un sendero a la derrota, la Corte encontró una manera de involucrarse en el tema de tal modo que hizo posible la revisión judicial en el futuro, cambiando las relaciones entre los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos en muchos países del mundo.

⁸⁰ ROBBINS, *Releyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”*, “Nueva Doctrina Penal”, 2007-A-88.

⁸¹ GRABER, *The scholarship of Sanford Levinson: establishing judicial review: “Marbury” and the Judicial Act of 1789*.

⁸² Ver, en general, NINO, *Fundamentos de derecho constitucional, y La constitución de la democracia deliberativa*.

CAPÍTULO III

MODELOS Y SISTEMAS

§ 17. **INTRODUCCIÓN.** – Identificaremos a continuación las características que poseen los organismos o poderes que en los distintos países cumplen la trascendental misión del control de constitucionalidad.

La materia se encuentra dentro del llamado “derecho procesal constitucional”, que se ha perfilado en el siglo xx como una disciplina independiente del derecho constitucional y del procesal¹.

Esta relativamente nueva asignatura se aboca al estudio de las garantías contenidas en las cartas fundamentales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, entre otras); los procedimientos que se diseñan para hacerlas efectivas, y los órganos y procedimientos que rigen el control de la supremacía constitucional, configurando –al decir de SAGÜÉS– la jurisdicción constitucional de la libertad y la orgánica². La institución de mecanismos que aseguran el control eficiente de la constitucionalidad de las leyes y la implementación de una justicia constitucional, define –según GOZAÍNI– la autonomía afirmada³.

Anticipamos al lector que, a efectos de unificar criterios de distinción, denominaremos *modelos de control de constitucionalidad* a aquellos mecanismos de control nacidos originalmente a partir de presupuestos históricos y filo-

¹ GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, vol. I, p. 1 a 24.

² SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. 1, p. 3 a 93.

³ GOZAÍNI, *Derecho procesal constitucional*, p. 17 y siguientes.

sóficos definidos y propios⁴, es decir, a los modelos: *a*) estadounidense o judicial; *b*) político o francés, y *c*) kelseniano o continental.

Definiremos, además, como *sistemas de control de constitucionalidad* a los adoptados por los distintos países en sus sistemas jurídicos, ya sea por disposición constitucional, infraconstitucional o por creación pretoriana.

Un sistema –como veremos más adelante– puede adoptar en forma pura o casi pura un modelo (Argentina) o combinarlos mezclándolos (Paraguay, Brasil, Colombia, etc.) o sin mezclarlos (Perú)⁵.

A) MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 18. *EL MODELO ESTADOUNIDENSE. UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA COMO LEY FUNDAMENTAL.* – El orden jurídico-político de los Estados Unidos de América marca el surgimiento del Estado constitucional, concepto estrechamente vinculado a la noción de derecho natural de la filosofía racionalista.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, el derecho natural era entendido como un derecho superior e inderogable⁶, y así iba a ser reafirmado por los colonos estadounidenses en su lucha contra la corona inglesa, a la que le reprochaban desconocer sus derechos personales y colectivos.

Esta concepción, que distinguía ley natural y ley positiva fue sostenida por los teóricos ingleses de la Gloriosa Revolución (ver § 10, a). LOCKE afirmaba la absoluta superior-

⁴ También utiliza esta denominación conceptual DALLA VÍA (*Modelos, tribunales y sentencias constitucionales*, www.juridicas.unam.mx).

⁵ GARCÍA BELAUNDE habla de modelos *originarios* y *derivados*, y dentro de estos últimos señala que hay dos tipos. El *mixto* es el que nace como producto de una fusión entre otros sistemas, creando uno nuevo, distinto del originario, mientras que el *dual*, o “paralelo”, es un sistema que encierra a dos o más modelos, que coexisten sin interferencias (*La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, n° 181-182, t. XLII, p. 63).

⁶ Ver, en general, GARCÍA DE ENTERRÍA, *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*.

ridad del Parlamento, pero admitía que éste estaba limitado por la ley natural (ver § 10, a) y fue precisamente en la apreciación de este límite que se basó la famosa sentencia del juez COKE de 1610 en Inglaterra (ver § 14, a). Los colonos estadounidenses encontraron en COKE y en LOCKE importantes referencias.

Pero la gran novedad estadounidense fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior, que servía para decidir la validez de las leyes del Parlamento, y esa supremacía constitucional debía conducir, necesariamente, a algún tipo de control de las leyes (ver § 14, c).

A pesar de ser considerado el más débil dentro de la trilogía de los poderes, el reconocimiento del control de constitucionalidad a favor del Poder Judicial –aunque no previsto expresamente en la constitución estadounidense–, le otorgaría una posición de control sobre el Poder Legislativo que sigue siendo tema de crítica, por medio de la objeción “contramayoritaria”, de la cual nos ocuparemos (ver § 35 a 39).

Según PRIETO SÁNCHEZ, “la interpretación de las leyes es una competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo, la constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental; y del mismo modo que nos parece juicioso y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes, el juez aplique la posterior, así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía”⁷.

Por otra parte, la positivización de una cláusula de supremacía constitucional en el texto de la constitución fue, sin duda, fundamental. Sin embargo, el mecanismo de control se desarrollaría por la vía interpretativa, sin ninguna fórmula jurídica expresa en el texto constitucional.

En efecto, el modelo estadounidense de control de constitucionalidad, al contrario del modelo europeo –que es teorizado por KELSEN–, no aparece escrito en la constitución, quizá porque, de hacerlo, los constituyentes de Filadelfia habrían supuesto dificultades de aprobación.

⁷ PRIETO SÁNCHEZ, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 52.

Así, la Constitución estadounidense crea una Corte Suprema, pero no define su composición, el número de miembros, ni la duración de sus mandatos. Tampoco precisa la naturaleza de los poderes del tribunal, aunque establece el principio general de la superioridad del derecho federal –constitución, leyes y tratados de la federación– sobre el local.

a) *CARACTERÍSTICAS Y REGLAS DEL MODELO. LAS REGLAS DE MARSHALL, DE COOLEY Y DE BRANDEIS.* Las principales características de la llamada *revisión judicial*, en los Estados Unidos de América, son las siguientes:

1) Es un sistema judicial, pues el control recae en los magistrados judiciales.

2) Es un sistema difuso, porque todos los jueces –estadales o federales– pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos inferiores. Es decir que el modelo no se adscribe a un órgano específico, sino que, dentro del Poder Judicial, todos los jueces son dotados de idéntica competencia para esta cuestión.

3) El control es incidental, o sea, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial. La cuestión constitucional no es objeto principal, pero se presenta como una cuestión que ha de ser lógicamente deslindada para la solución del litigio.

4) Rige la noción de “causa”, lo que implica que los jueces solamente pueden pronunciarse dentro de los juicios que se planteen ante sus estrados.

5) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos y no cuando la cuestión ha devenido abstracta.

6) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad a pedido de las partes interesadas y que tengan un interés concreto en la no aplicación de la norma pretendidamente inconstitucional (*standing*).

7) El control de inconstitucionalidad es muy amplio, especialmente considerando la flexible interpretación a la que la ley fundamental estadounidense se ve generalmente sometida.

8) Los tribunales judiciales no ejercen control sobre las cuestiones no justiciables, políticas o actos de gobierno (según lo que ellos mismos han ido calificando como tales).

9) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias, produciendo efectos que, en principio, se circunscriben al caso concreto, pero que en varios otros tienen un alcance más genérico, en virtud de la regla del precedente.

10) La resolución judicial acerca de la constitucionalidad de una norma o de su inconstitucionalidad sólo afecta a las partes (efecto *inter partes*) y los efectos de la declaración en cuestión no se extienden al resto de la norma, que mantiene vigencia en el ordenamiento.

11) La sentencia es declarativa, porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una “nulidad” preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*.

Las cuatro primeras características son conocidas como las “reglas de MARSHALL”: la modalidad judicial y difusa del modelo, es decir, depositado en cabeza de todos los jueces, y el hecho que su ejercicio debe ser formulado en el marco de la actuación de los jueces, esto es, dentro de un “caso o controversia”.

El hecho de tratarse de una jurisdicción difusa no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, como sucede muchas veces en el sistema argentino, pues la fuerza vinculante del precedente (*stare decisis*) actúa como correctivo del sistema.

En otras palabras, el principio *stare decisis* opera de modo que el juzgamiento de inconstitucionalidad de la ley acaba, indirectamente, asumiendo una eficacia *erga omnes*. Conforme dice CAPPELLETTI, “una vez no aplicada por la Supreme Court por inconstitucionalidad, una ley americana, aunque permanezca *in the books*, es tornada *deal law*, una ley muerta”⁸.

⁸ CAPPELLETTI, *El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, “Revista de la Facultad de Derecho”, t. XVI, n° 61, p. 83.

Frente a esta afirmación, debe observarse –desde luego– que mientras en los sistemas legal europeos la inconstitucionalidad de la norma conlleva su total anulación y, por tanto, acontece la expulsión definitiva de la norma del ordenamiento jurídico, en el sistema de Estados Unidos de América la relación que existe entre la norma constitucional y la regla legal inaplicada es una relación dinámica que se realiza tan sólo desde una perspectiva de la *eficacia*.

Por tanto, lo que está en juego cuando un tribunal controla la constitucionalidad de las normas inferiores no es la *validez* de dichas normas, sino su *eficacia* para resolver el asunto planteado.

Cuando se atiende a la *eficacia*, el hecho de preferir una norma frente a otra no significa que la norma desplazada sea nula o inválida, sino que sencillamente no se aplica.

Con posterioridad a las reglas definidas por JOHN MARSHALL en “Marbury v. Madison”, y a los comentarios formulados por JOSEPH STORY, renombrado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1811 y 1845 y de gran sintonía con MARSHALL; y de ALEXIS DE TOCQUEVILLE en su célebre obra *La democracia en América*, publicada originariamente en 1835, donde dedicó un capítulo al novedoso sistema judicial estadounidense, el siguiente autor en abordar la problemática del control de constitucionalidad judicial difuso fue THOMAS COOLEY, autor profusamente citado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

En su obra *Constitutional limitations*, publicada originariamente en 1868, explicó algunas de las limitaciones que el modelo de la *judicial review* tiene, y que se proyectarían en el futuro como las “reglas de COOLEY”: 1) la inconstitucionalidad es la última *ratio*, es decir que no debe la judicatura declarar la inconstitucionalidad a no ser que sea absolutamente necesario; 2) si existe un fundamento en la causa que permita que la cuestión constitucional pierda relevancia, los jueces deben adoptar dicho camino; 3) la cuestión constitucional sólo puede ser invocada por quien alegue y pruebe un perjuicio, y 4) la duda sobre la constitu-

cionalidad de una ley no es causa suficiente para su declaración.

Posteriormente, LOUIS D. BRANDEIS, elegido juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1916, estableció algunas otras reglas en su voto concurrente en la causa "Ashwander v. Tennessee Valley Authority" ⁹, a saber: 1) los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad en procedimientos que no sean contenciosos, es decir voluntarios o donde no existan partes encontradas; 2) no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad a la necesidad de decidirla; 3) no se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos a los cuales ha de aplicarse; 4) si el caso puede resolverse apelando a una solución legal sin involucrar una cuestión constitucional, debe optarse por esta solución; 5) no puede analizarse la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que su aplicación le ocasiona perjuicios; 6) no se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ella, y 7) las leyes siempre deben ser interpretadas evitando, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad.

Muchas de estas *reglas* han quedado hoy confrontadas con la facultad-obligación actual de la judicatura de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas, que establece la Constitución Argentina en el art. 43 en el marco de la acción de amparo, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consolidado finalmente en todo tipo de

⁹ 297 US 288, 346-48 (1936). Este caso fue iniciado por accionistas de una compañía contra ésta para evitar que cumpliera con una ley que consideraba inconstitucional. El peligro de este tipo de pleitos es la falta de alguien interesado en sostener la constitucionalidad de la ley, ya que falta como parte el Estado. BRANDEIS advirtió el problema, y de allí su postura frente a una decisión en que la mayoría sostuvo que los accionistas tenían legitimidad para actuar. Esto fue corregido posteriormente por la norma 28 USC 2403, que estableció que en un juicio ante un tribunal federal donde no fuera parte los Estados Unidos y se discutiera la validez constitucional de una ley del Congreso que afecte el interés público, el juez debe notificar de ello al Attorney General y permitirle intervenir como parte para argumentar sobre la cuestión constitucional. La misma garantía se concede a los Estados cuando en un tribunal federal se discute la validez de una ley estatal.

proceso en el caso “Rodríguez Pereyra”¹⁰, como analizaremos en los § 42 y siguientes.

b) *MAPA CONCEPTUAL DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO*. A partir del desarrollo realizado en los puntos precedentes sintetizamos –para una comprensión pedagógica del lector– las características del modelo estadounidense en este mapa conceptual.

MODELO ESTADOUNIDENSE O JUDICIAL

- Judicial
- Difuso
- Incidental
- Nociones de “causa” y *standing*
- Efectos *inter partes* y *ex tunc*

c) *DOCTRINA DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO O “STARE DECISIS”*. El sistema jurídico estadounidense es esencialmente un derecho de creación judicial, resultado de una lenta e histórica justicia casuística nacida, y todavía vigente, en el derecho inglés. Los jueces edifican el sistema jurídico piedra por piedra a lo largo de las generaciones, como la construcción de una catedral, utilizando la similitud elegida por DWORKIN¹¹.

La doctrina del *stare decisis* se formó originalmente en la rama del *common law* inglés, y es la regla general conforme a la cual, cuando un punto de derecho ha sido fijado por resolución judicial, en un caso concreto sometido a la jurisdicción de un juez o tribunal, se convierte ipso iure en un precedente normativo que debe ser acatado, en casos similares subsecuentes, por el mismo tribunal que lo estableció y por cualquier otro de rango inferior que esté subordinado a la autoridad de aquél.

¹⁰ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L., y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, R. 401. XLIII.

¹¹ Ver, en general, DWORKIN, *Los derechos en serio*.

Un sistema de control difuso de constitucionalidad, según el cual todos los jueces y tribunales disponen de competencia para juzgar la validez de la ley frente a la constitución, en casos concretos y de manera autónoma, requiere, con sobradas dosis de razones –en nombre de los postulados de efectividad, igualdad y seguridad jurídica–, un instrumento que asegure la autoridad a la resolución judicial, no sólo en el interior del Poder Judicial, en los casos posteriores, sino en el ámbito de todo el poder público y por los ciudadanos de manera general.

Es así que el principio de *stare decisis* viene a jugar un papel esencial en aquel modelo, revelándose, por medio de los precedentes vinculantes, un mecanismo de cierre en el modo de control difuso, al imponer un efecto obligatorio a la resolución de los tribunales superiores, con énfasis en las de la Corte Suprema de Justicia.

Debe dejarse asentado que hay diferentes tipos de precedentes, según el parámetro normativo utilizado. Así, 1) si el juez aplicó la constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; 2) si acudió al derecho legislado, entonces el precedente es legal o *statutory precedent*, y 3) finalmente, si se basó en las decisiones del *common law*, su sentencia será un *common law precedent*.

Pero importa esclarecer que un precedente no es igual a una decisión. Un precedente es un conjunto de decisiones reiteradas por los tribunales. La excepción es el precedente constitucional, en que la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de la norma, dado el efecto vinculante inmediato de este caso.

Además, hay precedentes vinculantes y precedentes persuasivos –esto es, sólo los primeros tienen fuerza obligatoria; no los segundos– y el criterio distintivo de sus fuerzas radica en la propia jerarquía de los tribunales.

Un precedente vinculante proyecta su fuerza verticalmente de arriba abajo, del tribunal superior al inferior, pero también horizontalmente, pues los tribunales se autovinculan a sus propias reglas de decisión y sólo pueden apartarse de sus precedentes en situaciones especiales de cambios políticos, económicos y sociales.

Según MAGALONI¹², las notas estructurales de la doctrina de los precedentes son las siguientes:

1) La Corte Suprema de Justicia nunca se ha considerado a sí misma vinculada de manera absoluta por sus propias decisiones y –como es sabido– puede apartarse de una línea doctrinal o derogarla expresamente (*overruling*). Este mismo planteamiento tienen los demás tribunales federales y estatales en relación con las sentencias que hayan adoptado de manera autónoma; esto es, que no resulte la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos.

2) Una sentencia de la Corte Suprema es obligatoria para todos los órganos judiciales, siempre que se trate de un asunto que afecte a cuestiones federales. Es la consecuencia necesaria de que, en relación con los asuntos federales, es la Corte Suprema la que ocupa la cúspide de la pirámide.

3) Asimismo, la vinculación funciona en el otro sentido. La Corte Suprema está obligada por las sentencias de los tribunales estatales de última instancia, en los casos de ciudadanos de un Estado a los que se les haya aplicado el derecho propio de ese Estado, de acuerdo con las normas de conflictos de leyes.

4) Una sentencia de un tribunal federal tiene sólo efecto de orientación para un tribunal estatal en relación con materias federales. Ello supone que la línea jerárquica obligatoria sólo se mantiene respecto de las materias de competencia federal. En los restantes casos, la doctrina podría, como mucho, influir en el parecer del tribunal. La única obligatoriedad que tienen los tribunales estatales es en cuanto a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia dictadas en materias de competencia federal.

Es importante aclarar que en el sistema jurídico estadounidense el precedente puede formarse en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Un precedente constitucional sólo se diferencia en cuanto a su contenido de los otros tipos de precedentes, pero no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su aplicación en la práctica judicial.

¹² Ver, en general, MAGALONI, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*.

5) Las sentencias de un tribunal estatal superior son vinculantes para todos los tribunales inferiores, en virtud del principio de jerarquía. Se debe enfatizar, todavía, que cada tribunal puede modificar libremente sus propias decisiones. Esta regla sólo cede en los supuestos en los que la decisión no sea propia en cuanto al fondo, sino que derive de una decisión de un órgano superior. En este caso, el tribunal no puede apartarse del precedente. Este dato es el resultado de la consideración del criterio jerárquico del órgano del que emane la resolución.

d) *VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO.* Si se parte de la idea de que el valor de los precedentes radica en la seguridad jurídica que proporciona al sistema de *common law*, pero teniéndose en cuenta, por otra parte, la relatividad de su fuerza en la praxis de los tribunales, dada la aceptación de la flexibilidad que asegura la discrecionalidad judicial, parecería lógico preguntarse cuáles son las ventajas y desventajas de un derecho jurisprudencial vinculante.

Entre las primeras se cuentan las siguientes:

1) La seguridad y la certidumbre jurídicas que se derivan de la realidad incontestable de que, a litigios esencialmente similares, siempre correspondan sentencias sustancialmente idénticas. Esta ventaja ofrece el valor de hacer de las decisiones judiciales un fenómeno estable y previsible.

2) La posibilidad de desarrollo del derecho, propiciada por la generación incesante de nuevos precedentes –vinculantes o persuasivos–, surgidos al calor de las necesidades cambiantes de la comunidad jurídica.

3) El carácter práctico de las reglas jurisprudenciales surgidas de casos reales y no de disquisiciones teóricas o reflexiones académicas.

A su vez, entre las desventajas que se destacan, figuran las siguientes:

1) La rigidez de las normas descendientes de la jurisprudencia, las cuales, una vez fijadas con la mediación de la regla del precedente, son muy difíciles de cambiar.

2) El peligro de las distinciones ilógicas originadas por el ejercicio rutinario de la referida regla del precedente, el cual unas veces desemboca en callejones sin salida y otras

tantas suscita conflictos normativos de engorrosa o inverosímil solución.

3) El volumen y la complejidad de la jurisprudencia.

Según nuestra opinión, la doctrina de precedentes vinculantes no puede ser analizada fuera de sus coordenadas jurídico-culturales. La doctrina del *stare decisis* no es categoría jurídica parangonable con la jurisprudencia clásica del derecho de origen legislativo, por la sencilla razón de que, mientras en ésta la referencia de fuente jurídica es esencialmente la ley, y no la jurisprudencia, en el *common law* el *stare decisis* es el centro de gravedad del derecho, aunque haya un derecho legislado que forma parte del derecho proveído por los tribunales.

De ahí que, si se pudiera proceder a la comparación entre las fuentes de los dos sistemas jurídicos, habría que dejar apuntado que, mientras en el derecho continental europeo la ley es un parámetro por definición abstracto, y de carácter general, en el derecho del *common law* el precedente, en cambio, es necesariamente un parámetro que se construye a partir de un caso concreto, que va a adquirir virtualidad en la medida en que otros jueces y tribunales lo identifiquen con situaciones iguales o similares que justifiquen la misma solución jurídica¹³.

§ 19. *EL MODELO POLÍTICO O FRANCÉS. CARACTERÍSTICAS.* – Como hemos visto, el constitucionalismo histórico diseñó inicialmente diferentes tipos de modelos de control de constitucionalidad; uno es el estadounidense, o judicial, y otro el político, o francés¹⁴. La opción por uno u otro obedece

¹³ “Las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial apuntan hacia una diferenciación y un uso también diferente entre ambos sistemas. Es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a sentencias anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas” (MORAL, *El precedente judicial*, p. 18).

¹⁴ Un interesante trabajo al respecto puede verse en PARDO FALCÓN, *Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*, “Revista de Estudios Políticos”, nueva época, n° 72, p. 243 a 258.

—como hemos anticipado— a concretas circunstancias históricas, sociales y políticas.

Los sistemas constitucionales contemporáneos han alumbrado nuevas soluciones, las cuales si bien pueden encuadrarse —en último término— en la dicotomía clásica control jurisdiccional-control político, poseen rasgos propios y originales; tal es el caso de los tribunales constitucionales europeos, nacidos a la luz del pensamiento de Kelsen, que poseen características de ambos modelos. Ellos configuran —a nuestro criterio—, un modelo propio por diseño particular y relevancia actual, tal como hemos señalado al clasificar los que hemos definido como “modelos de control”.

Históricamente, América y Europa —y dentro de ésta, principalmente, Francia— transitaron por distintas orientaciones, producto de los acontecimientos disímiles de sus respectivas revoluciones. Mientras en América del Norte el parlamento inglés aparecía como el gran opresor, siguiéndole el rey y su gobierno, y los tribunales se erigían como defensores de la libertad, en Francia sucedía lo contrario.

Las monarquías absolutistas y la judicatura, como brazo ejecutor de los deseos del rey, tenían que ser limitados por la legislatura, sede de la representación popular más genuina. La doctrina rusioniana de la inefabilidad del parlamento, que se conecta con la expresión de la ley como voluntad general, incidirá decisivamente en el modelo francés.

Contrariamente, en América los ciudadanos se verán protegidos por una constitución escrita superior a las leyes generales.

El liberalismo y el constitucionalismo primitivo francés descansarán en la confianza absoluta en el legislador, asumiendo una posición de recelo hacia el juez, servidor del príncipe en el Estado absoluto. La ley era la carta magna de la libertad y el juez sólo debía comportarse como su fiel ejecutor. Los argumentos precedentes llevaron en Europa, y principalmente a Francia, a hablar del “gobierno de los jueces” para describir al modelo estadounidense, señalando —de ese modo— el carácter “no representativo” del sistema¹⁵.

¹⁵ SAGÚÉS, *Recurso extraordinario*, t. 1, p. 50 y siguientes.

Así, la historia constitucional francesa muestra una arraigada tradición antijudicialista que llega hasta nuestros días, a pesar de la simpatía que los tribunales constitucionales vigentes en toda Europa despiertan en gran parte de la doctrina del país galo.

Para justificar el modelo francés, CAPPELLETTI elaboró una trilogía de argumentos¹⁶.

a) En primer lugar, las razones históricas que rememoran las profundas arbitrariedades que los jueces perpetraban con anterioridad a la Revolución Francesa.

b) Segundo, razones ideológicas que encuentran sustento en la división rígida de poderes planteada por MONTESQUIEU, donde no se admitía una interferencia de los jueces en las actividades del Poder Legislativo, sede por excelencia de la soberanía popular. El carácter democrático de la resolución casaba mal con el control judicial.

c) Por último, razones prácticas. La exigencia pragmática que prevalece en la historia francesa ha sido la de asegurar, por medio del Consejo de Estado, una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo más que del Legislativo.

Históricamente, luego del fracaso del Senado en la función del control de constitucionalidad de las leyes, conforme el modelo napoleónico que siguió las propuestas de SIEYÈS, la restauración monárquica, con las constituciones de 1814 y 1830, implicó un cambio radical de perspectiva, dado que se admitirá que la constitución pueda ser modificada por acuerdo del rey y las cámaras legislativas, o sea, por una ley ordinaria, careciendo de sentido el control de constitucionalidad.

El Segundo Imperio va a propiciar, nuevamente, mediante la Constitución de 1852, un Senado encargado del control de constitucionalidad de las leyes, al otorgársele la competencia de oponerse a la promulgación de aquellas leyes que considere atentatorias contra la constitución, la religión, la moral, la libertad de cultos, la libertad individual, la igualdad ante la ley, la propiedad o la inamovilidad

¹⁶ CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 83 a 86.

de la magistratura. Este control no era contencioso, correspondiendo al Senado el control de constitucionalidad previo de todas las leyes dictadas por la Legislatura.

Con la Tercera República francesa se establecerá la posibilidad de adoptar la *judicial review*; no obstante, el referido instituto desaparecerá. Tras la Segunda Guerra Mundial, la constitución de la Cuarta República de 1946 institucionalizó un Comité Constitucional, integrado por el presidente de la República que lo presidía; los presidentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República (cámara alta); siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional y tres por el Consejo de la República.

Este Comité –según la amplia mayoría de la doctrina francesa– tenía una función de control político preventivo y no jurisdiccional. Sus integrantes no debían tener calificación técnica. Sólo podía acudir al Comité, en demanda conjunta, el presidente de la República y el del Consejo de la República.

En términos generales este “Comité” no respondía a las fórmulas generales de control de constitucionalidad¹⁷.

a) *EL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE LA QUINTA REPÚBLICA. NATURALEZA Y EVOLUCIÓN.* La constitución de la Quinta República francesa, de 1958, inició un nuevo sesgo en el control de constitucionalidad de las leyes, con la creación del “Consejo Constitucional”.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, en Europa se produjo el movimiento constitucional que diera origen a la instauración de los tribunales constitucionales. ¿Se asemeja el Consejo Constitucional francés a los tribunales constitucionales imperantes en el resto de los países? Si bien el Consejo se aproxima muchos más a ellos que a la función de la Corte Suprema estadounidense, mantiene un perfil y características particulares, pues su creación no responde a los mismos objetivos.

La atribución a él de un control preventivo y preceptivo sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas

¹⁷ MARTÍN-RETORTILLO, *Consideraciones sobre los tribunales constitucionales (El supuesto del Consejo Constitucional francés)*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, n° 15, p. 560.

parlamentarias se orienta a frenar el excesivo poder que la Asamblea Nacional tuvo en el período de 1946 a 1958.

La función no está limitada al único ámbito de la normatividad, dado que ha sido investido de competencias más amplias, que se conectan directamente con las relaciones entre los poderes públicos. Más allá de la amplitud de competencias, el debate se centró en si sus funciones eran jurisdiccionales o políticas y ambas tesis fueron defendidas con buenos argumentos¹⁸.

La tesis jurisdiccional hace hincapié en un elemento material (la jurisdicción interpreta el derecho al igual que el consejo) y otro formal, dado por el valor de cosa juzgada de la decisión del consejo.

En cuanto a la circunstancia de que no existan partes con pretensiones opuestas, ello no modifica el carácter jurisdiccional, sino que sólo conduce a distinguir entre jurisdicción contenciosa y no contenciosa.

Frente a esta posición se enarbola la que asigna una función política al consejo, especialmente por su reclutamiento y por las funciones que cumple. La constitución no exige ninguna característica de competencia a sus miembros, ni tampoco los que exige a los miembros de la judicatura.

Para gran parte de la doctrina, el reclutamiento político de sus miembros sólo define eso y no la naturaleza del órgano, que está definida por su función, aunque por propia decisión del Consejo, el 6 de noviembre de 1962, se autodefinió como un órgano regulador de la actividad de los poderes públicos, definición de color más política que jurisdiccional.

Al respecto, CAPPELLETTI rechaza la tesis jurisdiccional, centrándose principalmente en las características de la función preventiva del control¹⁹, pero no por ello debemos con-

¹⁸ Para una defensa de la tesis jurisdiccional puede verse MARTÍN-RE-TORTILLO, *Consideraciones sobre los tribunales constitucionales (El supuesto del Consejo Constitucional francés)*, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 15, p. 562. La tesis política es sostenida, entre otros, por ABRAHAM, *The judicial process*, p. 263.

¹⁹ CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 7 y 8.

siderar que el Consejo francés es un órgano político como tenedor formal del poder, y si bien, conforme a la designación de sus miembros, hay una estrecha relación con los órganos políticos, no por esta razón el Consejo participa de la naturaleza política de aquéllos, dado que eso también podría autorizar a considerar órgano político a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, por la intervención de los órganos políticos en la designación de sus miembros.

Si bien es cierto que no podemos encuadrarlo en los típicos órganos políticos de control de constitucionalidad seguidos por los modelos socialistas y comunistas anteriores a la caída del muro de Berlín –que hasta 1989 lo centaban, en términos generales, en lo que pudiera determinar el poder legislativo–, no deben desconocerse las enormes distancias que median con aquellos sistemas de control jurisdiccional.

Por consiguiente, y en definitiva, parecería que el modelo francés diseñado por la Constitución de 1958 es un modelo intermedio entre los modelos jurisdiccionales y los políticos, con mayor inclinación, conforme a su diseño, por las características de estos últimos.

Ahora bien, como señala VOLPI, la evolución de las últimas décadas situó al Consejo francés en su preocupación por garantizar una cierta protección de derechos y libertades y por equilibrar los conceptos de mayorías y minorías, a partir de un control de constitucionalidad de las leyes orientada en dichas direcciones²⁰.

En este contexto, resulta de gran relevancia la resolución del 16 de julio de 1971, donde el Consejo se erigió, a partir de ese momento, no como defensor de las prerrogativas del Ejecutivo contra el parlamento, sino en guardián de las libertades constitucionales frente a la coalición gubernamental y su mayoría parlamentaria.

En este estado se produjo la reforma a la ley orgánica 74-1101, de 1974, que posibilita que sesenta diputados o sesenta senadores puedan recurrir una ley ante el consejo

²⁰ VOLPI, *Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese*, en "L'influenza dei valori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei", t. II, p. 1362.

constitucional, con anterioridad a su promulgación por el presidente.

b) *LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2008*. El 23 de julio de 2008 se sancionó la ley constitucional 724, que modificó de manera trascendente la constitución francesa de 1958.

En lo que respecta al Consejo Constitucional, actualmente integrado por ex presidentes de la Nación (miembros de derecho) y por nueve miembros (miembros designados), de los cuales tres son elegidos por el presidente del Senado, tres por el presidente de la Asamblea y tres por el presidente de la República, y que duran nueve años en su mandato, sin posibilidad de reelección, se produjeron importantes cambios.

Por una parte, se atenuaron las amplias facultades del presidente de la República y de los presidentes de las cámaras en la designación de los integrantes; por otra, se amplió la función preventiva en el control de constitucionalidad hacia la posibilidad que el Consejo Constitucional intervenga a efectos de controlar la constitucionalidad de una norma, cuando en el trámite de un proceso judicial se la cuestiona.

En este caso, el Consejo de Estado o la Cámara de Casación pueden enviar al Consejo Constitucional la cuestión para su tratamiento.

De esta manera, el sistema se asemeja al español, al combinar el control preventivo y el posterior²¹.

El sistema francés se acerca, de esta manera, al modelo continental que rige en la mayoría de los países de Europa por inspiración original de KELSEN, y que revisaremos en el párrafo siguiente.

c) *MAPA CONCEPTUAL DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO*. A partir del desarrollo realizado en los puntos precedentes, sintetizamos –para una comprensión pedagógica del lector– las características del modelo francés en este mapa conceptual.

²¹ MANILI, *La reciente reforma de la Constitución Francesa*, LL, 2008-E-1006.

MODELO POLÍTICO O FRANCÉS

- Órgano especial (Consejo Constitucional). Integración: presidentes de la República y nueve miembros que duran nueve años. El presidente del Consejo es designado por el presidente de la República.
- a) Concentrado político; b) distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, y c) juez de las elecciones.
- Inicialmente control sólo preventivo. A partir de 2008, también a posteriori.
- Inicialmente sólo legitimados presidente de la República, primer ministro y presidentes de las Cámaras.
- Inicialmente sólo legitimados presidente de la República, primer ministro y presidentes de las Cámaras. A partir de 1974, sesenta senadores o diputados de las minorías. A partir de 2008, Consejo de Estado y Cámara de Casación, ante una cuestión prioritaria o prejudicial de inconstitucionalidad. Se abre, así, la legitimidad indirecta de los particulares.
- Procedimiento inicialmente contradictorio y secreto. A partir del año 2010, contradictorio y público.

§ 20. *EL MODELO KELSENIANO O EUROPEO-CONTINENTAL.* – En la Constitución checoslovaca del 29 de febrero de 1920 se introdujo el que será denominado “sistema europeo o continental de control de constitucionalidad”, adelantándose, por tanto, a Austria, que promulgó su Constitución en octubre de 1920.

a) *CHECOSLOVAQUIA. PRIMER EJEMPLO DEL “MODELO EUROPEO”.* Al respecto, CRUZ VILLALÓN dice que Checoslovaquia no fue sólo el primer Estado que lo introdujo en su ordenamiento, sino que además lo hizo con el más puro de los modelos, el de un tribunal ad hoc que conoce de manera exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes²².

²² Ver, en general, CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*.

El modelo tiene caracteres tan cartesianos que el primero de los preceptos que configuran el ordenamiento constitucional está dedicado a la proclamación del principio de primacía de la constitución, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opongan a aquélla; el segundo atribuye la garantía de este principio a un Tribunal Constitucional y el tercero aborda la composición de éste.

Sin embargo, la doctrina austríaca ha tratado de restarle importancia a la Constitución checoslovaca en la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. Las razones se sustentan en la capacidad de perfeccionamiento del sistema austríaco, por contraposición al checoslovaco, así como en la labor de teorización y divulgación de KELSEN²³.

El Tribunal Constitucional checoslovaco no llegó a ejercer el control de constitucionalidad bajo la I República y, por lo tanto, no creó ninguna jurisprudencia durante su existencia (dieciocho años); además, la teoría kelseniana inspiró leyes provisionales de Austria anteriores a la Constitución checoslovaca. Por eso, aun cuando ésta sea en unos meses anterior a la austríaca, el sistema se llama, fundadamente, "austríaco".

b) *LA CONSTITUCIÓN AUSTRÍACA DE 1920*. En Austria el origen del control de constitucionalidad no es la supremacía de la Constitución, sino la solución de los conflictos competenciales entre la federación y los Estados (*Länder*). Inicialmente se perseguía no tanto garantizar la supremacía de la Constitución como la prevalencia del derecho federal.

El Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1920, tenía la potestad de controlar las leyes de la federación y de los *Länder* sólo cuando eran impugnadas por los gobiernos de uno u otro nivel y de oficio, pero no existía ni el recurso directo de una minoría parlamentaria y ni siquiera la cuestión de inconstitucionalidad. Habría que esperar a la reforma de 1929 para que se introdujera la cuestión de inconstitucionalidad²⁴.

²³ BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, p. 62 a 64.

²⁴ AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. XIV.

El ejemplo austríaco es particularmente relevante, porque en él se concentró el gran debate constitucional sobre la protección de la constitución, surgido como consecuencia de la aparición de las primeras constituciones verdaderamente democráticas (la Constitución de Weimar, de 1919, y la austríaca de 1920).

Al reconocerse el sufragio universal, se introdujo un cambio fundamental en el Estado liberal. En el parlamento, junto a los partidos liberales y conservadores, aparecerán los partidos socialistas, con lo que dejará de existir la homogeneidad anterior, dando paso a fuerzas sociales y políticas antagónicas.

Esta nueva situación va a hacer surgir el temor de que, al alcanzar la mayoría alguno de estos nuevos partidos, puedan cambiar las reglas fundamentales del Estado. Es así como surgió la necesidad de que las constituciones fueran rígidas, es decir, de que no pudieran ser modificadas por las leyes ordinarias, sino sólo mediante procedimientos agravados. Desde esta perspectiva, la rigidez constitucional se presentaba como presupuesto teórico indispensable del control de constitucionalidad de las leyes. Surgió, así, el debate constitucional en la cultura jurídica germánica.

En la Constitución austríaca del 1º de octubre de 1920, KELSEN va a introducir un sistema de “jurisdicción concentrado” de constitucionalidad de las leyes, frente al de “control difuso” estadounidense, iniciándose, así, la formación del que con posterioridad va a ser conocido como el “sistema europeo, continental o kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes”.

Siguiendo a BRAGE CAMAZANO, el sistema austríaco²⁵ presenta diferentes momentos.

1) La ley austríaca de 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios participó KELSEN, la que por primera vez crea un tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional.

2) La ley constitucional de representación nacional, del 14 de marzo de 1919, donde se introdujo el primer control normativo que existió en Austria, siendo el punto de parti-

²⁵ BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, p. 62 a 64.

da del modelo de jurisdicción constitucional especializada que se plasmará en el art. 140 de la Constitución austríaca de 1920.

3) La consagración de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal; un Tribunal Constitucional que controla, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes. Dicha consagración se materializó en el art. 140 de la Constitución austríaca de 1920.

Dicho control autónomo –como hemos hecho referencia– se establece como consecuencia de los conflictos competenciales entre la federación y los *Länder*, y a partir de una modificación propuesta por KELSEN se equiparan en rango las leyes de ésta y de aquéllos, trayendo como consecuencia un control de constitucionalidad de ambas.

Pero además se incorpora el control de oficio, por parte del Tribunal Constitucional, de las leyes que le sirvan de presupuesto de las sentencias que dicte, con lo cual –dada la amplitud de la jurisdicción del Tribunal Constitucional–, desde un primer momento, el que garantice la supremacía de la Constitución.

El sistema concentrado de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución austríaca de 1920 sufrió modificaciones debido a dos reformas importantes en 1925 y 1930.

La reforma de 1925 es de carácter predominantemente técnico. Prevé una “consulta previa de competencia”, tanto por parte de la federación como de los *Länder*, ante el Tribunal Constitucional, acerca de la titularidad de una competencia determinada.

Por su parte, la reforma constitucional de 1929, en relación con el control de constitucionalidad, es tanto de carácter técnico como de carácter político. En el primer caso, se introdujo de manera restringida lo que se llamará “control concreto”, propuesto por KELSEN.

La modificación de carácter político se presentó con el propósito de disminuir el ascendente de los partidos políticos en la composición del tribunal. El nuevo art. 147 constitucionalizó el número de los magistrados y suplentes, y debilitó decididamente la intervención de las cámaras en el

nombramiento de aquéllos, reforzando con la misma intensidad la intervención del gobierno federal. Es evidente que con esta modificación lo único que se obtuvo es el desequilibrio del Tribunal Constitucional, a favor del partido gobernante. Otro elemento que contribuyó a debilitar la independencia de los miembros del tribunal fue la sustitución de su carácter vitalicio por el principio general de jubilación de los miembros del Poder Judicial, con la llegada de la edad reglamentaria.

La ley de transición que acompañó la reforma dispuso el cese de todos los miembros del tribunal con fecha de 15 de febrero de 1930. De este modo se ocasionó una ruptura en su composición.

c) *KELSEN Y LA TEORÍA DEL LEGISLADOR NEGATIVO*. El creador intelectual del método concentrado de justicia constitucional, además de ser su más importante teórico, fue KELSEN²⁶.

En 1928, en la aportación más importante de dicho jurista a la teoría de los tribunales constitucionales, plantea un modelo innovador de justicia constitucional, permeable a la experiencia austríaca de la Constitución de 1920, que introdujo –por su influencia– el Tribunal Constitucional, del cual formó parte como miembro durante varios años²⁷. En dicho trabajo señalaba que, para poder resolver la cuestión de la garantía de la constitución se requiere tener una noción clara de ésta, que sólo la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico es capaz de proporcionar²⁸.

²⁶ Ver, en general, GIANFORMAGGIO, *Estudios sobre Kelsen*.

²⁷ KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", n° 10, p. 3 a 46.

²⁸ Al respecto, debe recordarse que, para KELSEN, el orden jurídico –especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado– no es un sistema de normas coordinadas entre sí, las cuales se hallan unas al lado de otras, en un mismo nivel, sino que, por el contrario, se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas (conocida popularmente como "pirámide normativa"), cuya unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo, se encuentra determinada por otra de grado superior, la que, a su vez, es determinada por otra todavía más alta. La unidad del sistema la constituye la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Y es que, para

Así, resalta la naturaleza diferente de la constitución respecto de las demás normas, a la que define como “el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate. Lo que se entiende ante todo y siempre por constitución –y la noción coincide bajo este prisma con la de forma de Estado– es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración; es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas... Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma en que estos órganos deben proceder, es decir, en suma, la base fundamental del ordenamiento estatal”.

De esta noción de constitución como base del ordenamiento jurídico surge la idea de asegurarla, diferenciándola de las leyes y sometiendo su revisión a un procedimiento especial.

Las constituciones modernas no se limitan solamente a establecer reglas procedimentales, sino que también contienen un catálogo de derechos y libertades individuales; “una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración (inconstitucionalidad formal), bien por razón de su contenido contrario a los principios o directivas formulados en la constitución... (inconstitucionalidad material)”.

Así, KELSEN entiende que, “puesto que las disposiciones constitucionales referentes al procedimiento y al contenido de las leyes no pueden precisarse más que por medio de las leyes, las garantías de la constitución no son más que medios contra las leyes inconstitucionales... es posible que la constitución se concrete por medio de formas jurídicas dis-

KELSEN, tanto la Constitución, como la ley, el reglamento, la sentencia y el acto administrativo son normas jurídicas –las tres primeras generales y las dos últimas individuales–; de ahí que afirme que el derecho no cesa de concretarse en el camino que él mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material (*Teoría pura del derecho*).

tintas de las leyes, en particular por medio de reglamentos o incluso por medio de actos jurídicos individuales, por lo que hay no solamente normas generales –leyes o reglamentos– sino también actos individuales que están inmediatamente subordinados a la constitución y que pueden ser, por consiguiente, inmediatamente inconstitucionales”²⁹.

Por ende, KELSEN señala a la anulación del acto inconstitucional como la principal y más eficaz garantía de la constitución, la que debe encomendarse a una jurisdicción o tribunal constitucional, independiente de los demás órganos constitucionales.

El sistema introduce un cambio básico respecto del sistema estadounidense de control de constitucionalidad de las leyes, concentrando dicho control en un solo tribunal, consagrándose así un nuevo sistema (“el concentrado o europeo”) frente al “difuso o estadounidense”.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, “este cambio estructural esconde un argumento relativamente contradictorio que demuestra la dificultad de una argumentación puramente teórico-formal ante el derecho constitucional real, que es el considerar al Tribunal Constitucional como un legislador negativo y no como un verdadero tribunal”³⁰.

En efecto, KELSEN, al defenderse de la objeción que se formula a su modelo, cuando se le imputa que atenta contra el principio de separación de poderes, responderá que el Tribunal Constitucional no es un verdadero tribunal, sino un legislador negativo.

Dirá que “el órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba –por la independencia de sus miembros– la organización propia de un tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional... En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea

²⁹ KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 19, p. 3.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades*, vol. I, p. 34.

normas generales, mientras que aquélla sólo crea normas individuales... Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa.

Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo”.

Una vez que ha afirmado el carácter de legislador negativo que posee el Tribunal Constitucional, KELSEN no ve ningún problema en el hecho de que el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales sea un tribunal, dado que su independencia respecto del Legislativo y del Ejecutivo es un postulado evidente, puesto que son ellos los que participan en el procedimiento legislativo y, por tanto, son ellos los que deben ser controlados.

Respecto de la composición de los tribunales constitucionales, sostiene que el número de sus miembros debe ser acotado; que deben cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la constitución, y que el método de selección de sus integrantes debe combinar la actuación del parlamento y el gobierno.

Asimismo, es de mayor importancia conceder a los juristas de profesión una presencia adecuada en la composición de la jurisdicción constitucional y excluir a los miembros del parlamento o del gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que se tratan de controlar.

En cuanto a la competencia del tribunal constitucional, el jurista austríaco sostiene una visión amplia, al afirmar que las leyes de las que se alega inconstitucionalidad constituyen el objeto principal de la justicia constitucional, entendiendo por leyes todos los actos así denominados por los órganos legislativos y también todos los demás actos que la doctrina tradicional se inclina, por cualquier razón, a ver como simples actos administrativos, a pesar de su forma de ley. Incluye también todos los actos que pre-

tenden valer como leyes, así como los que no pretendan ser leyes, pero que debieran serlo según la constitución, y que hayan sido inconstitucionalmente revestidos de otra forma, bien votados por el parlamento como simples resoluciones no publicadas, bien publicados como simples reglamentos.

Además, señala que la competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes, sino que ha de extenderse a los reglamentos que tienen fuerza de ley, como los reglamentos de necesidad, a los tratados internacionales, a los actos concretos que la constitución regula, como los nombramientos de altos cargos, y a las formas indirectas y mixtas de inconstitucionalidad, como el control de legalidad de los reglamentos, cuando ésta deriva de la constitución.

Conforme a su concepción positivista, no postula la aplicación de reglas distintas de las normas jurídicas. El hecho de que en las constituciones se introduzcan principios con fórmulas vagas, como la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., representa un grave peligro en el ámbito de la justicia constitucional.

Dice KELSEN al respecto que “la concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político... la constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible”.

Al ingresar en el análisis de la legitimación para actuar ante el tribunal constitucional reconoce que la garantía más fuerte sería autorizar una acción popular, pero la rechaza

porque ella entrañaría un peligro excesivo de acciones temerarias y una sobrecarga para el tribunal.

Estudia, así, la posibilidad de que todas las autoridades públicas que tengan que aplicar una norma, de cuya constitucionalidad duden, estén legitimadas para acudir al tribunal constitucional, una vez que hayan suspendido el procedimiento referente al caso concreto de que conocen, para que éste se pronuncie al respecto. Legitimación que también podría reducirse a algunas autoridades superiores o supremas o sólo a los tribunales, aunque no ve razón suficiente para excluir a la Administración, puesto que sus procedimientos se acercan cada vez más a los de los tribunales.

La sentencia del tribunal, en este tipo de casos, tendrá efectos retroactivos limitados, justamente para animar a las autoridades a que presenten ese tipo de solicitudes.

En la parte final de su trabajo, y bajo el título de “La significación jurídica y política de la justicia constitucional”, KELSEN resalta la importancia de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, si se quiere afirmar jurídicamente la supremacía de la constitución. Afirma que “una constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.

Hace notar la gran importancia que la justicia constitucional tiene en la república democrática. Así, “al asegurar la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría... Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así en últi-

ma instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría”³¹.

Finalmente destaca la íntima relación que existe entre el federalismo y la justicia constitucional. Para KELSEN, es en el Estado federal donde la justicia constitucional adquiere una mayor importancia, pues mediante ella se resuelven los conflictos competenciales habidos entre la federación y los Estados miembros.

El mérito principal de la elaboración kelseniana es haber encontrado una justificación democrática al control de constitucionalidad, el cual –en el modelo de la *judicial review*– estaba ligado a lo que años más tarde se denominaría la “objección contramayoritaria”.

d) *LA POLÉMICA KELSEN-SCHMITT*. En los años treinta del siglo pasado tuvo lugar el famoso enfrentamiento entre estos eminentes juristas respecto de la protección o garantía de la Constitución. SCHMITT arremete contra las ideas kelsenianas sobre el control constitucional de las leyes por tribunales constitucionales³². A su vez, el jurista austríaco argumenta en contra de la postura de aquél³³.

La crítica de SCHMITT puede considerarse el antecedente de la objeción al legislador negativo en Europa. Sostiene que ningún tribunal de justicia puede ser el guardián de la constitución; en primer lugar, porque tal función en manos de la justicia terminaría por politizarla y, en segundo término, porque opinaba que con el control de constitucionalidad en manos de los jueces se desvirtuaría el esquema de división de poderes y se atentaría contra el principio democrático del Estado.

Como puede observarse, SCHMITT resalta el problema de legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y la conclusión a la que llega es que debe ser el jefe de Estado el que tenga la función de salvaguardar la constitu-

³¹ KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 10, p. 3.

³² Ver, en general, SCHMITT, *La defensa de la Constitución*.

³³ Ver, en general, KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

ción, apoyándose para ello en la teoría del poder neutral de CONSTANT (ver § 11, a).

Para SCHMITT, “que el presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una apelación al pueblo”³⁴.

Recordemos que, con anterioridad al enfrentamiento señalado, el propio KELSEN hizo esa crítica, al señalar que el tribunal constitucional debe actuar únicamente como legislador negativo, pero de ninguna manera convertirse, mediante una interpretación discrecional, en una especie de legislador sustituto³⁵.

Por ello, propone que se evite la discrecionalidad de los jueces constitucionales, eliminando las fórmulas vagas e imprecisas que dieran pauta a la libre interpretación del tribunal, puesto que de lo contrario la justicia constitucional tendría un poder totalmente inadmisibles.

Una vez resuelto por KELSEN el problema de la arbitrariedad de los jueces al emitir sus decisiones, no sólo no considera antidemocrático al control constitucional por parte de la justicia, sino que, por el contrario, señala que dicha institución es una condición de existencia de la república democrática.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la tesis kelseniana se impuso con gran fuerza en la mayoría de los Estados democráticos, los cuales, sin embargo, no siguen ciertos aspectos señalados por KELSEN como fundamentales, como es el hecho de que las constituciones no deben introducir declaraciones dogmáticas ambiguas.

Por el contrario, su utilización ha sido cada vez más frecuente, como consecuencia del impacto de los derechos

³⁴ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 194 y 195.

³⁵ KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 10, p. 3.

fundamentales y de la transformación del Estado liberal de derecho clásico en Estado social de derecho.

e) *MAPA CONCEPTUAL DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO.* A partir del desarrollo realizado en los puntos precedentes, sintetizamos –para una comprensión pedagógica del lector– las características del modelo kelseniano en este mapa conceptual.

MODELO KELSENIANO O CONTINENTAL EUROPEO

- Órgano especial (tribunal constitucional)
- Control represivo o a posteriori
- Control abstracto y concentrado
- Legitimación en “sujetos públicos”
- Efectos *erga omnes* y *ex nunc*

MODELO DE KELSEN PARA LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

- Número reducido de miembros
- Misión puramente jurídica
- Legislador negativo
- Reclutamiento mixto, principalmente legislativo
- Juicio abstracto de compatibilidad lógica

§ 21. *LA IDENTIDAD SOBREVENIDA.* – El fenómeno de la justicia constitucional tras la Segunda Guerra Mundial produce un impacto notable en todo el mundo, no sólo en lo que respecta a la creación de tribunales constitucionales en diversos países europeos y América Latina, sino que ha acentuado un proceso recíproco de incorporación de elementos pertenecientes a los dos modelos originales de control de constitucionalidad de normas (el kelseniano, o continental europeo, y el estadounidense, o *judicial review*), hasta el punto de llevar a decir a RUBIO LLORENTE, que hablar actual-

mente de un sistema europeo carece de sentido, porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre alguno de ellos y el estadounidense³⁶.

Conviene precisar en qué consistió ese proceso de convergencia entre los referidos modelos. De acuerdo con los postulados teóricos de KELSEN, la función del tribunal constitucional no es una función propiamente jurisdiccional, sino –de manera más adecuada– legislativa.

Así, al acentuar el carácter político de la función desempeñada por el tribunal, el jurista austríaco trataba de justificar el otorgamiento de efectos *erga omnes* a la sentencia y la exclusión de la fuerza retroactiva propia de una sentencia judicial.

Esta concepción del legislador negativo sería relativizada por el propio KELSEN, al admitir que la mayor garantía al sistema de control consistía en la previsión de una acción popular, más allá de no considerarla recomendable, como hemos visto.

La reforma a la Constitución austríaca de 1929 va a acoger una primera apertura en este sentido, introduciendo en el art. 140.1 la legitimación al Tribunal Supremo y al Tribunal de Justicia Administrativa para plantear lo que ahora se conoce como una cuestión de inconstitucionalidad, iniciando el camino de aproximación entre el control de constitucionalidad concentrado y el control difuso, que desembocó en el denominado *sistema mixto*.

Esa flexibilización se va a reforzar en Austria con la reforma de 1975, que amplió la legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a todos los órganos de la jurisdicción común, rasgo que, conectado al procedimiento –según el propio KELSEN–, constituía la mayor diferencia con el sistema estadounidense, en donde sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional, lo que significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las leyes entraña, y que no necesaria-

³⁶ RUBIO LORENTE, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en “Manuel Fraga. Homenaje académico”, vol. II, p. 1411 y 1416.

mente coincide con el interés privado de las partes interesadas³⁷.

Por otra parte, tras la Segunda Guerra Mundial, la enérgica toma de posición de los tribunales constitucionales, en el sentido de precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos fundamentales, llevaría a una concepción de la constitución muy próxima a la estadounidense, como *higher law* o ley superior.

Esas premisas de la concepción de la constitución como “ley superior”, el carácter “limitado” de los poderes constituidos, expuestas por HAMILTON en *El Federalista*, y que MARSHALL tomaría como punto central de apoyo de su célebre sentencia, al diseñar el mecanismo difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, es la base sobre la que Alemania e Italia van a erigir su sistema. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, “el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos del otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana”³⁸.

Por otro lado, si al carácter normativo de la constitución como norma se anuda el hecho de que los jueces y tribunales en Europa deben aplicar la ley que se acomode a la constitución, se advierte que ellos también desempeñan una parte considerable del control de constitucionalidad y, en esa medida, buena parte del control antes concentrado se torna difuso y concreto.

Pero el dato más significativo en el quebrantamiento de la concepción kelseniana del legislador negativo, es el papel francamente creativo que los tribunales constitucionales pasan a desempeñar cuando asumen, como intérpretes y supremos guardianes de la constitución, funciones propias de un legislador positivo, por medio de principios y técnicas sofisticadas de interpretación que han originado una tipolo-

³⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, *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*, “Parlamento y Constitución”, 2002-30.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, p. 134.

gía de sentencias llamadas “interpretativas”, un género de variantes especiales, hasta las más extremadas, llamadas “sentencias manipuladoras de diversificado alcance”, las cuales operan positivamente, modificando e innovando el ordenamiento con la introducción de normas nuevas o diferentes de las expresadas en el texto enjuiciado³⁹.

Europa sigue, desde la segunda mitad del siglo xx –en buena parte como consecuencia de un conjunto de exigencias derivadas del Estado social y democrático de derecho–, una evolución a grandes rasgos semejante, no obstante sus características propias, a la seguida por el derecho constitucional estadounidense.

También allí hay “constitución viviente” (*living Constitution*), necesitada, como en los Estados Unidos de América, de una permanente actualización por parte de la jurisprudencia constitucional; reconocimiento de que en la interpretación constitucional hay un inevitable elemento de creación de derecho (*law making*) y que el control jurisdiccional de las leyes no puede ser realizado únicamente a partir de criterios formales de hermenéutica jurídica.

Volveremos sobre este punto en los § 46 a 52, cuando analicemos los roles institucionales de las cortes supremas y de los tribunales constitucionales.

B) SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 22. **INTRODUCCIÓN.** – Conforme expusimos en el § 17, denominamos *modelos de control de constitucionalidad* a aquellos surgidos históricamente a partir de presupuestos filosóficos definidos y propios, los cuales hemos revisado en los párrafos anteriores, y *sistemas de control de constitucionalidad* a los adoptados por los distintos países en sus sistemas jurídicos internos, ya sea por disposición constitucional, infraconstitucional, o por creación pretoriana, siguiendo uno o más modelos.

³⁹ SAGÜÉS, *Las sentencias constitucionales exhortativas*, “Estudios Constitucionales”, vol. 4, n° 2, p. 189 a 202.

A partir de esta distinción, clasificaremos los sistemas latinoamericanos en “mixtos” (mezclan modelos) y “puros” (siguen un solo modelo), con la salvedad del sistema peruano al que calificaremos como “dual” o “paralelo”, siguiendo –en este sentido– la distinción de GARCÍA BELAUNDE, quien sostiene que en dicho país conviven dos modelos sin mezclarse⁴⁰.

§ 23. *EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO. ¿MODELO PURO?* – La República Argentina es un Estado federal con constitución rígida (según el art. 122, Const. nacional, las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas). Sus arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, establecen el principio de supremacía constitucional y el orden jerárquico del derecho positivo argentino.

Esta exigencia, que actúa como regla de reconocimiento del sistema jurídico argentino, enuncia que toda norma jurídica debe estar de acuerdo con la Constitución y que su violación implica un vicio o defecto.

Al igual que en los Estados Unidos de América, nuestra Constitución no prevé expresamente la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes⁴¹, como sí sucede en la mayoría de los países de Latinoamérica.

De la misma manera que en el país del Norte, el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció a una creación jurisprudencial en los recordados casos “Sojo” (1887) y “Elortondo” (1888)⁴². De todos modos, conforme al art.

⁴⁰ GARCÍA BELAUNDE, *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, n° 181-182, t. XLII, p. 63.

⁴¹ Sólo con la reforma constitucional de 1994 se lo estableció expresamente, en el marco del amparo, conforme al nuevo art. 43.

⁴² Desde su constitución (1863), la Corte Suprema ejerció el control de constitucionalidad sobre normas reglamentarias o legales. En “Sojo” no lo hace expresamente, optando por no aplicar la norma cuestionada. Pero al año siguiente, en el caso “Elortondo”, que trataba sobre la expropiación de terrenos para construir la Avenida de Mayo y donde se cuestionaba si la facultad del Poder Legislativo para declarar la utilidad pública podía cubrir un espacio mayor que el necesario para la obra pública, la Corte admitió el derecho de la actora a que se limitara el poder expropiatorio, declarando la inconstitucionalidad de la norma nacional, en cuanto excedía lo requerido estrictamente para la construcción de la avenida (*Fallos*, 33:193).

116 de la Const. nacional, por el cual el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “*todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*”, siendo ésta suprema (art. 31) puede entenderse que el Poder Judicial está obligado a inaplicar las normas contrarias a ella⁴³. Por otra parte, el art. 3° de la ley 27, de 1862, dispuso que uno de los objetos de la justicia nacional “es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Podríamos caracterizar la facultad de ejercicio del control de constitucionalidad –en el marco del sistema federal argentino– como sigue.

a) Es judicial y difuso, pues el control de constitucionalidad se deposita en cabeza de todos los miembros del Poder Judicial. Cualquier juez, de cualquier jurisdicción y competencia, posee la facultad de control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado.

b) El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tiene competencia originaria (art. 117, Const. nacional), por apelación ordinaria (art. 116)⁴⁴, y por apelación extraordinaria⁴⁵. Si bien no rige la doctrina del precedente obligatorio, la Corte Suprema ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configu-

⁴³ SAGÜÉS, *El control de constitucionalidad en la Argentina*, en SABSAY (dir.), “Constitución de la Nación Argentina”, t. 4, p. 585 a 602.

⁴⁴ La competencia ordinaria de la Corte Suprema deriva de este artículo, que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate.

⁴⁵ La competencia extraordinaria de la Corte Suprema en ejercicio del control de constitucionalidad deriva del artículo 116 de la Const. nacional, en tanto dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; del art. 31, que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo, y del art. 75, inc. 22, que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Asimismo, el art. 43, como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, dispuso que en el caso de la acción de amparo el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

rando una regla de derecho constitucional consuetudinario. A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones⁴⁶, y un deber institucional⁴⁷, pudiendo apartarse del criterio de la Corte Suprema, pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte Suprema ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes, dada la autoridad institucional de sus fallos, en su carácter de último intérprete de la Constitución nacional⁴⁸.

c) Al igual que en el modelo estadounidense, rige la noción de “causa”; es decir que los jueces sólo pueden pronunciarse dentro de los litigios que tramiten ante ellos, entre dos partes antagónicas con pretensiones encontradas.

d) También, al igual que en el modelo estadounidense, rige la noción de “legitimidad” (*standing*). El sujeto que tiene legitimación activa para provocar el control indirecto es el titular del derecho que se intenta valer. No hay acción sin interés, ni recurso sin agravio⁴⁹.

e) Es incidental o indirecto, dado que no hay, por regla, una vía directa por medio de la cual sea factible proponer una acción de inconstitucionalidad pura o directa ante la Corte Suprema de Justicia.

f) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, no cuando la cuestión ha devenido abstracta. La Corte Suprema interpretó, en principio, que en el orden federal no había acciones declarativas de inconstitucionalidad puras, cuyo efecto fuera la declaración de ineficacia de normas generales. La jurisdicción federal se ejerce sólo en casos contenciosos.

g) El control de constitucionalidad se efectúa, en principio y como regla general, a pedido de alguna de las partes de la causa (sobre el control de constitucionalidad de oficio, ver § 40 a 45).

⁴⁶ Fallos, 25:368.

⁴⁷ Fallos, 212:59.

⁴⁸ Fallos, 315:2386.

⁴⁹ HITTERS, *La jurisdicción constitucional en Argentina*, en GARCÍA BELAUNDE - FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, p. 283 a 305.

h) Es amplio en lo que se refiere a la materia susceptible de control, pues recae sobre cualquier norma o acto de jerarquía inferior a la Constitución⁵⁰.

i) Al igual que en los Estados Unidos de América, la Corte Suprema argentina ha elaborado la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales (ver § 28 a 34), que se basa en el principio de división de poderes, reconociendo facultades privativas de los poderes del Estado⁵¹.

j) Los efectos de las sentencias son *inter partes* –es decir se circunscriben al caso concreto–, careciendo de efecto *erga omnes*⁵², por lo que la norma impugnada sigue siendo válida en el firmamento jurídico, hasta que no sea derogada por la autoridad que la aprobó. Es decir que lo decidido en una causa se aplica sólo a ella, sin derogar a la norma reputada inconstitucional y sin afectar a las normas análogas⁵³ ni a normas futuras⁵⁴. Si se declara inconstitucional una parte de la ley, el resto permanece intacta⁵⁵.

k) No rige la doctrina del “precedente” o *stare decisis*, al estilo del derecho anglosajón⁵⁶.

⁵⁰ Son controlables mediante el control de constitucionalidad las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, actos administrativos, sentencias, tratados internacionales, constituciones provinciales, actividad de los particulares, e incluso la propia reforma de la Constitución federal, que emana del poder constituyente derivado.

⁵¹ Con independencia del estado actual de esta doctrina y de la mayor o menor extensión que las distintas composiciones de la Corte Suprema le han conferido, creemos que es uno de los pilares del control de constitucionalidad.

⁵² Sin perjuicio de este principio, característico del sistema, en función del modelo, la Corte Suprema de Justicia ha extendido los efectos de algunas de sus sentencias de manera plural; tal el caso en CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873 y decr. 1563/04 s/amparo”, LL, 2009-B-157, y JA, 2009-II-608, donde el alto tribunal dio nacimiento pretorianamente a las acciones de clase.

⁵³ Fallos, 253:253.

⁵⁴ Fallos, 247:325.

⁵⁵ Fallos, 214:177.

⁵⁶ Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consolidó el criterio de que los jueces inferiores deben aplicar las reglas elaboradas por el alto tribunal y que carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas sin aportar nuevos argumentos que justifiquen la posición sentada (CSJN, 4/7/04, “Cerámica San Lorenzo”, Fallos, 307:1094).

l) Por medio del *recurso extraordinario* (art. 14, ley 48; arts. 256 a 258, CPCCN) se puede arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que ejerza el control de constitucionalidad. Éste es un canal excepcional que se apoya en el art. 116 de la Const. nacional, configurando la llamada “cuestión federal o cuestión constitucional”, que puede ser *simple* o *compleja*⁵⁷, y ésta, a su vez, *directa* o *indirecta*⁵⁸.

m) La Corte Suprema tiene un alto margen de discrecionalidad en la selección de los asuntos. Prueba de ello es que la ley 23.774, que creó el instituto del *certiorari*, modificando el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que regula la admisibilidad del recurso extraordinario, le permite, según su sana discreción, y con la sola invocación de esa norma, rechazar el recurso extraordinario o la queja por denegación de extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultan insustanciales o carentes de trascendencia.

n) Otra herramienta restrictiva con que cuenta el tribunal son las precisas limitaciones de interposición del recurso extraordinario y del de queja, que impuso la Corte Suprema por la acord. 4/07, de fecha 16 de marzo de 2007, con fundamento en reiterados precedentes relacionados con la admisibilidad formal de dichos recursos.

ñ) Por otra parte, pretorianamente, la Corte Suprema creó la avocación *per saltum*, como una nueva forma de control constitucional ante la existencia de un fallo de un tribunal inferior que pueda generar gravedad institucional,

⁵⁷ La primera tiene que ver con la mera y pura interpretación de la Constitución, las leyes federales, los tratados internacionales, las reglamentaciones a las leyes federales y los actos federales de las autoridades del gobierno federal. La segunda aparece cuando existe un conflicto entre una norma o acto, sea federal o local, y la Constitución.

⁵⁸ La cuestión federal compleja directa implica un conflicto entre la Constitución federal y una ley nacional, un tratado, un acto de autoridad federal, una norma provincial, y una norma o acto de autoridad local. La cuestión federal compleja indirecta tiene en miras un conflicto entre las normas y actos federales, o entre normas y actos federales y locales que indirectamente agreden a la Constitución federal [HITTERS, *La jurisdicción constitucional en Argentina*, en GARCÍA BELAUNDE - FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, p. 298].

abocándose a su conocimiento sin que el pleito le sea llevado por vía impugnativa⁵⁹. Si bien esta doctrina se encuentra en desuso por parte de la composición actual del tribunal, siempre existe la posibilidad de que la Corte Suprema la retome, dado que –como ha dicho el alto tribunal– todo es relativo ante ella.

o) Otra vía de control de constitucionalidad es el amparo, acción de defensa constitucional que origina un proceso sumario, por medio del cual se impugna un acto lesivo que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta infringe un derecho reconocido por la Constitución. El art. 43 de la Const. nacional autoriza al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

A modo de conclusión, podemos sostener que el “sistema” argentino de control de constitucionalidad se ha edificado, al igual que su Constitución nacional, sobre el “modelo” estadounidense que influyó en el diseño de los “sistemas” de muchos países latinoamericanos, siendo la Argentina el único país que mantiene su sistema de control constitucional casi con igual pureza –al menos en los rasgos esenciales– que el modelo que le dio origen.

§ 24. *EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO Y LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL FUNCIONAMIENTO DE SU MÁXIMO TRIBUNAL.* – Como recuerda HARO⁶⁰, la preocupación predominante que inspira las diversas reformas sancionadas respecto del funcionamiento procesal del alto tribunal, tiende a racionalizar las amplias funciones que actualmente ejerce, para permitirle cumplir cabalmente con aquellas que se estiman esenciales por su raigambre como tribunal de garantías constitucionales, considerando el enorme trabajo acumulado ante el alto tribunal y el retardo consecuente en la emisión de sus decisiones.

Ante esta situación, el Congreso nacional sancionó legislativamente los institutos procesales constitucionales del

⁵⁹ CSJN, 6/9/90, “Dromi, José R. s/avocación en ‘Fontela, Moisés E. c/Estado nacional’, LL, 1990-E-97; LLC, 1990-854, y DJ, 1990-2-788.

⁶⁰ HARO, *El “per saltum” en la justicia federal argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar.

writ of certiorari y el *per saltum*, y la Corte Suprema mediante acordada reglamentó los requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por denegación del recurso extraordinario federal.

a) *EL "WRIT OF CERTIORARI"*. La ley 23.774, además de ampliar de cinco a nueve los miembros de la Corte Suprema (hoy nuevamente reducida a cinco por ley 26.183) introdujo el *certiorari*, reformando los arts. 280 y 285 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación. En la oportunidad de su sanción creó numerosas incógnitas y causó preocupación fundada sobre el futuro ejercicio del instituto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este alerta, que desde el primer momento señalamos⁶¹, sigue vigente y ha despertado a lo largo del tiempo numerosas críticas de la doctrina, en torno a la forma en que el alto tribunal ha utilizado el llamado "*certiorari* argentino o local".

1) *Antecedentes del "certiorari"*. Esta institución tiene su origen inmediato en el sistema legislativo judicial de los Estados Unidos, donde en la década de los años 20 del siglo pasado la profusa concentración de causas obligó a encontrar remedio a la peligrosa acumulación de casos que enfrentaba la Corte Federal estadounidense.

A fin de evitar los referidos problemas, con la ley judicial de 1891 (ley Evarts) el Congreso otorgó por primera vez a la Corte la autoridad para aceptar o rechazar algunas de las apelaciones de manera discrecional. Mediante esa norma se "autorizó el uso de la orden de *certiorari* (o *cert*, del latín "ser informado"). Sin embargo, tal dispositivo procesal fue desbordado, lo que motivó que por medio de la ley judicial de 1925 (Judges' Bill) el Congreso ampliara la jurisdicción de *certiorari* o revisión de la Corte, dándole mucho más poder al alto tribunal para controlar el volumen de sus actividades, al concederle poderes discrecionales para revisar o no sentencias provenientes de los tribunales inferiores, fueran estos estatales o cortes federales de circuito⁶².

⁶¹ Cfr. SALVADORES DE ARZUAGA - AMAYA, *El certiorari y su aplicación práctica*, JA, 1991-III-785.

⁶² SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. II, p. 733.

Actualmente, el *certiorari* funciona en el sistema estadounidense como una orden que el tribunal superior emite al inferior para que le remita a pedido de parte un expediente en revisión, a efectos de constatar si en el procedimiento o en la sentencia se ha cometido alguna violación de derecho, y mande subsanarla. La particular característica de este recurso es que le confiere al tribunal revisor completa discrecionalidad para librar el mandamiento y examinar eventualmente la sentencia dictada, pudiendo revocarla, modificarla o confirmarla⁶³.

Es de la mayor importancia tener presente de inicio el criterio altamente restrictivo que aplica la Corte estadounidense en la concesión de este recurso, que en la mayoría de los casos, aun tratándose de cuestiones de suma importancia, conduce a su rechazo. Lo dicho obliga a las partes a evaluar concienzudamente la trascendencia de la cuestión de fondo o forma antes de apelar a él, ya que la importancia del asunto es advertida como requisito en la regla 17 de procedimiento de la Corte, según la cual la revisión que se efectúa por intermedio del *certiorari* resulta discrecional y se concederá exclusivamente en cuestiones que conlleven gran importancia.

Así ha sido entendido y aplicado por dicho tribunal, que se ha granjeado más de una crítica por su criterio reducido en la aplicación, bastando como dato el hecho de que menos del 5% de los pedidos de *certiorari* contaron con favorable acogida.

Vaciada nuestra Constitución nacional en el modelo estadounidense, al decir de GOROSTIAGA, la tarea legislativa de conformar un sistema procesal tuvo inicio con la ley 27 (1862), complementada con las leyes 48, 49 y 50 (1863), por las cuales se organizó la competencia de la Corte Suprema y de los juzgados nacionales (ley 48), así como las reglas de procedimiento para actuar ante ellos (ley 50)⁶⁴.

⁶³ RABASA, *El derecho angloamericano*, p. 478, citado por BIANCHI, *El writ of certiorari en nuestra Corte Suprema*, ED, 125-857.

⁶⁴ La ley 49 constituyó una suerte de código penal federal por el cual se tipificaron los delitos contra la Nación, posteriormente absorbidos por el Código Penal de 1921 (ley 11.179).

Nuestro legislador de 1863 adoptó en forma casi literal las materias en que nuestra Corte Suprema ejercería su jurisdicción, pero no los remedios procesales a través de los cuales lo haría. Así, sea por las históricas diferencias de remedios procesales que preexistieran a la organización constitucional de la Argentina y los Estados Unidos de América, sea por las distintas interpretaciones que sus respectivas Cortes Supremas hicieran de sus propias atribuciones, resulta entendible que (pese a la semejanza de ambos textos constitucionales) su evolución culminase desembocando en sistemas distintos⁶⁵.

2) *El objetivo de la institución.* Como vimos, el *writ of certiorari* consiste en un mandamiento u orden (*writ*) emitido por una corte o tribunal de alzada a su jerárquico inferior, ordenándole a este último certificar lo actuado y remitirle el expediente, a fin de que el tribunal que lo libra pueda inspeccionar el procedimiento seguido y determinar si existen o no irregularidades en él. El *writ of certiorari* estadounidense, tiene un amplísimo alcance que lo hace admisible en todas las etapas e instancias de cualquier clase de juicios, de modo tal que su admisión no sólo es atribución de la Corte Suprema de Justicia, sino también de las Cámaras Federales de Apelación (Courts of Appeals) y de los tribunales estatales⁶⁶.

La revisión por *writ of certiorari* no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial, y es admitida sólo cuando existen especiales e importantes razones para ello⁶⁷.

Al igual que en los Estados Unidos de América, en nuestro país la institución nació por necesidad fáctica. La

⁶⁵ EGÜES, *El certiorari argentino*, LL, 1993-C-661.

⁶⁶ Ver, en general, BARRANCOS Y VEDIA, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, p. 134, y en particular EGÜES, *El certiorari argentino*, LL, 1993-C-661. El *writ of certiorari* también es utilizado a modo de una "consulta", por la cual los tribunales inferiores pueden requerir a la Suprema Corte, su opinión previa sobre las cuestiones de hecho o derecho del caso que deben resolver.

⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia se encuentra legislativamente facultada a su discrecional admisión o no, si al menos cuatro de sus nueve jueces votan por oír el caso conforme establece la actual regla 17 de la Suprema Corte.

cantidad elevadísima de los recursos a consideración de la Corte Suprema produjo la introducción de un recaudo, que podríamos llamar complementario del recurso extraordinario, por el cual se incorporaron nuevos recaudos de admisibilidad en el art. 14 de la ley 48, como es la falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia, facultándose a la Corte para que, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, pueda rechazar el recurso extraordinario o la queja, según el caso.

No caben dudas, entonces, de que el objetivo del *certiorari* en nuestro sistema procesal constitucional es el de descongestionar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la fórmula que consagra el art. 280 del Código ritual, sin que ello pueda constituir un medio injusto para rechazar las causas que llegan a la jurisdicción de la Corte.

De lo expuesto se infiere que el *certiorari* obliga de manera grave al uso de la prudencia en la apreciación de los litigios, para no incurrir en tratamiento discriminatorio o negación de justicia. De allí que la discrecionalidad del alto tribunal de la Nación debe ponderar acabadamente los elementos de juicio que se encuentren en el debate procesal. No por la fórmula objetable del art. 280 citado, sino también por la latitud de las expresiones “agravio federal suficiente”, “cuestión sustancial” o “carencia de trascendencia”.

3) *Algunas cuestiones sobre el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* Desde el inicio de la institución⁶⁸, hemos manifestado nuestros serios reparos a la utilización de la sola invocación del art. 280 para declarar inadmisibile el recurso extraordinario o su queja. Reparos estos que se han confirmado a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, y que la doctrina más calificada también ha advertido.

Sobre el alcance de las expresiones del art. 280, interpretaba MORELLO que importa esclarecer una posible interpretación, a su juicio equívoca, y que haría decir más a la nueva

⁶⁸ Cfr. SALVADORES DE ARZUAGA - AMAYA, *El certiorari y su aplicación práctica*, JA, 1991-III-785.

norma de lo que resulta de su propia textura y la que se refuerza concordando el art. 280 con el 285 del mismo cuerpo legal, redacción según ley 23.774.

Podría, en efecto, sostenerse que cuando el primero de esos dispositivos prescribe que la Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, el tribunal queda liberado de especificar por cuáles de los motivos legales (en razón de falta de agravio federal suficiente, o porque la cuestión planteada resulta insustancial o, finalmente, por carencia de trascendencia) sobreviene el rechazo del recurso extraordinario. O sea, que es bastante la simple mención de esa norma legal, sin discriminar a cuáles de estos motivos descalificatorios responde el rechazo.

Sin embargo no es así, porque sería un vuelo a ciegas, proclive a los abusos de jurisdicción. Cada una de esas causales o motivos deben estar individualizados con referencia expresa a la resolución de admisibilidad (art. 34, Cód. Proc. Civil y Comercial). No dará los fundamentos porque la ley la exime, y en ello consiste la esencia y novedad del modelo de hermenéutica que implanta la ley 23.774, pero no está en franquía para dejar cada supuesto a suerte. Cada caso en particular ha de ser mencionado explícitamente⁶⁹.

Compartimos sin ninguna reserva que esta interpretación es la ajustada a derecho, pero la realidad nos ha demostrado que la Corte ha preferido la mera mención del art. 280 para rechazar los recursos, quedando en la profunda conciencia de los integrantes del tribunal la causa o motivo de su inadmisibilidad.

También es preocupante el alcance de las expresiones genéricas que autorizan el rechazo, ya que no es nada fácil sistematizarlas para tener un concepto común o afín. BIDART CAMPOS, al referirse a la cuestión federal (utilizando la terminología de la Corte como “bastante o no bastante”), dice que “esto de bastar y no bastar sugiere que la intensidad de la cuestión constitucional resulta para la Corte susceptible de medición o cuantificación. Lo difícil es calibrar su

⁶⁹ MORELLO, *La nueva etapa del recurso extraordinario: el certiorari (ley 23.774)*, p. 19, y *Esquema del certiorari en la ley 23.774*, JA, 1990-III-727.

peso, o trazar la frontera que separa a la que es suficiente de la que no alcanza a cruzar la divisoria limítrofe”⁷⁰.

En igual sentido VANOSI, estima que “el criterio de determinación de la cuestión federal tiene que ser eminentemente cualitativo; es por la sustancia, es por la índole de la cuestión, es la materia que está recurriendo, la materia en la cual se fundó la decisión, la materia por la cual en definitiva se trata de obtener un reexamen, una revisión para que con otro criterio se resuelva el caso. Esa materia es la que determina la índole federal de la cuestión. Si no entraríamos en la necesidad de contar con un ‘federómetro’, es decir, un aparatito que nos permita medir el tamaño de la cuestión federal”⁷¹.

Posiblemente puedan calificarse de abundantes las citas, pero es la única manera de entender el peligro que siempre hemos destacado en la redacción del art. 280 del Código ritual, que, como anticipamos en su oportunidad, precipitó una descalificación generalizada e hizo perder presencia al control de constitucionalidad. Como ha sostenido con gran acierto VANOSI: “Una cosa que hay que repetir con frecuencia: el valor de la seguridad jurídica que la Corte considera que tiene estricta raíz constitucional (especialmente en el art. 19); ese valor que se traduce fundamentalmente en la certidumbre del derecho aplicable, tiene que alcanzar no sólo al derecho sustancial sino también al derecho adjetivo, es decir, al derecho formal o procedimental”⁷².

Por último, cabe también formular una reflexión que hace a la función judicial y se dirige a la cuestión de si los jueces pueden ser discrecionales. Mucho se ha escrito sobre la discrecionalidad de algunas funciones de los poderes que integran el gobierno republicano, reconociendo nuestra

⁷⁰ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental*, t. II, p. 470. SAGÜÉS sostiene que determinar cuándo una cuestión federal es bastante o suficiente no es tarea simple, dado que el índice de discrecionalidad en el quehacer es lo bastante elevado como para no permitir descubrir pautas claras y fijas (*Recurso extraordinario*, p. 471).

⁷¹ VANOSI, *Recurso extraordinario federal*, p. 137 y siguientes.

⁷² VANOSI, *Recurso extraordinario federal*, p. 139.

doctrina judicial tal discrecionalidad en los poderes políticos, por medio de las denominadas cuestiones no judiciales que, no está demás mencionarlo, se han ido angostando a lo largo de la evolución institucional. Pero de lo que aquí se trata es del alcance de esta facultad dentro del ámbito del Poder Judicial, específicamente dentro del marco de nuestro más alto tribunal.

Sin duda el ejercicio de la discrecionalidad judicial tiene cabida en la realidad fáctica del sistema y obedece, entre otras causas, al hecho de que los tribunales, además de aplicar las leyes, resultan muchas veces fuente creadora y revitalizadora del derecho⁷³.

La discrecionalidad implica la privación del elemento subjetivo por sobre el objetivo, y muchas veces no requiere explicación o aclaración alguna, manteniéndose las causas de la decisión en la conciencia del que la aplica.

Ahora bien, ¿resulta conveniente que nuestro más alto tribunal, al apelar a la discrecionalidad, fundamente el motivo de su decisión, es decir, determine para el caso en análisis si el rechazo obedece a falta de agravio federal suficiente, cuestión insustancial o carencia de trascendencia? Votamos por la afirmativa, ya que hace a la esencia de la función judicial la fundamentación de sus pronunciamientos, pues es una obligación del poder público nacida como conquista del Estado de derecho que obra como garantía contra la arbitrariedad.

Existe sobre esta cuestión una ecuación básica de la ciencia política que indica que cuanto más poder más control, por lo que a mayor discrecionalidad mayor obligación de fundar.

Así, el uso del *certiorari* genera incertidumbre al justiciable sobre los motivos que llevan al rechazo de su recurso que, al no estar expresados en la sentencia, le impiden verificar la existencia o no de un error en su dictado, deterio-

⁷³ Basta recordar *leading case* "Siri" fallado por la CSJN en 1957 (*JA*, 1958-11-478), a través del cual afloró la acción de amparo, para advertir lo necesario que resulta la aplicación prudente de las facultades discrecionales en el ejercicio de la función jurisdiccional (recordemos que Siri había planteado su demanda como un hábeas corpus, que sólo tutela la libertad física o ambulatoria, de allí su improcedencia formal).

rándose así la necesaria confianza en la administración de justicia y sus sentencias. Sentencias que, en el ámbito de la Corte Suprema y en los últimos años, no sólo acreditan una gran diversidad de criterios entre sus ministros, sino que, en cuanto disponen rechazar el acceso a su jurisdicción a través del *certiorari*, no se publican.

b) *EL “PER SALTUM”*. A continuación veremos las características y antecedentes de este instituto.

1) *Concepto, antecedentes y derecho comparado*. BIDART CAMPOS afirma que la locución *per saltum* alude a un salto en las instancias procesales y se aplica a la hipótesis en que la Corte Suprema conoce de una causa judicial radcada ante tribunales inferiores, saltando una o más instancias. Se deja de recorrer una o más de ellas, y por salto desde una instancia inferior la causa entra a la competencia de la Corte, omitiéndose una o más de las intermedias⁷⁴.

Este salto de instancias recibe diversos nombres: *certiorari before judgment* en el derecho estadounidense; *Sprungrevision* en el derecho alemán; *revisio per saltum* en el derecho italiano.

Entre los antecedentes históricos se recuerda que en la Edad Media el Papa podía conocer, en el marco del derecho canónico, directamente de asuntos conflictivos que hubieran conocido otros integrantes de la jerarquía eclesiástica.

Esta apelación *omisso medio* representaba propiamente el ejercicio discrecional de una facultad papal⁷⁵. También encontramos antecedentes del instituto en el período de las monarquías absolutas en Europa, durante los siglos xv a

⁷⁴ BIDART CAMPOS, *El per saltum*, ED, 138-598. CREO BAY, *Recurso extraordinario por salto de instancia*, p. 15.

⁷⁵ Cfr. GAZZANIGA, *L'appel omisso medio au pape et l'autorité pontificale au Moyen Age*, “Revue Historique du Droit Français et Etranger”, vol. 60, n° 3, 1982, p. 395 a 414; cfr. COX, *The Influence of the Common Law on the Decline of the Ecclesiastical Courts of the Church of England*, “Rutgers Journal of Law Religion”, vol. 3, n° 1, 2001, citado por BÁEZ SILVA - CIENFUEGOS SALGADO, *El persaltum en el derecho procesal electoral federal*, “Boletín Mejiicano de Derecho Comparado”, n° 126, sep.-dic. 2009.

XVIII, donde todos los poderes se encontraban concentrados exclusivamente en el monarca. El rey era el titular del Poder Judicial, pero normalmente delegaba su ejercicio en funcionarios que le prestaban servicios a la corona, quienes por esa razón ejercían una competencia delegada, lo que facultaba al monarca para avocarse en toda causa cuando lo creyera conveniente. Éstos son antecedentes de la facultad que, en el derecho administrativo, tiene el superior jerárquico para conocer por *avocación* cuestiones planteadas ante un inferior.

En el campo propiamente del derecho procesal, este salto de instancia está directamente relacionado con el recurso de casación; al respecto, cabe recordar que la casación surge como un mecanismo para verificar que los jueces, al dictar sus sentencias, aplicaran la ley exactamente en el sentido en que lo habría querido el legislador⁷⁶. A través de la casación se ejercía una función política (evitar la invasión de las cortes y de los jueces en el campo legislativo) y, con el tiempo, se ejerció también una función normativa: dar uniformidad a la interpretación de la ley.

Tradicionalmente, se recurría a la casación cuando una de las partes del proceso consideraba que la sentencia dictada en la última instancia adolecía de algún vicio, por inexacta aplicación de la ley, o bien porque se sostenía que durante el proceso se habían cometido violaciones a las normas procesales. En la casación no se planteaban, ni se podían revisar de manera ordinaria, cuestiones relacionadas con los hechos del caso; el problema planteado a la corte de casación era de índole estrictamente normativa, y por lo regular relacionado con el sentido que se había dado o que se debía dar a un texto legal⁷⁷.

Cuando la cuestión planteada en el litigio era de “derecho” y no de “hecho”, la apelación *per saltum* se consideraba útil para acelerar el dictado de una resolución definitiva. Con el consentimiento de la parte contraria, la

⁷⁶ Cfr. CALAMANDREI, *La casación civil*, vol. 2, p. 11 a 49.

⁷⁷ BÁEZ SILVA - CIENFUEGOS SALGADO, *El persaltum en el derecho procesal electoral federal*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, n° 126, sep.-dic. 2009.

sentencia pronunciada en primera instancia puede ser llevada directamente en casación sin pasar por el tribunal de apelación.

En la casación alemana, el *per saltum* también podía operar a petición del ministro de Justicia cuando éste considerara de “interés general el examen de determinado negocio por el Tribunal Supremo”. Ello no era posible cuando la parte interponía la apelación antes que fuera solicitado el *per saltum* y, de igual manera, la casación *per saltum* solicitada por el ministro de Justicia excluía la apelación⁷⁸.

Actualmente, la *Sprungrevision* o casación con salto de instancia tiene por objeto que el Supremo Tribunal Federal conozca cuestiones jurídicas de interés general, el perfeccionamiento de la ley o asegurar la uniformidad de la jurisprudencia. Para la operación de la *Sprungrevision* se sigue requiriendo la solicitud de la parte que se considere agraviada tras el dictado de una sentencia de primera instancia, aunada al consentimiento de la parte contraria; tanto la petición como el consentimiento valen como renunciaciones a la apelación⁷⁹.

En el derecho procesal italiano también se puede encontrar esta autorización con que las partes cuentan para renunciar a su derecho de interponer el recurso de apelación en contra de una sentencia dictada en primera instancia. En el art. 360, párr. 1º, del Codice di Procedura Civile se prescriben las hipótesis de procedencia del recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia dictada en instancia de apelación o en única instancia; en el segundo párrafo de dicho artículo se precisa que *además* una sentencia apelable del tribunal puede ser impugnada mediante recurso de casación, *si las partes están de acuerdo en omitir la apelación*; en tal caso, la interposición del

⁷⁸ GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 524.

⁷⁹ Cfr. el “estudio introductorio” del *Código Procesal Civil alemán*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., p. 131. En el mismo sentido, cfr. RÜHL, *Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure Part II/II*, “German Law Journal”, vol. 6, n° 6-1, jun. 2005, citados por BAEZ SILVA - CIENFUEGOS SALGADO, *El persaltum en el derecho procesal electoral federal*, “Boletín Mejicano de Derecho Comparado”, n° 126, sep.-dic. 2009.

recurso de casación *per saltum* sólo podrá proponerse por violación o falsa aplicación de normas, ya sean de derecho, de un contrato o de un acuerdo colectivo nacional de trabajo⁸⁰.

En los Estados Unidos de América la Evarts Act, de 1891, incorporó el *by pass*, es decir, el salto de las instancias intermedias para acudir directamente a la Corte Suprema. Prescribía la citada ley que en cualquiera de los casos anteriormente enunciados que vayan a concluir en la Corte de Apelaciones de Circuito, será competente la Corte Suprema para requerir, por [*certiorari*] u otra vía, que tales casos sean certificados por la Corte Suprema para su revisión y decisión con el mismo poder y autoridad en el caso como si hubiera sido traída por apelación o [*writ of error*].

En la denominada Judges' Bill de 1925, esta figura se denominó abiertamente *certiorari before judgment* o *certiorari to bypass*⁸¹. La concesión del *certiorari* en *per saltum* o antes del juzgamiento podía proceder únicamente si se demostraba que el caso cuya avocación se solicitaba era de tal imperativa importancia pública como para justificar la alteración de las instancias normales y llevar el caso al conocimiento inmediato de la Corte Suprema. Esta prescripción es similar a la que actualmente contiene la regla 11 de las Rules of the Supreme Court of the United States, de 2007⁸².

⁸⁰ Art. 360. – *Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*. Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non e' prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullita' della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Puo' inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tale caso l'impugnazione puo' proporsi soltanto a norma del primo comma, n° 3".

⁸¹ Cfr. LINDGREN - MARSHALL, *The Supreme Court's Extraordinary Power to Grant Certiorari before Judgment Court of Appeals*, "The Supreme Court Review", vol. 1986, p. 259 a 316.

⁸² Rule 11. *Certiorari to a United States Court of Appeals Before Judgment*: A petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United

Conforme lo expuesto, es posible concluir que el salto de las instancias ordinarias sólo se presenta o es permitido en el caso de la interposición de un medio de impugnación del que acabaría conociendo como recurso extraordinario un órgano jurisdiccional terminal; dicho salto de instancia procede, por lo regular, a petición de parte en el recurso de casación (derecho europeo) o, igualmente, a petición de parte en el *certiorari* estadounidense, que conforme la vigencia de la doctrina del precedente, opera también como una casación.

En los ejemplos de legislación comparada analizados, el *per saltum* se justifica en atención a la necesidad de uniformar criterios jurisprudenciales o a la relevancia pública del caso.

2) *El nacimiento del "per saltum" en la Argentina.* El primer antecedente del instituto fue la disidencia del ministro PETRACCHI en el caso "Margarita Belén"⁸³, de 1987, en el cual se planteó un conflicto negativo de competencia⁸⁴. El voto mayoritario de la Corte resolvió simplemente la cuestión de competencia, estableciendo cuál era el tribunal que debía ocuparse de la causa. Pero el doctor PETRACCHI en su disidencia resolvió adjudicar el conocimiento de la causa a la propia Corte sin pedido de parte y sin que haya existido

States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court. See 28 USC § 2101(e).

Además del caso citado en la propia *rule 11*, han sido citados, como precedentes relevantes, los siguientes: 28 USC 2101 (e); "United States vs. Bankers Trust Co.", 294 US 240 (1935); "Railroad Retirement Board vs. Alton R. Co.", 295 US 330 (1935); "Rickert Rice Mills vs. Fontenor", 297 US 110 (1936); "Carter vs. Carter Coal Co.", 298 US 238 (1936); "Ex parte Quirin", 317 US 1 (1942); "United States vs. Mine Workers", 330 US 258 (1947); "Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer", 343 US 579 (1952), "Wilson vs. Girard", 354 US 524 (1957); "United States vs. Nixon", 418 US 683 (1974).

⁸³ Ver BIDART CAMPOS, *Una interesante disidencia en la Corte Suprema acoge la avocación por salto*, ED, 130-637.

⁸⁴ Se trata del supuesto en el cual varios jueces declinan el ejercicio de la competencia y se plantea la posibilidad de que ello signifique una privación de justicia, caso en que, por aplicación del art. 24, inc. 7 *in fine*, del decr. ley 1285/58, la Corte debe decidir qué juez es competente.

ninguna sentencia de un tribunal inferior, con fundamento en la doctrina de la gravedad institucional, la cual se venía aplicando hasta entonces y desde 1958, para obviar el cumplimiento de algunos de los requisitos del recurso extraordinario, en casos que excedían el mero interés de las partes, tales como “Jorge Antonio”⁸⁵, de 1958, y “Penjerek”⁸⁶, de 1963, pero siempre dentro del marco del recurso extraordinario y a pedido de parte.

Sin perjuicio de este antecedente peculiar y aislado, en la Argentina el *per saltum* nació pretorianamente en 1990, en su carácter de avocación, con motivo del denominado caso “Dromi”⁸⁷. Posteriormente, en otros casos, también

⁸⁵ *Fallos*, 248:189.

⁸⁶ *Fallos*, 257:132.

⁸⁷ CSJN, 6/9/90, “DROMI, José R. s/avocación en: Fontela, Moisés E. c/Estado nacional s/amparo”, *Fallos*, 1313:863. Los hechos del caso “Dromi” (referencia al apellido del Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Argentina en aquella época, Roberto J. Dromi) fueron los siguientes: en julio de 1990, varios diputados nacionales interpusieron una acción de amparo con motivo de la privatización de la compañía aérea Aerolíneas Argentinas. El juez de primera instancia solicitó el informe previsto por el art. 8° de la ley 16.986 al Ministerio de Obras y Servicios Públicos. Dicho traslado fue contestado el 12 de julio de 1990. Ese mismo día (una hora más tarde), el ministro de esa cartera presentó un escrito ante la Corte Suprema de Justicia solicitando su “avocación” a dicha causa y también ese mismo día, y con la firma de uno solo de los ministros de la Corte, se solicitó al Juzgado de primera instancia la remisión del expediente. Nótese que aún no se había dictado sentencia en la causa, con lo cual el pedido de remisión (así sea a efectos de estudiar la causa) implicó el ejercicio de la competencia originaria de la Corte. El juez, ese mismo día, antes de remitir el expediente, dictó sentencia haciendo lugar a la demanda. A las cuatro de la tarde del mismo día, el ministro Dromi volvió a presentarse ante la Corte, esta vez con un escrito titulado “Apela”. También ese mismo día, la Corte dictó una sentencia en la que suspendió los efectos de la de primera instancia y dio el visto bueno para que la privatización continuara. La sentencia sobre el fondo del asunto fue dictada el 6 de septiembre del mismo año. La mayoría se formó por dos votos distintos: uno suscripto por cuatro jueces (CAVAGNA MARTÍNEZ, BARRA, PETRACCHI y BOGGIANO), que hicieron lugar al *per saltum*, y otro por dos jueces (NAZARENO y MOLINÉ O’CONNOR) que justificaron su intervención en la supuesta existencia de un conflicto de poderes. Como vemos, la Corte intervino a pesar de la inexistencia de recurso extraordinario, con lo cual se sustrajo a las leyes que reglamentan el ejercicio de su competencia apelada, apartándose de la letra expresa del art. 117 de la Const. nacional, que establece que la Corte “ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y

se solicitó a la Corte Suprema su intervención saltando las instancias. Tal lo sucedido en los casos “Erman González”⁸⁸, “Salgado”⁸⁹, “Reiriz”⁹⁰, “Unión Obrera Metalúrgica”⁹¹, “Zulema Yoma”⁹² y “Rodríguez Jorge”⁹³.

A partir de las críticas que motivara el caso “Dromi”⁹⁴, se decidió promover una reforma legal para incorporar el

excepciones que prescriba el Congreso”. Sobre esta cuestión llama la atención la disidencia del FAYT (quien votó en disidencia, y BELLUSCIO y OYHANARTE se abstuvieron). Según BIDART CAMPOS, al ser la propia Constitución la que obliga a que la jurisdicción apelada se ejerza del modo que la ley prevea, no cabe el ejercicio de ella por fuera de lo que la ley prevé (BIDART CAMPOS, *La importante sentencia de la Corte en el per saltum por la licitación de Aerolíneas Argentinas*, ED, 139-319, en especial, p. 326). Bien podemos decir que el caso “Dromi”, significó, en alguna medida, la reglamentación jurisprudencial del instituto, ya que en el fallo la Corte fijó las siguientes pautas: *a*) el *per saltum* procede sólo por apelación (consids. 2 a 7 del fallo), lo que elimina la posibilidad de avocación e intervención del tribunal si no existe una decisión inferior sobre el fondo del asunto. Asimismo, sólo procede en el ámbito del recurso extraordinario (consid. 10); *b*) el *per saltum* es viable aun cuando no exista ley que lo reglamente, ya que, según la Corte, las cámaras de apelación fueron creadas para aligerar sus tareas, por lo que ante circunstancias excepcionales el tránsito por éstas se puede obviar, ya que de lo contrario las propias disposiciones que crearon las cámaras para el mejor desempeño de la Corte imposibilitarían la oportuna intervención de ésta; *c*) el tema implicado en la causa debe referirse a cuestiones federales, es decir debe tratarse de temas de derecho federal (consid. 5) y de competencia federal (consid. 10), por lo que descarta la apelación *per saltum* en causas que tramitan ante jurisdicción provincial; *d*) la existencia de gravedad institucional que debe ser inequívoca, extraordinaria y de manifiesta evidencia (consids. 5 y 8); *e*) urgencia en la resolución de la causa que justifique la omisión de las vías normales de acceso a la Corte (consid. 5); *f*) excepcionalidad e interpretación restringida (consids. 5 y 8); *g*) operatividad dentro del recurso extraordinario federal, es decir que solo opera en el marco del recurso extraordinario debiendo ser interpuesto ante la propia Corte.

⁸⁸ Fallos, 313:1242.

⁸⁹ Fallos, 317:1044.

⁹⁰ Fallos, 317:1690.

⁹¹ Fallos, 316: 371.

⁹² Fallos, 320:1641.

⁹³ Fallos, 320:2879.

⁹⁴ Ver entre otros, CARRIÓ - GARAY, *La jurisdicción “per saltum” de la Corte Suprema*, p. 35; LUGONES, *El reglamento sobre el recurso extraordinario. La búsqueda de un clasicismo*, JA, 2007-II-95; D’ALESSIO, *Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, JA, 2006-III-1378; ROITMAN, *Previsibilidad, estabilidad y desarrollo de la legislación eco-*

per saltum al ordenamiento procesal argentino⁹⁵; no obstante, tras pocos meses de funcionamiento, este desapareció del derecho procesal del país⁹⁶.

3) *Su regulación actual.* En el año 2013 se volvió a legislar el instituto. El art. 1º de la ley 26.790 introdujo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación los arts. 257 bis y 257, ter que reglamentaron el “Recurso extraordinario por salto de instancia”, el cual, como vimos precedentemente, había tenido varios vaivenes, tanto en su periodo de creación pretoriana, como en su corta vida legal. En términos generales, creemos que el recurso, se esté a favor o en contra de él, ha sido razonablemente reglamentado, más allá de las dudas que planteamos a continuación.

nómica y del derecho privado empresario, RDCO, 1998-255, y ABELEDO PERROT, 0021/000084; CHIAPPINI, Aspectos indeseables del certiorari, JA, 1998-II-662; MANILI, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007), p. 254 a 261.

⁹⁵ En el marco de la crisis de principios del año 2002, se dictó la ley 25.561 que introdujo el art. 195 bis en el Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, en un desesperado intento del gobierno por frenar el flujo de fondos que se estaban extrayendo de los bancos por medio de cientos de miles de acciones de amparo interpuestas en contra de la reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios. La norma establecía: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido éste, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de cinco días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida”.

⁹⁶ El 25 de abril de 2002, el Congreso sancionó la ley 25.587 (BO, 26/4/02) en la que se dispuso: “Derógase el art. 195 bis del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación” (art. 7º), y seguidamente en su art. 8º, dispone que en los supuestos de las apelaciones en virtud del derogado art. 195 bis ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta remitirá a las respectivas cámaras de apelaciones las actuaciones que estuvieren pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. Las cámaras resolverán los recursos adecuando su trámite a los artículos precedentes de esta ley.

Se trata de un recurso extraordinario de apelación y, por consiguiente, sólo procede a pedido de parte. Por la ubicación de las normas incorporadas y por su denominación, es una especie del género recurso extraordinario (conf. arts. 116 y 117, Const. nacional, y art. 14 y concs., ley 48), por lo cual, como en forma terminante se afirma los fundamentos de la ley 26.790, la Corte Suprema no podría avocarse de oficio al conocimiento de la causa, saltando la instancia previa. Asimismo, siendo el *per saltum* una especie del recurso extraordinario federal, se le aplican todos los requisitos y formalidades de la acord. 4/07.

La regulación legal marca límites negativos y positivos para su aplicación. Establece que no procederá en causas de materia penal y sólo procederá en causas de competencia federal. Conforme esta afirmación, a la exclusión de las causas de materia penal se suma la exclusión de las causas no federales, es decir, aquellas que tramitan ante los tribunales locales de las provincias y los tribunales del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El fundamento de esta exclusión se encuentra en el sistema federal de Estado establecido en el art. 1º de la Constitución, conforme reafirman y aclaran los arts. 5º; 75, inc. 12; 121, y 122, ya que las provincias han conservado la organización y funcionamiento de sus poderes judiciales, incluyendo las normas procesales aplicables. Admitir lo contrario implicaría una evidente interferencia del Gobierno central en el juego de las instancias y los procedimientos judiciales de las provincias.

Pero la referencia de la norma al derecho federal comprometido en la causa agrega otras dos exclusiones: las causas que tramitan ante los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, porque en ellas los jueces nacionales entienden en controversias regidas por el derecho común, siendo –en principio– ajenas al derecho federal, salvo que las sentencias sean arbitrarias en los términos de la doctrina de la Corte Suprema en materia de recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia.

Esta doctrina podría determinar la procedencia del *per saltum* en las causas que tramitan ante los fueros nacionales, ya que la arbitrariedad de la sentencia es considerada

como cuestión federal suficiente a los efectos del recurso extraordinario federal. Pero los argumentos se debilitan al considerar que ese recurso se funda en la configuración de un supuesto de gravedad institucional, ya que se ha entendido que existe incompatibilidad entre ambas categorías, pues la arbitrariedad requiere un agravio individual y la gravedad institucional exige que el interés afectado tenga un alcance institucional o social.

La intensidad de la gravedad institucional que se exige para saltar la segunda instancia permite argumentar que el recurso no sería procedente en los casos en los que la cuestión federal se funda en la arbitrariedad de sentencia. Pero esa afirmación no sería terminante, porque la Corte Suprema ha aplicado en forma conjunta ambas categorías para descalificar sentencias. Veremos en el futuro cómo define la Corte esta cuestión.

La segunda es la exclusión de las causas de competencia federal en razón de las personas y del lugar, porque la referencia al derecho federal comprometido remite a la competencia federal en razón de la materia, prevista en el art. 116 de la Const. nacional.

Se establece que el recurso es de alcance restringido y excepcional. El nuevo art. 257 bis establece que “la Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad”. Se trata de conocidas pautas de interpretación, que en este caso se encuentran acentuadas y que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la Corte Suprema.

Se requiere la acreditación de una notoria gravedad institucional que se define en el artículo. Según los fundamentos del proyecto, la acreditación de la existencia de la gravedad institucional es el centro del recurso. La novedad que introduce la norma es que determina que la gravedad institucional debe ser notoria, lo que implica una contradicción con la exigencia de su acreditación, porque lo notorio no es objeto de prueba.

Es requisito también que el interesado acredite que la solución de la controversia en forma definitiva y expedita es necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal conculcado a

los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Esta exigencia ya expuesta en el precedente jurisprudencial “Dromi”, no se ha hecho cargo de las críticas formuladas por la doctrina a ese fallo, en orden a la excesiva amplitud e imprecisión de los requisitos de admisibilidad.

A su vez, el nuevo art. 257 ter establece que el *per saltum* tendrá efectos suspensivos sobre la sentencia desde la fecha de la resolución mediante la cual la Corte Suprema declare la admisibilidad del recurso. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema no otorgaba efecto suspensivo a la mera interposición del recurso extraordinario, sino a su concesión. Esta jurisprudencia se modificó en el caso “Osswald”⁹⁷, en el cual se sostiene, con base en una interpretación a contrario sensu del art. 499, párr. 2º, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que la mera interposición del recurso suspende los efectos de la resolución recurrida. Al ser el *per saltum* una especie del género recurso extraordinario federal, veremos cómo resuelve la Corte esta tensión entre jurisprudencia y ley⁹⁸.

Por último, creemos posible argumentar que el *per saltum* violaría la garantía convencional de la doble instancia, ya que es un recurso que no permite una revisión amplia de la resolución recurrida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido, desde el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”⁹⁹ que corresponde interpretar que el recurso que contempla el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser ordinario y eficaz y permitir el examen integral de la decisión recurrida sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.

Este criterio ha sido reafirmado en un caso relativamente reciente en “Furlán c/Argentina”¹⁰⁰, de 2012, donde la

⁹⁷ CSJN, Fallos, 318:541.

⁹⁸ Ver SMIKUS PADVALSKIS, *Introducción del per saltum en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentario a la ley 26.790, Erreius*, n° 70, ene.-feb. 2012, p. 341.

⁹⁹ CDH, 2/7/04, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

¹⁰⁰ CIDH, 31/8/12, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte reiteró la doctrina de “Ulloa vs. Costa Rica” sosteniendo que el recurso extraordinario de constitucionalidad es –como su nombre lo indica– de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo.

Asimismo, la doble instancia es una garantía constitucional instrumental tanto del proceso penal como civil, ya que en el caso del penal, la norma convencional se refiere expresamente a ese tipo de procesos, y respecto del proceso civil, si bien en un primer momento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte sólo aplicaron la norma en cuestión a procesos penales, la tendencia cambió con la OC-11/90 solicitada por la Comisión respecto de “las excepciones al agotamiento de los recursos internos”. La Corte mantuvo esta misma opinión en el caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”¹⁰¹ y en su OC-17/2002, solicitada por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

En consecuencia, considerando la actual posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se inclina en forma amplia por la obligatoriedad de las decisiones de los órganos del Pacto de San José de Costa Rica, podríamos concluir que la reglamentación de este recurso se tensiona en su control de convencionalidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), especialmente considerando que los jueces están obligados a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad¹⁰².

c) *LA ACORDADA 4/07 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. Como hemos visto, la Constitución nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema, siguiendo el modelo estadounidense, adoptaron el modelo de control de constitucionalidad judicial difuso. El mismo año en que se instaló la Corte (1863), se sancionó la ley 48 que regula el recurso extraordinario federal (REF) por medio de sus arts. 14 a 16.

¹⁰¹ CIDH, 24/9/99, competencia.

¹⁰² Respecto de esta objeción puede verse GULLCO, *Problemas constitucionales del per saltum*, revistajuridica.udes.edu.ar/wp-content/uploads/Gullco-2013.pdf.

Por la acord. 4/07, del 16 de marzo de 2007, la CSJN catalogó los requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y del recurso de queja, teniendo en cuenta los reiterados precedentes de dicho tribunal, haciendo uso de su atribución legal (art. 18, ley 48) de dictar reglamentos necesarios para la mejor administración de justicia¹⁰³.

En rigor, lo que la acordada realiza es una recopilación y unificación en un solo cuerpo normativo de los requisitos legales y jurisprudenciales existentes hasta el momento para la intervención del máximo tribunal por vía recursiva. La novedad la constituye el número de páginas (cuarenta o diez, según se trate de un recurso extraordinario o uno de queja, respectivamente), la cantidad de renglones (veintiséis) y el tamaño que debe tener la letra de cada escrito (no inferior a doce), además de una carátula sintetizando los datos más relevantes de la causa.

La norma permite a la Corte desestimar los recursos que no cumplan con estos recaudos o lo hagan de modo deficiente, mediante su sola invocación. Sin embargo, el art. 11 habilita al tribunal a atender el recurso cuando el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para su admisibilidad, según su “sana discreción”, lo que parecería consagrar un *certiorari* positivo.

La diferencia con el *certiorari* negativo, como vimos, es que dicho poder discrecional fue otorgado legalmente, en tanto aquí el *certiorari* positivo está habilitado en cabeza de la Corte, por la misma Corte que se atribuye la posibilidad de admitir la procedencia del recurso cuando el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable.

Por último, el art. 12 establece que dicho régimen no se aplicará a los recursos interpuestos *in forma pauperis*. Esta excepción encuentra apoyatura en reiterados y conocidos precedentes del tribunal. Dichos recursos siempre importaron una disminución de las exigencias formales y de fundamentación.

¹⁰³ Para la procedencia del recurso extraordinario federal es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos clasificados por la doctrina en comunes, propios y formales, algunos de ellos contenidos en la ley 48, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y otros de creación pretoriana por parte de la Corte.

Si bien la acordada ha sido pasible de numerosas críticas en general¹⁰⁴, la aplicación de la excepción prevista en su art. 11 ha permitido un criterio de flexibilización en materia de admisibilidad¹⁰⁵.

Con la acord. 4/07 el máximo tribunal intenta regresar a los orígenes del recurso extraordinario, procurando enderezar un largo camino que venía desnaturalizándolo, donde las propias creaciones pretorianas de la Corte, como la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, tuvieron un rol fundamental.

Su competencia excepcional, pretorianamente ampliada, ha querido ser reducida, primero a través de la creación legal del *certiori* negativo y luego con esta acordada. La minuciosidad de la reglamentación encarada que fija la for-

¹⁰⁴ Una de las críticas más severas se centra en que, habiendo la Corte Suprema sentado el criterio de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, como de las opiniones e informes de los órganos internacionales competentes en la materia, como consecuencia de lo establecido en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, parecería que el art. 11 de la acord. 4/07, al disponer una selectividad sobre la base de su discrecionalidad, de la regla general desestimatoria de recursos por falta de recaudos formales, se tensiona con el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues bajo aquellos estándares, la igualdad ante la ley se traduce en el igualitario tratamiento para la igualdad de casos.

¹⁰⁵ Caso "Pavón", 16/12/08, *Fallos*, P. 973.XLIII, a través del cual se indicó que el tamaño de la letra del recurso no constituye un obstáculo insalvable, siempre que el escrito resulte legible. Caso "Acosta", 8/4/09, *Fallos*, A. 1320. XLIV, en el cual el más alto tribunal interpretó que podía prescindirse absolutamente de los recaudos correspondientes a la acordada, en el marco de una querrela por delitos de lesa humanidad. Ante la omisión de la carátula a la que hace referencia el art. 2 del reglamento, la Corte ha considerado que es posible prescindir de ella cuando la materia bajo debate remita a una "grupo de precedentes" respecto de los cuales el Tribunal ya hubiera establecido un criterio coincidente con el que plantea el recurrente.

Esta línea argumental fue utilizada en los casos "Machado", 27/5/09, *Fallos*, M. 1054. XLIV, y "Ardiles", 22/2/11, *Fallos*, A. 685. XLV, en los cuales se debatía la oponibilidad a terceros de la franquicia del seguro de responsabilidad civil. Idéntico criterio fue el establecido en el fallo "Arzúa", 2/3/11, *Fallos*, A. 438. XLV, mediante el cual la Corte entendió que se incurría en un excesivo rigor formal al desestimar un recurso de queja que superaba en once renglones el máximo reglamentario permitido. Para así decidir, el voto mayoritario tuvo también en consideración que el objeto cuestionado guardaba identidad con una "familia de expedientes" en los que se había establecido un criterio favorable a la pretensión recursiva.

ma y el contenido que debe tener el memorial recursivo, procura brindar un estándar uniforme a la presentación, facilitar su lectura y acotar la jurisdicción de la Corte a la cuestión federal en sí misma.

§ 25. **LOS SISTEMAS PROVINCIALES ARGENTINOS. ¿SISTEMAS MIXTOS?** – Conforme a las características del Estado federal argentino, las provincias pueden establecer su propio sistema de control de constitucionalidad dentro de la jurisdicción local, en la medida en que el conflicto se circunscriba a la tensión entre normas locales y la Constitución provincial, y siempre y cuando no se encuentre en juego una cuestión federal simple o compleja¹⁰⁶.

Así como en el ámbito federal la República Argentina mantiene un sistema de control judicial difuso casi puro, es decir –y como hemos destacado–, es en el único país latinoamericano que se ha sostenido de manera fiel el modelo estadounidense, a nivel estadual los sistemas locales, que han sufrido profundas reformas constitucionales en los años posteriores a la recuperación de la democracia, acaecida en 1983, han diseñado sus propios sistemas, los cuales, en muchos casos, dejan en evidencia similitudes con el modelo de control de constitucionalidad kelseniano o europeo, otorgando en algunos casos efectos derogatorios *erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad dictada por el Superior Tribunal de Justicia local¹⁰⁷, pero sin apartarse de las características de judicial y concreto.

¹⁰⁶ *Fallos*, 301:615, y 301:624.

¹⁰⁷ “Esta tendencia no llega a sustituir el control a cargo del Poder Judicial por un control en manos de un único tribunal especial de constitucionalidad o corte constitucional, propio del sistema europeo. Por el contrario, el único vestigio en esta dirección incorporado por la Constitución de Tucumán de 1990, fue eliminado por la reforma constitucional de 2006, que suprimió al Tribunal Constitucional que nunca llegó a establecerse... En efecto, la provincia de Tucumán en su reforma constitucional de 1990, previó la incorporación de un Tribunal Constitucional, un verdadero tribunal especial con facultades de control concentrado, abstracto, con sentencias de efectos *erga omnes*. Se diseñaba un sistema dual, por un lado, con control en el caso a cargo de los jueces con efectos limitados al caso y, simultáneamente, por el otro, un control abstracto a cargo del Tribunal Constitucional con alcance derogatorio” (DÍAZ RICCI, *Panorama y evolución del control de constitu-*

En síntesis, el derecho constitucional provincial de la República Argentina exhibe una clara tendencia a reconocer efecto expansivo a la declaración de inconstitucionalidad de una norma pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia provincial, bajo distintas condiciones, según sean las características de aquellos sistemas de cada provincia que han optado por acercarse al modelo europeo.

Haciendo un paneo global de derecho constitucional provincial, cabe destacar que éste ha instituido, a lo largo de los últimos años, distintos mecanismos para plantear el control de constitucionalidad ante los poderes judiciales locales, tal como se enumera seguidamente.

a) La *vía incidental* clásica, que opera en cualquier proceso y que caracteriza al sistema judicial difuso, donde la decisión jurisdiccional sólo tiene efectos *inter partes*, es de naturaleza *declarativa* y posee efecto *ex tunc*.

b) El *hábeas corpus*¹⁰⁸.

c) El *amparo*, que instituyó expresamente esta facultad judicial a partir de la reforma de la Constitución nacional de 1994, bajo la redacción del nuevo art. 43, pero que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había consagrado a partir del caso "Outón"¹⁰⁹.

cionalidad en los Estados provinciales de Argentina, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", n° 11, p. 149 a 190, y *El Tribunal Constitucional "non nato" de Tucumán. Una curiosidad argentina*, "Revista Peruana de Derecho Público", n° 3, 2006, p. 87 a 110).

¹⁰⁸ Algunas constituciones provinciales han establecido en sus textos la facultad del juez de declarar la inconstitucionalidad de la norma en el marco del *hábeas corpus*, como Salta (art. 88), Tucumán (art. 38) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 15). Sin perjuicio de ello, la ley nacional 23.098, reglamentaria del instituto, de aplicación a todo el territorio nacional, establece esta facultad judicial en el art. 6°.

¹⁰⁹ *Fallos*, 267:215. Hasta 1983 "el amparo había sido reconocido en la totalidad de las veintidós provincias argentinas de entonces. En trece de ellas había alcanzado la jerarquía de garantía constitucional (por orden cronológico: Entre Ríos, Santiago del Estero, Santa Cruz, Formosa, Chubut, Neuquén, Chaco, Río Negro, Misiones, La Pampa, Corrientes, Catamarca y Santa Fe), mientras que en las restantes nueve provincias el amparo –que al igual que la Nación, carecía de amarre constitucional– había sido regulado a) a través de leyes especiales en seis provincias (Mendoza, San Luis, La Rioja, Salta, Buenos Aires y Córdoba), o b) de sus códigos procesales en las restantes tres provincias (Tucumán, Jujuy, San Juan). Desde 1983 hasta 1994

d) La *acción de inconstitucionalidad*, que cobrará impulso como mecanismo de control de constitucionalidad a partir de las reformas de las constituciones locales practicadas de 1983 en adelante¹¹⁰.

Este último mecanismo ha adquirido en las provincias un desarrollo propio, a diferencia del orden nacional, abriéndose paso a partir de la recepción de la “acción meramente declarativa” en los códigos de procedimientos civiles y comerciales locales, dictados tomando como modelo el Código nacional.

se abre una nueva etapa con la democratización del país. Se dio impulso para que siete provincias promuevan la reforma de sus cartas constitucionales. Se trató de un período imbuido de una fuerte preocupación garantística de los derechos fundamentales, por lo que, naturalmente, el amparo iba a adquirir gran protagonismo recibiendo jerarquía constitucional en todas las provincias que acometieron la reforma de sus constituciones... Son ocho constituciones provinciales, todas posteriores a la reforma constitucional nacional del 22 de agosto de 1994, que incorporaron expresamente dentro del amparo la posibilidad de que ‘el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva’. Así, por orden cronológico: Buenos Aires (13/9/94), Chubut (11/10/94), Chaco (27/10/94), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1/10/96), Salta (7/04/98), Santiago del Estero (25/11/05), Tucumán (6/6/06) y Corrientes (8/6/07). Las restantes quince provincias, si bien carecen de una cláusula expresa en este sentido... esto no impide que pueda llevarse por vía de amparo una cuestión de constitucionalidad a la decisión del juez. La provincia de Santa Fe contempla esta posibilidad de declarar la inconstitucionalidad en un amparo en su ley de amparo 10.456/90 (art. 3°). Incluso la provincia de Mendoza, a pesar de carecer de una disposición constitucional para el amparo, en la ley regulatoria del proceso de amparo (decr. ley 2589/75, modificado por ley 6504) establece que ‘los jueces deberán declarar la inconstitucionalidad de la ley, decreto reglamentario y ordenanza que sirve de fundamento al hecho, acto u omisión cuestionado’ (art. 5°)” (DÍAZ RICCI, *Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los Estados provinciales de Argentina*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 11, p. 162 a 163).

¹¹⁰ El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe fue uno de los primeros cuerpos en receptar los procesos declarativos en 1961. Luego, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en 1967, lo introdujo en su art. 322. Si bien de inicio la acción declarativa no fue prevista para articular cuestiones constitucionales, la Corte Suprema terminó por aceptar que, por vía del art. 322, pudiera articularse un planteo de constitucionalidad con propósitos declarativos, con aptitud de poner fin a una situación de incertidumbre que pudiera producir un perjuicio o lesión actual. Para ampliar la temática de la acción declarativa de inconstitucionalidad, ver TORICELLI, *El sistema de control constitucional argentino*.

Sin perjuicio de lo expuesto, las reformas constitucionales locales posteriores a 1994 fueron las que consagraron expresamente la acción directa de inconstitucionalidad en sus constituciones, estando actualmente esta acción reconocida de modo expreso o implícito en dieciocho textos constitucionales¹¹¹.

Inicialmente consagraron la acción de inconstitucionalidad las constituciones de las provincias de Neuquén, de 1957 (arts. 30, 167, 170 inc. *a*, y 171 inc. *a*); Chaco, de 1957 (arts. 9º y 170); Río Negro, de 1957 (arts. 137 y 138), y La Pampa, de 1960 (arts. 7º, 97 y 101).

Pero así, mientras que en Río Negro y La Pampa esta acción se entabla ante jueces de primera instancia, en el Chaco se interpone directamente ante el Tribunal Superior de Justicia en competencia originaria y exclusiva. Las constituciones de Formosa de 1957 y la de Misiones de 1958 admitieron la acción directa de inconstitucionalidad, pero no determinaron el tribunal competente, el que entonces pasó a ser indicado por el Código Procesal Civil y Comercial, que atribuyó al Tribunal Superior la competencia originaria para entender en estas acciones.

Posteriormente, durante la primera ola de reformas a las constituciones provinciales, es decir, las reformas producidas entre 1983, fecha de recuperación de la democracia en la Argentina, y 1994, fecha en que se modificó la Constitución nacional, consagraron el instituto La Rioja (arts. 9º, 132, 141, 143 y 145); San Juan (arts. 11, 208, 209 y 265); Jujuy (arts. 164 y 165); Salta (arts. 92 y 153); Córdoba (art. 165); San Luis (arts. 10, 210, 213, 214 y 237), y Tierra del Fuego (arts. 54, 157 a 159). Todas estas provincias dispusieron que la acción directa de inconstitucionalidad se radicara en competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia.

Finalmente, durante el segundo ciclo de reformas provinciales, acaecidos a partir de 1994, se sumaron las provin-

¹¹¹ La provincia de Buenos Aires fue pionera en establecer, mediante una ley, una acción declarativa de inconstitucionalidad, introducida en su Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de 1906 (ley 2958), aunque no contaba con una cláusula en su Constitución sobre el particular.

cias de Buenos Aires (arts. 57 y 161); Chubut (arts. 175 y 179); la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113), y Santiago del Estero, quienes también regularon constitucionalmente el instituto, asignando al Superior Tribunal la competencia originaria y exclusiva de esta acción.

En algunas provincias, donde la acción directa de inconstitucionalidad procede ante el Tribunal Superior, el procedimiento se encuentra regulado en un proceso especial dentro del Código Procesal Civil y Comercial¹¹². En Córdoba, Chaco, San Juan y Chubut no se ha previsto un procedimiento propio, sea en una ley especial o en el propio Código Procesal; por tanto, sólo puede canalizarse mediante la *acción meramente declarativa*, prevista con carácter general en su Código Procesal Civil y Comercial, a similitud del art. 322 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

Las provincias de Tucumán, Entre Ríos y Mendoza no han previsto de manera expresa, en sus Constituciones, la acción de inconstitucionalidad, pero la han establecido mediante leyes especiales o en su Código Procesal, sea como atribución exclusiva del Tribunal Superior de Justicia (Entre Ríos) o a cargo de los jueces de primera instancia (Tucumán y Mendoza).

Corrientes, Santa Fe, Santa Cruz y Catamarca (al igual que la Nación) no tienen reconocida la acción de inconstitucionalidad en sus constituciones ni en su legislación procesal. Esto no significa que en dichas jurisdicciones no exista la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad, la que podrá canalizarse como una acción meramente declarativa contemplada en sus respectivos códigos procesales locales, que reproducen una cláusula análoga al art. 322 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

¹¹² Buenos Aires (arts. 683 a 688), La Rioja (arts. 386 a 389), Salta (arts. 704 a 707), Tierra del Fuego (arts. 315 a 318), Formosa (arts. 683 a 688), Misiones (arts. 785 a 792) y San Luis (arts. 812 a 824). La provincia de Río Negro reduce la competencia originaria del Tribunal Superior para los casos de acciones "sin lesión actual"; en los otros casos, la demanda es por ante el juez de primera instancia. Para dicha acción "sin lesión actual", ante el Tribunal Superior de Justicia, el Código Procesal Civil y Comercial lo regula en sus arts. 793 a 799. Santiago del Estero adoptó en 2005 el modelo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regulando el proceso el Código Procesal Civil y Comercial en los arts. 807 a 811.

Ahora bien, como hemos anticipado, algunos sistemas locales argentinos de control de constitucionalidad se han acercado al modelo europeo concentrado que se edificara a partir de las ideas de KELSEN, al atribuir a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el tribunal superior de la provincia un efecto expansivo *erga omnes*, situándose –en alguna medida– en paralelo con las facultades que poseen los tribunales constitucionales en toda Europa y en algunos países de Latinoamérica. Aclaramos que estos efectos expansivos de las sentencias pueden emerger de cualquiera de las cuatro vías de control de constitucionalidad que hemos enumerado como presentes dentro de los sistemas locales de control de constitucionalidad.

Once constituciones provinciales se ocupan del tema. Neuquén, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santiago del Estero sólo confieren efecto general a aquellas sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el tribunal superior en los casos de acciones de inconstitucionalidad entabladas directamente ante dicho tribunal. En los casos en los que el tribunal superior resuelve por vía de apelación (acción ordinaria, amparo, hábeas corpus, acción meramente declarativa iniciadas ante juez de primera instancia), tales sentencias carecen de efectos expansivos y siguen la regla general del efecto *inter partes*.

Las siete provincias restantes –Formosa, La Rioja, San Juan, Río Negro, Tierra del Fuego, Chubut y Jujuy– atribuyen alcance general, con distinta intensidad, a cualquier sentencia de inconstitucionalidad dictada por el tribunal superior, sea que haya conocido por vía directa de una acción de inconstitucionalidad o por vía de apelación en cualquier proceso iniciado ante un juez de primera instancia donde se planteó incidentalmente una cuestión constitucional.

Por ejemplo, Formosa, La Rioja y San Juan confieren valor de interpretación obligatoria para los tribunales inferiores la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

Es decir, se obliga a jueces y tribunales inferiores a someterse a la interpretación constitucional fijada por el máximo tribunal local, como forma de unificar la jurisprudencia.

dencia constitucional y de garantizar el principio de la seguridad jurídica.

“La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución... es obligatoria para jueces y tribunales inferiores” (art. 174, Const. Formosa).

“La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución... es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores” (art. 143, Const. La Rioja).

“La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución... es de aplicación obligatoria por todos los tribunales inferiores” (art. 209, Const. San Juan).

Por otra parte, las provincias de Río Negro, Tierra del Fuego y Chubut exigen el dictado de dos o tres sentencias análogas por el Tribunal Superior de Justicia para llegar a afectar la “vigencia” de la norma legal tachada de inconstitucional. “Es decir, que una sola sentencia no basta para hacer perder la vigencia de la norma declarada inconstitucional sino que es necesaria la acumulación de dos o tres sentencias consecutivas para conseguir ese efecto. En lugar de decir que la norma no es válida, evita pronunciarse sobre esta cuestión y aplica el efecto anulatorio sobre la vigencia de la norma. Esto, como vimos más arriba, no se condice con la recta doctrina de la inconstitucionalidad (declarativa, efecto *ex tunc*) porque al separar validez de vigencia, el efecto sería *ex nunc*, es decir, a partir de la tercera (o segunda consecutiva) sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Superior; por tanto, esta última tendría naturaleza constitutiva”¹¹³.

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su pu-

¹¹³ DÍAZ RICCI, *Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los Estados provinciales de Argentina*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 11, p. 184.

blicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo” (art. 208, Const. Río Negro).

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido” (art. 159, Const. Tierra del Fuego).

Asimismo, Chubut establece que la norma tachada de inconstitucionalidad deja de tener vigencia al día siguiente de su publicación oficial, siendo la primera provincia en otorgar efecto derogatorio propio de un Tribunal Constitucional a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el máximo tribunal local. Exige que haya dos pronunciamientos consecutivos o tres alternados del Tribunal Superior.

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta *deja de tener vigencia* a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva” (art. 175, Const. Chubut).

Algunas constituciones, influenciadas por los argumentos de la doctrina contramayoritaria que revisaremos oportunamente, cuando la norma impugnada es una ley mantienen un acto de deferencia hacia el Poder Legislativo. Así, Río Negro condiciona la pérdida de vigencia de la ley a que el Tribunal Superior comunique a la Legislatura las tres sentencias unánimes. La Legislatura dispone de seis meses para derogar o modificar la norma inconstitucional. Pasado este término la sanción se agrava, pues se habla directamente de “derogación”.

Es decir que la pérdida de obligatoriedad de la norma queda suspendida por seis meses, dentro de lo cual la Legislatura puede derogar o adaptar la norma en cuestión.

Si ello no ocurre se produce una “derogación automática” de la norma impugnada¹¹⁴.

Lo mismo sucede con la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece que cuando la norma declarada inconstitucional por el Tribunal Superior es una ley, el efecto expansivo se suspende por tres meses; dentro de dicho plazo, la Legislatura puede ratificar el valor general de la norma. Por tanto, en caso de ratificación legislativa expresa, ésta opera reduciendo el efecto derogatorio de la sentencia al caso concreto, impidiendo que la norma legal pierda vigencia (anula el efecto expansivo de la decisión judicial).

La provincia de Jujuy por la ley 4346, de 1988, reglamentaria de la acción y el recurso de inconstitucionalidad, de manera muy confusa dispone que “declarada [por el Tribunal Superior] la inconstitucionalidad, la norma cuestionada *no podrá volver a ser aplicada*, si se tratare de una disposición de carácter general, salvo que la inconstitucionalidad no proviniera de una norma sino de su errónea interpretación” (art. 7º, inc. 3), sin aclarar quién no podrá aplicar la norma inconstitucional.

Finalmente, y como anticipamos, en Neuquén¹¹⁵, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹⁶ y la provincia de Santiago del Estero, se atribuye el efecto expansivo sólo a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el Tribunal Superior en el marco de las acciones de inconstitucionalidad, dado que en las recaídas en grado de apelación, en cualquier otro proceso, sólo tienen efecto *inter partes*.

“La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su jurisdicción originaria produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración” (art. 16, Const. Neuquén).

¹¹⁴ El art. 9º de la Constitución del Chaco dispone la “caducidad” de la norma declarada inconstitucional (“La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la *caducidad* de la ley, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración”).

¹¹⁵ En Neuquén, la ley especial 2130 regula el procedimiento ante el Tribunal Superior.

¹¹⁶ La acción directa de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Superior de Justicia está reglamentada por la ley 402, del año 2000.

“Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer:...

2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

3. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución nacional o en esta Constitución” (art. 113, Const. CABA).

“Función jurisdiccional. En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten:

1. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos:

a) En las causas que le fueren sometidas sobre competencia o conflictos institucionales que se susciten entre la provincia y los municipios, entre los municipios o entre los poderes de un mismo nivel de gobierno.

b) En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces” (art. 193, Const. Santiago del Estero).

§ 26. *EL SISTEMA “DUAL” O “PARALELO”.* *EL PERUANO.* – Como señala GARCÍA BELAUNDE, el Perú se inclinó inicialmente por el control constitucional a cargo del Poder Judi-

cial, el cual alcanzó rango constitucional en 1979, habiendo sido reiterado por la Constitución de 1993, actualmente vigente¹¹⁷.

Paralelo al control difuso a cargo de los integrantes del Poder Judicial, se incorporó un Tribunal Constitucional (conforme a la denominación dada por la Constitución de 1993), de efecto concentrado, lo que configuró el llamado sistema “dual” o “paralelo”, al sostener el Perú dos modelos de control de constitucionalidad, coexistiendo en su ordenamiento jurídico¹¹⁸.

Conforme a ese sistema, los integrantes del Poder Judicial, de manera difusa, poseen la capacidad del control de constitucionalidad de las leyes; al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional conoce en última instancia de todas las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento), de la acción de inconstitucionalidad de las leyes (control abstracto) y del conocimiento de los conflictos de competencia o de atribuciones, entre determinados órganos del Estado.

Según GARCÍA BELAUNDE, “hasta 1979 el Perú se afilió al modelo americano o difuso del control constitucional, y a partir de este año, hace coexistir el modelo difuso con el modelo concentrado. Esto no ha creado una mixtura o simbiosis, que en realidad no existe, sino una coexistencia de dos sistemas (modelos según nuestra clasificación) en un mismo entramado normativo; que no se cruzan ni se oponen en lo esencial”¹¹⁹.

¹¹⁷ GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Perú*, en GARCÍA BELAUNDE - FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica” p. 827 a 854.

¹¹⁸ Las razones de la incorporación al sistema peruano del modelo europeo continental de tribunal constitucional obedeció a razones políticas, producto de la desconfianza hacia el Poder Judicial de los constituyentes de 1979, con motivo de la connivencia de muchos de sus integrantes con los actos de la dictadura militar que rigió el país entre 1968 y 1980 [GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Perú*, en GARCÍA BELAUNDE - FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, p. 833].

¹¹⁹ GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Perú*, en GARCÍA BELAUNDE - FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, p. 834.

El 1º de diciembre de 2004 entró en vigencia el Código Procesal Constitucional del Perú¹²⁰, el primero en el mundo hispánico, con la salvedad del Código Procesal Constitucional que sancionara nuestra provincia de Tucumán, de alcance lógicamente limitado¹²¹.

Dicho cuerpo normativo, mediante un título preliminar y trece títulos principales, regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los arts. 200 y 202, inc. 3, de la Constitución peruana (art. I), a los fines de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (art. II).

Según expone el Código, los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en él mismo (art. IV).

Asimismo, se establece que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú sea parte.

La implementación de la validez de la doctrina del precedente y la unificación de la jurisprudencia, a efectos de paliar la falta de uniformidad de las decisiones judiciales, propio del sistema difuso, ha sido una preocupación de los redactores¹²².

En el título preliminar se destaca que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresara la sentencia. Asimismo, en el supuesto en que el

¹²⁰ Ver, en general, ABAD YUPANQUI - DAÑÓS ORDÓÑEZ - EGUIGUREN PRAELI - GARCÍA BELAUNDE - MONROY GÁLVEZ - ORÉ GUARDIA, *Código Procesal Constitucional*.

¹²¹ DÍAZ RICCI, *El Código Procesal Constitucional de Tucumán. Balance tras diez años de vigencia*, JA, 2010-III-1105.

¹²² Al respecto, ver ESPINOSA SALDAÑA, *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas y los riesgos de no respetarlo o usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*, "Estudios Constitucionales", vol. 4, n° 1, p. 67 a 96.

Tribunal Constitucional resolviera apartarse del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la nueva sentencia y las razones de su apartamiento (art. VII).

En concordancia con lo expuesto, se establece que los jueces integrantes del Poder Judicial no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de ellos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (art. VI).

El Código Procesal Constitucional peruano enuncia una serie de principios que deben tomarse en cuenta en los diversos procesos constitucionales.

Así, recoge el principio de “dirección judicial del proceso” que comprende, a lo largo del texto, deberes y facultades de los integrantes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en ejercicio de los procesos constitucionales. Podemos citar, como ejemplo de deberes, los de impulsar de oficio los procesos, adecuar la exigencia de las formalidades a los fines del proceso, interpretar el contenido y alcances de los derechos constitucionales de conformidad con los tratados en materia de derechos humanos, preferir la norma constitucional antes que la legal, e interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, entre otros.

Según PALOMINO MANCHEGO, el legislador peruano ha impetrado, dentro del principio de dirección judicial, el principio inquisitivo, por el que lo faculta para investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite, y lo autoriza para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales¹²³.

¹²³ ETO CRUZ - PALOMINO MANCHEGO, *Tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo: su íter legislativo y sus principios procesales*, en PALOMINO MANCHEGO (coord.), “Derecho procesal constitucional peruano”, t. 1,

También asume el conocido *principio de gratuidad*, pero sólo para el demandante; el *impulso procesal de oficio*, y el de *economía procesal*. También el Código peruano regula el *principio de intermediación*. En él se comprende el hecho de que el juez debe actuar junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas. Expresión típica de este principio es la oralidad.

El Código Procesal Constitucional acoge diversos aspectos donde se evidencia el principio de intermediación. Así, en el caso del hábeas corpus, la demanda puede establecerse verbalmente, donde se levantará “acta ante el juez o secretario”; en el caso del amparo establece que, si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Incluso, puede citar en audiencia única a las partes y a sus abogados, para realizar los esclarecimientos que estimen necesarios.

Otro principio a destacar es el de *socialización del proceso*. El art. VI lo enuncia, prescribiendo que “el juez debe evitar que la desigualdad de las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”.

Este principio preconiza el rechazo de fallos que sean el resultado de la influencia del poderoso económicamente o del influyente políticamente. Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la justicia a favor de uno u otro litigante. “En consecuencia, la igualdad de las partes ante el proceso constitucional ha de significar que en el caso del proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa; y por otro lado que no se puede concebir que se manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos”¹²⁴.

p. 233 a 308. En contra de esta doctrina procesal activista se alza la escuela garantista del derecho procesal, entre cuyos maestros más relevantes se encuentra ALVARADO VELLOSO, quien sostiene que el debido proceso constitucional obliga al juez a asumir una posición imparcial y equidistante frente a las partes (ver, en general, *El juez: deberes y facultades*, y *Sistema procesal. Garantía de la libertad*).

¹²⁴ ETO CRUZ - PALOMINO MANCHEGO, *Tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo: su iter legislativo y sus principios procesales*, en

§ 27. **SISTEMAS LATINOAMERICANOS “MIXTOS”**. – Los sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad que clasificamos como “mixtos”, son aquellos que mezclan las características de los modelos de control que hemos revisado en el § 21, con independencia de cuál modelo prevalezca.

Así, por ejemplo, veremos que la justicia constitucional desarrollada en América Latina es una de las más variadas del mundo, y que cada país ha diseñado su propio sistema, siguiendo los parámetros de los modelos descriptos oportunamente.

A excepción de la República Argentina, que ha seguido –como vimos– el modelo estadounidense de manera bastante puntillosa (más allá de la inexistencia de la doctrina del precedente propia del derecho anglosajón), y de las características particulares del Perú, que abreva en el llamado sistema dual, el cual adopta dos modelos (estadounidense y kelseniano) sin mezclarlos, el resto de los países latinoamericanos han diseñado sistemas mixtos, es decir, han edificado sistemas de control de constitucionalidad que fusionan características de los tres modelos que identificamos.

La mayoría optó por el modelo judicial difuso de control de constitucionalidad de las leyes con efecto *inter partes*, previendo paralelamente características del modelo kelseniano concentrado de control, que permite impugnar la ley directamente ante la Corte Suprema (Venezuela y México), ante un tribunal constitucional que se encuentra fuera del Poder Judicial (Bolivia, Ecuador o Guatemala), o ante una Corte Constitucional que se radica dentro de la estructura del Poder Judicial (Colombia).

Así, el modelo judicial estadounidense imperante en la mayoría de los países se combina con el kelseniano, atribuyéndose –en general– poderes anulatorios *erga omnes* a las decisiones del máximo tribunal.

Un sistema que también merece destacarse por su originalidad es el panameño, dado que atribuye a la Corte Suprema de Justicia la totalidad de la jurisdicción constitucio-

PALOMINO MANCHEGO (coord.), “Derecho procesal constitucional peruano”, t. 1, p. 298.

nal, en el sentido de que es el único órgano competente para anular por inconstitucionalidad las leyes, los actos con rango de ley, los actos administrativos y hasta las decisiones judiciales.

Así, el sistema argentino y el panameño son los dos extremos en desconcentración y concentración en Latinoamérica. Uno es judicial difuso puro y amplio; el otro, judicial concentrado y amplio.

En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control a posteriori que se ejerce respecto de las leyes vigentes, con excepción de la situación de Chile, donde opera sólo un Tribunal Constitucional, bajo un sistema de control preventivo para las normas de rango legal, siguiendo el modelo francés.

Por consiguiente, el sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes imperante en muchos países de América Latina ha sido diseñado por los países de maneras divergentes.

La primera, mediante un sistema exclusivamente concentrado, en el cual la justicia constitucional sólo está atribuida a la Corte Suprema de Justicia, como en el caso citado de Panamá y los de Uruguay y Honduras, o a una Sala dentro de la Corte Suprema, como en los casos de Paraguay y Costa Rica.

Normalmente, en estos supuestos, el control puede ejercerse por vía de acción popular o por el legitimado directo, o en virtud de una incidencia en el proceso que se eleva en consulta a la Corte Suprema, que puede ser activada por las partes o de oficio por el juez.

La otra es por un sistema concentrado que –como vimos– se combina con el método difuso. Aquí la jurisdicción constitucional es compartida por todos los jueces de manera difusa y por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional de modo concentrado, a los cuales se accede directamente por acción popular o por legitimados específicos, los cuales son, por lo general, funcionarios públicos.

En general, en la mayoría de los países en los cuales se ha establecido el sistema de control concentrado combinado con el difuso, los efectos de las decisiones de los máximos tribunales (cortes supremas o tribunales constitucionales)

son anulatorios *erga omnes*; por tanto, de carácter constitutivo y de valor *ex nunc, pro futuro* (Venezuela, México, Brasil, Perú, Panamá, Colombia, Guatemala, Bolivia, Ecuador).

En algunos países se permite darle efectos retroactivos a las decisiones anulatorias cuando se trata de algunas materias (penal, fiscal, laboral, etc.); excepcionalmente se establecen los efectos generales *ex tunc pro preterito* de las sentencias anulatorias de la Corte Suprema, como el caso de Costa Rica.

En los sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad de las leyes, las decisiones de las cortes supremas sólo tienen efectos *inter partes* (Uruguay, Paraguay, Honduras), con excepción de Panamá, donde los efectos de las sentencias son *erga omnes*.

Cinco países han instituido tribunales constitucionales fuera de la órbita del Poder Judicial. Ellos son Perú (1979), Chile (1980), Guatemala (1985), Bolivia (1994) y Ecuador (1996 y 1998). Colombia instituyó una Corte Constitucional dentro del Poder Judicial (1991). Otros seis países, en cambio, han instituido salas constitucionales dentro de las cortes supremas, con potestades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales. Así, Costa Rica (1989), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Nicaragua (1995), Venezuela (1999) y Honduras (2000).

Según parece, el régimen de la "sala constitucional" ha sido una solución política transaccional entre quienes querían, como aspiración de máxima, un tribunal constitucional extrapoder, y quienes temían que ello restara peso institucional a la Corte Suprema y al Poder Judicial.

En cierta medida, la sala viene a ser una especie de tribunal constitucional dentro de la Corte Suprema, pero que de hecho, en algunos temas –como los constitucionales–, tiende a ser superior a la misma Corte (el caso más llamativo ha sido el de Venezuela, donde su Sala Constitucional entiende que puede revisar, en su materia, las sentencias de las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia).

De los países que no instituyeron tribunales o salas constitucionales, cuatro de ellos han atribuido al pleno de la Corte o Tribunal Supremo la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales. Ellos

son Brasil (1988), México (1994), Panamá (1982) y República Dominicana (1994).

Así, sólo Argentina y Uruguay conservan –con carácter exclusivo– un control de constitucionalidad con efectos únicamente para el caso concreto (en el caso de Uruguay, ese control es, además, de carácter concentrado).

Por otra parte, la gran mayoría de los países han instituido acciones abstractas de inconstitucionalidad. En esa línea, resulta curioso observar que ocho países acogen alguna especie de acción popular, un mecanismo de acceso a la justicia constitucional que no tiene grandes adeptos en Europa (salvo en Hungría), pero que –según parece– concita el mismo activismo que las acciones orgánicas (Colombia, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Venezuela y –aunque con importantes limitaciones– Costa Rica).

Trece países reconocen acciones “orgánicas” de inconstitucionalidad, es decir, acciones que pueden ser planteadas sólo por funcionarios u organismos políticos ante la Corte Suprema, Sala Constitucional o Corte de Constitucionalidad. En siete de ellos la acción “orgánica” convive con la acción popular (Colombia, Guatemala, El Salvador, Panamá, República Dominicana, Venezuela y Costa Rica). En los otros seis países, la acción orgánica es de carácter “exclusivo” (es decir, no hay otro mecanismo alternativo para acudir directamente ante el TSC); ellos son Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, México y Perú, todos bajo distintas modalidades específicas.

Cabe inferir, como rasgo notable de esta clase de acciones, que –salvo los casos de Guatemala, México y El Salvador– todos los demás países atribuyen esta clase de acción al presidente de la República (de manera exclusiva o junto con la legitimación de otros órganos). Ello encuentra justificación, de algún modo, en la naturaleza presidencialista de los regímenes políticos latinoamericanos.

Por su parte, Honduras, Paraguay y Uruguay reconocen una acción de inconstitucionalidad que puede ser planteada ante el órgano constitucional por cualquier persona que demuestre un agravio o interés legítimo, sin necesidad de agotar todas las instancias judiciales. En el caso de Uruguay,

la sentencia de la Corte Suprema produce efectos sólo para el caso concreto.

Seguidamente tenemos la *cuestión de inconstitucionalidad*. Por este cauce, si un juez ordinario estima que la ley aplicable al caso que debe resolver es (o puede ser) inconstitucional, debe suspender el procedimiento antes de dictar sentencia y elevar la cuestión ante el órgano constitucional. Éste decidirá si la ley es o no válida, para que luego el juez ordinario pueda finalmente resolver el caso concreto.

Hay que decir, también, que la cuestión de constitucionalidad puede ser planteada de oficio o a petición de parte. En el último caso, esta solicitud puede tener carácter vinculante o no (es decir, el juez ordinario puede estar obligado o bien tener discreción para presentar la cuestión de constitucionalidad). Recogen alguna clase de cuestión de constitucionalidad Chile, Costa Rica, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay.

Vemos, así, cómo América Latina ha desarrollado sistemas variados de control de constitucionalidad combinando las características de los grandes modelos (el estadounidense o judicial difuso; el kelseniano o concentrado, y el político o francés).

Salvo el caso único de la Argentina, todos los demás países presentan rasgos propios del modelo europeo. Crean un tribunal constitucional, consagran la declaración general de inconstitucionalidad en la figura de las salas constitucionales o en la Corte Suprema, o reconocen alguna especie de acción de inconstitucionalidad que activa un control de tipo concentrado, o admiten –aunque sea– un control de carácter concentrado (Uruguay).

En América Latina podrían mencionarse dos casos más o menos puros, que son el de Chile y el de la Argentina. El Tribunal Constitucional chileno, en efecto, se presenta como el más “europeo” de los seis tribunales constitucionales latinoamericanos, pues no sólo conoce de la acción abstracta que pueden ejercer algunos funcionarios políticos, sino que prescinde de conocer de las acciones de amparo, o de conocer cualquier otro tipo de recurso ordinario.

En el otro extremo está el sistema argentino, que –pese a las reformas constitucionales de 1994– todavía sigue ostentan-

do un modelo muy próximo al estadounidense. No sólo carece de la declaración general de inconstitucionalidad, sino que recoge instituciones análogas a las del *writ of certiorari*, que le permiten adoptar abiertamente, y sin justificación, una estrategia de evitación de las cuestiones de constitucionalidad.

§ 28. **LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA. UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL PARA EL SISTEMA ARGENTINO.** – Conviene comenzar con los inicios de la jurisprudencia, para después analizar su significado y relevancia.

a) El concepto de “jurisprudencia” se identifica con la ciencia del derecho en los países de tradición jurídica anglosajona o del *common law*; en cambio, en los ordenamientos jurídicos continentales, de influencia romanística, se asemeja a la doctrina jurídica que resulta de las decisiones judiciales (cfr. apdo. b).

Por consiguiente, en Iberoamérica, cuyos países abrevan en la tradición jurídica romana, jurisprudencia equivale a la orientación jurídica que se desprende de las sentencias de los jueces, especialmente de las sentencias del máximo tribunal. Cuando este alto tribunal, en reiteradas sentencias, establece soluciones iguales o asimilables a casos equivalentes, se dice que existe doctrina legal sobre la materia en cuestión. Es decir que, en el sentido que aquí interesa, el precedente o la doctrina del precedente es el conjunto de soluciones sustancialmente idénticas dadas sobre una cuestión controvertida.

Roma dio valor reverencial a las sentencias de los jueces. El edicto pretorio, como proyección normativa a que el juez habría de ajustarse, unido al poder de *imperium* para llenar lagunas legales mediante la *æquitas*, explican la *potestas* reconocida a la jurisprudencia romana (tanto al fallo judicial como a la explicación razonada del *iurisprudents*). La permanencia del edicto por su continuidad pretoriana convirtió al *ius honorarium* en fuente del derecho, que llegó incluso a prevalecer sobre las XII Tablas.

La Edad Media señala el comienzo de un periodo de crisis respecto del valor reconocido a la jurisprudencia en la etapa anterior, aunque hubo países, como España, en que subsistió vigorosamente. La crisis se agudizó en el tiempo,

como consecuencia del conjunto de ideas absolutistas y centralizadoras del poder, que reservan a la autoridad del monarca la facultad de interpretación.

La Revolución Francesa no modificó el estado de la cuestión en el sistema continental, limitándose a cambiar al Rey por la Nación. No obstante, con la excepción del Código suizo, que atribuye al juez facultades para elaborar la norma en ausencia de disposición legal concreta, en los sistemas legislativos modernos el valor de la jurisprudencia es restringido en los países de tradición romana, al menos formalmente.

Contrariamente, el sistema anglosajón o del precedente judicial, nacido al amparo del empirismo inglés, induce a buscar la esencia del derecho en la sentencia particular como expresión de unidad de la regla y del caso. El derecho, concebido como tradición, necesita de un servidor que lo aclare y lo acredite como vigente, lo que destaca –como vimos– la función relevante del juez. El valor de la jurisprudencia dentro del sistema es enorme, pero interpretando el *common law* o normas de rango constitucional; porque cuando se trata de la ley estricta, el juez anglosajón se ajusta a la expresión literal de la norma (en parte por imperativos del propio sistema constitucional)¹²⁵.

La teoría del precedente judicial es compleja, dado que debe tener en cuenta distinciones entre precedentes horizontales y verticales; de la organización judicial de cada país; del grado de vinculatoriedad de los precedentes, y de la determinación de qué es lo vinculante de la sentencia. En un sentido estricto, como vimos, un precedente es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos; sin embargo, este modo de entender el precedente es limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos de él.

La cuestión de la vinculación del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta

¹²⁵ Un estudio profundo del valor de la jurisprudencia en los sistemas romano, anglosajón y continental puede verse en FALCÓN Y TELLA, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*.

por varios grados de eficacia: *a*) vinculación fuerte y sin excepciones (precedente obligatorio); *b*) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); *c*) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse de él cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); *d*) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento de él (precedente persuasivo), y *e*) no vinculación, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente).

La doctrina del precedente posee una dimensión que podríamos definir como institucional, y otra que podríamos llamar estructural. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión, se distingue entre vertical, precedente horizontal y autoprecedente.

El precedente vertical presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores. Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del *stare decisis*. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autoprecedente se produce cuando un juez está obligado a seguir sus propios precedentes.

La dimensión estructural se refiere a la determinación de qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior.

Es importante también distinguir el efecto del precedente horizontal externo, que se refiere al grado de aceptación con que los poderes políticos cumplen las decisiones del máximo tribunal del sistema judicial.

Con respecto al valor de la jurisprudencia constitucional, varía en los distintos países de Iberoamérica, según estemos en presencia de un modelo concentrado, mixto o difuso, aunque sin duda la tendencia es otorgarle obligatoriedad,

en razón de los principios de seguridad jurídica e igualdad que imponen la unificación de las decisiones detrás de la doctrina sentada por los máximos tribunales, y considerando el efecto expansivo con que el neoconstitucionalismo ha impregnado a Iberoamérica.

Así en España, ejemplo del modelo kelseniano concentrado, el art. 5.1 de la LOPJ claramente determina que las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes, y los jueces y tribunales deben interpretar todas las normas conforme con la interpretación que de ellas resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos¹²⁶.

En Colombia (sistema mixto), el art. 243 de la Constitución establece que los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Al considerar el valor del precedente constitucional en Colombia, es preciso hacer una distinción entre el decisorio (“*decisum*”) y los fundamentos (“*la ratio decidendi*”) en las sentencias de constitucionalidad, según la diferencia que la propia Corte Constitucional colombiana hace de uno y otro elemento, en tanto partes de una sentencia de constitucionalidad. Mientras que el decisorio gozaría de cosa juzgada *erga omnes* explícita, los fundamentos gozarían de cosa juzgada *erga omnes* implícita¹²⁷.

¹²⁶ En Alemania también la ley del Tribunal Constitucional establece en su art. 31 que: “1) Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados así como a los tribunales y autoridades. En algunos casos la decisión del Tribunal Constitucional federal tiene fuerza de ley”.

¹²⁷ Cfr. Sentencia C-131 de 1993.

En contra de esta posición, puede verse CONTRERAS CALDERÓN, *El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho*, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”, vol. 41, n° 115, jul.-dic. 2011, p. 331 a 361. Sostiene este autor que “al atribuir a ambos conceptos –al del *decisum* y al de la *ratio decidendi*– la misma cualidad –gozar de cosa juzgada *erga omnes*– y distinguirlos en sus fallos de constitucionalidad, principalmente,

Las razones o fundamentos que motivan la decisión de declarar constitucional o inconstitucional una determinada disposición (*la ratio decidendi*) de las sentencias de constitucionalidad, constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano, a partir de la sentencia C-104 de 1993.

En la sentencia T-260 de 1995, la Corte Constitucional manifestó también que los fundamentos esenciales de sus fallos de tutela también constituían precedente obligatorio para la guarda y protección de los derechos fundamentales. A su vez, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que sus precedentes obligan al resto de los tribunales y poderes, inmediatamente después de ser dictados.

En el caso del Brasil (sistema mixto), el Supremo Tribunal Federal, según el art. 28 de la ley 9868/99, determina que las declaraciones de constitucionalidad, incluso la interpretación conforme a la Constitución, tienen eficacia contra todos y efecto vinculante con relación a los órganos del Poder Judicial y a la Administración pública federal, estatal y municipal.

Por su parte, el art. VII, Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú (sistema dual) merita al respecto: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la fuerza de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

La ley del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su art. 4.1, referente a interpretación constitucional, determina: “Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”. A su vez, el art. 44, en su literal I, precisa: “Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las re-

por el carácter explícito o implícito de esta cualidad, pareciera sensato concluir que ambas partes de la sentencia de constitucionalidad constituyen especies de un mismo género: el de precedentes judiciales de la Corte Constitucional; mas esto no es correcto: ni la decisión de la Corte Constitucional de declarar exequible una norma jurídica, ni la decisión de declararla inexecutable son normas jurídicas, y al no ser normas jurídicas, no son precedentes”.

soluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional son obligatorios y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”.

Un último ejemplo, en torno al tratamiento que los distintos sistemas de control de constitucionalidad brindan al precedente, lo encontramos en la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala (sistema mixto), que en su art. 43 precisa: “La interpretación de las normas contenidas en la Constitución y otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte”.

b) La retroactividad de la jurisprudencia es uno de esos temas que con mucha facilidad se prestan a la discusión teórica y que suscitan innumerables comentarios en la práctica. Sin embargo, no ha sido explorado suficientemente por la doctrina y a nivel constitucional encuentra –a nuestro criterio– una regulación poco satisfactoria.

Como hemos visto en este capítulo, al igual que en los Estados Unidos de América, nuestra Constitución no prevé expresamente la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes (recién con la reforma constitucional de 1994 lo estableció expresamente, en el marco del amparo, conforme el art. 43), como sí sucede en la mayoría de los países de Latinoamérica.

De la misma manera que en el país del norte, el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció a una creación jurisprudencial en los recordados casos “Sojo” y “Elortondo”. De todos modos, conforme el art. 116 de la Const. nacional, por el cual el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, y siendo ésta ley suprema (art. 31, Const. nacional), puede entenderse que el Poder Judicial está obligado a inaplicar las normas contrarias a ella¹²⁸. Por otra parte, el art. 3° de la ley 27 de 1862

¹²⁸ SAGÜES, *El control de constitucionalidad en la Argentina*, en SABSAY (dir.), “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias”, t. 4, p. 585 a 602.

dispuso que uno de los objetos de la justicia nacional “es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Podemos sostener, así, que el sistema argentino de control de constitucionalidad se ha edificado, al igual que su Constitución nacional, sobre el modelo estadounidense que influyó en el diseño de los sistemas de muchos países latinoamericanos, y es Argentina el único país que mantiene su sistema de control siguiendo los rasgos esenciales de aquel modelo: judicial y difuso.

Sin embargo, y a pesar de la similitud señalada, en la actualidad la fisonomía de la Corte Suprema no es la misma en ambas naciones. Mientras que en los Estados Unidos de América la Corte de esa nación se ocupa aproximadamente de cien sentencias anuales, que abordan temas principalmente constitucionales, la Corte Suprema argentina aborda no menos de nueve mil sentencias anuales¹²⁹, entre constitucionales y de derecho común. Además, dado el carácter federal del país, los efectos de las sentencias no son exactamente iguales en el ámbito nacional y en el ámbito provincial.

El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tiene competencia originaria¹³⁰, y ejercerá su jurisdicción por apelación ordinaria¹³¹,

¹²⁹ Conforme los datos expuestos en la página web de la Corte en el 2012.

¹³⁰ *Art. 117, Const. nacional.* – “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”.

¹³¹ *Art. 116, Const. nacional.* – “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que verse sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 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 la que 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”. La competencia

y por apelación extraordinaria¹³². Ahora bien, en este contexto, y a efectos de mostrar las contradicciones que el sistema puede evidenciar y que nos impulsan a proponer la obligatoriedad de los fallos de la Corte (cuando interpreta derecho federal o derecho común), para los tribunales inferiores nacionales o provinciales, nos referiremos exclusivamente a los efectos de las sentencias constitucionales clásicas. Estas sentencias son aquellas que pueden declarar o rechazar la inconstitucionalidad de cualquier norma.

En la experiencia judicial argentina se presentan situaciones que son propias de un sistema difuso con falta de uniformidad de las decisiones, por ausencia de obligatoriedad legal del precedente.

Por ejemplo, puede suceder que un juez repute constitucional una ley y otro resuelva lo contrario. Si no median recursos idóneamente interpuestos contra esos fallos, ellos pueden quedar firmes, circunstancia que posibilita que el sistema judicial dé respuestas contradictorias. Es cierto que el recurso extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48 permite llevar todo expediente donde se decida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma presuntamente opuesta a la Constitución federal ante la Corte Suprema nacional, pero como es sabido, este recurso no siempre es articulado en tiempo y forma, y aunque lo fuere puede ser desestimado por la Corte en razón del am-

ordinaria de la Corte deriva de este artículo que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate.

¹³² La competencia extraordinaria de la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad deriva del art. 116 de la Const. nacional citado, en tanto dispone que corresponde a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; del art. 31, que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo, y del art. 75, inc. 22, que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Asimismo, el art. 43, producto de la reforma constitucional de 1994, dispuso que en el caso de la acción de amparo el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

plio margen de discrecionalidad que ella tiene para aceptar los recursos.

Otra hipótesis contradictoria sería que una norma sea reputada en un fallo, por ejemplo, de la Corte Suprema como constitucional, pero en otro posterior del mismo tribunal, como inconstitucional¹³³. Estos vaivenes son frecuentes cuando la integración de la Corte ha variado, alternativa que en la Argentina ocurre con frecuencia. Algunas veces la Corte recurre al argumento de las inconstitucionalidades sobrevinientes, es decir, una norma pudo haber sido constitucional al momento de sancionarse, pero después por modificación del contexto de vida o por variación en las creencias sociales, concluye como inconstitucional¹³⁴.

También la Corte Suprema argentina ha instrumentado sentencias constitucionales atípicas o no clásicas, en el sentido de que no siempre encuadran dentro de la anterior categoría de fallos que admiten o rechazan los planteos de inconstitucionalidad de las normas, pero no nos referiremos a ellas por considerarlo innecesario a los fines de este punto¹³⁵.

Respecto de la doctrina del precedente obligatorio que caracteriza al modelo estadounidense y diferencia al nuestro, la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario.

A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones¹³⁶, y también un deber institucional¹³⁷, pueden apartarse del criterio de la Corte, pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes dada la autoridad insti-

¹³³ Como sucedió por ejemplo con las leyes de obediencia debida y punto final, donde una composición de la Corte Suprema las consideró constitucionales y otra posterior, inconstitucionales.

¹³⁴ Por ejemplo, CSJN, "Sejean", *Fallos*, 308:2268; íd., "Izcovich", *Fallos*, 328:2566.

¹³⁵ Sentencias interpretativas, manipulativas, exhortativas, escalonadas, etc., según las distintas clasificaciones de los autores.

¹³⁶ *Fallos*, 25:368.

¹³⁷ *Fallos*, 212:59.

tucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución nacional¹³⁸.

Pero cabe advertir que ocasionalmente la Corte también ha sido autocontradictoria, cuando ha dicho que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”¹³⁹, tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte.

Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local¹⁴⁰.

En definitiva, si bien existe hoy una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema que impone a los tribunales inferiores a ella el deber jurídico de seguir sus criterios en todo los escenarios (derecho federal, común o local), ésta se encuentra condicionada, ya que el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella siempre que lo haga de modo expreso y dé fundamentos valederos y diferentes de los ya examinados por la Corte, sin perjuicio de señalar que los tribunales inferiores han tenido actitudes disímiles frente a la doctrina de la Corte¹⁴¹.

¹³⁸ *Fallos*, 315:2386.

¹³⁹ *Fallos*, 131:109 y 263:255.

¹⁴⁰ *Fallos*, 304:1459.

¹⁴¹ Efectivamente, algunas veces hay actitud de obediencia; en otras ocasiones se pregona una suerte de sometimiento *parcial*: habrá de seguirse a la Corte Suprema en temas de derecho federal, pronunciados en virtud del recurso extraordinario federal, pero no en asuntos de derecho “común” (civil, comercial, penal, laboral), sobre los cuales muchas veces la Corte Suprema se expide en instancia originaria y exclusiva. Estos asuntos, en principio, son de competencia de las jurisdicciones ordinarias provinciales, a tenor del art. 75, inc. 12 de la Const. nacional. De cuando en cuando se habla del sometimiento “moral” a las sentencias de la Corte Suprema, pero no “legal” (en los hechos, ello parece entenderse como un seguimiento más tenue y en definitiva no coercitivo). Ciertas sentencias exigen, para obedecer a la juris-

Si bien es cierto que el peculiar *stare decisis* argentino recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver, la sociedad contemporánea en el marco de una democracia constitucional de alto contenido social como las que impone la mayoría de los ordenamientos actuales, adhiere a la necesidad de preservar el valor de la igualdad¹⁴², y los principios de previsibilidad y economía.

En este marco, no podemos dejar de recordar que el proceso de pesificación de la economía argentina, devenido luego de las crisis de principios de siglo, dejó al descubierto las inequidades que el sistema de control de constitucionalidad difuso puede generar en una sociedad marcada por la emergencia y la inestabilidad.

Efectivamente, a pesar de que toda la sociedad se vio afectada por normas emanadas del poder público en ejercicio de la emergencia, el sistema difuso hizo que personas que estaban en iguales circunstancias tuvieran tratamientos diferentes, generándose una marcada desigualdad ante la ley¹⁴³.

Las inestables circunstancias descriptas nos motivan a proponer, como modificación legal¹⁴⁴, la obligatoriedad de

prudencia de la Corte Suprema, que ella sea *reiterada*. En una postura igualmente exigente, algunos tribunales demandan que el fallo de la Corte Suprema con efectos expansivos, sea dictado por unanimidad. Si no tiene tal cualidad, disminuye su peso jurídico. A su turno, una colección de fallos se inclina por el no acatamiento a las doctrinas sentadas por la Corte Suprema federal, salvo desde luego que el órgano tribunalicio del caso, voluntariamente, las comparta. Al respecto, ver el excelente trabajo de GARAY, *El precedente judicial en la Corte Suprema*, "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 2, n° 1 y 2, abr. 1997, p. 51 a 108.

¹⁴² Sobre la relación del principio de igualdad y la jurisprudencia obligatoria, ver BIDART CAMPOS, *La jurisprudencia obligatoria*, LL, 2001-F-1492.

¹⁴³ Por ejemplo, los depósitos bancarios en dólares que fueron pesificados fueron recuperados por algunas personas en dólares billete, por otras en pesos al valor del dólar libre, por otras al valor de la pesificación (1/1), por otras a una equivalencia intermedia que se llamó "esfuerzo compartido". Incluso hubo personas que nada recuperaron. Ver, al respecto, AMAYA, *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?*, LL, 2005-F-125, y *La doctrina plenaria frente a la doctrina de la Corte Suprema*, DJ, año XXIV, n° 22, 2008.

¹⁴⁴ Recordemos que el legislador alguna vez dispuso que los jueces inferiores debían seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos aná-

los fallos de la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, nacionales o provinciales, en temas de derecho federal y de derecho común, dejando sólo excluidos los temas de derecho exclusivamente local.

Si apartarse de la doctrina del último intérprete constitucional del sistema constituye siempre “caso constitucional”¹⁴⁵, por sobre la característica que la norma interpretada sea de derecho federal o común, cuando el alto tribunal interpreta derecho lo hace en una “función constitucional” o en ocasión de un “caso constitucional”, por lo cual la doctrina que sienta debería ser siempre obligatoria para los tribunales inferiores, por ser el último intérprete de la Constitución.

Por consiguiente, nuestra propuesta consiste en otorgar obligatoriedad a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se expide en casos de derecho federal o común, en ocasión de haber activado su competencia por la vía extraordinaria (arts. 14 y 15, ley 48) u ordinaria; o en los supuestos de acción directa que propusimos en otra obra¹⁴⁶ y reiteramos en el capítulo IV.

No descartamos la posibilidad alternativa de que la reforma legal que se propone pueda dejar en manos de la Corte Suprema la facultad discrecional de decidir en qué casos y supuestos su doctrina resultaría obligatoria para los tribunales inferiores, pero este poder y sus efectos no surgirían solamente del carácter moral o la jerarquía institucional del alto tribunal, sino también de la fuerza legal de la norma.

§ 29. *MAPAS CONCEPTUALES DE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS.*

A partir del desarrollo realizado en los puntos precedentes sintetizamos –para una comprensión pedagógica del lector– las características de los sistemas latinoamericanos en este mapa conceptual.

logos (así lo hizo el art. 19 de la ley 24.463, en materia previsional, aunque tal precepto se encuentra hoy derogado por la ley 26.025).

¹⁴⁵ CSJN, *Fallos*, 304:494; 307:483 y 2124; 308:215; 310:1769; 312:2187, entre otros.

¹⁴⁶ Ver, AMAYA, *Democracia y minoría política*.

SISTEMA EXCLUSIVAMENTE JUDICIAL DIFUSO DE CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD (MODELO ESTADOUNIDENSE)

Estados Unidos de América. Creación jurisprudencial
("Marbury v. Madison", 1803)

Argentina. Creación jurisprudencial
("Sojo", 1867, y "Elortondo", 1869)

PROBLEMAS DEL SISTEMA DIFUSO: AUSENCIA
DE LA UNIDAD EN LAS DECISIONES

Países con tradición anglosajona
Ventaja: doctrina del *stare decisis*

Países con tradición de derecho romano
Desventaja: mayor incertidumbre

Mecanismos de solución: obligatoriedad moral del presente
o poderes a la Corte para declarar la inconstitucionalidad
con carácter general y efecto obligatorio

SISTEMAS MIXTOS (MEZCLAN CARACTERÍSTICAS DE LOS MODELOS)
PERO EXCLUSIVAMENTE CONCENTRADOS

Panamá: Judicial concentrado
(pleno de la Corte Suprema de Justicia)

Paraguay: Judicial concentrado
(Sala dentro de la Corte Suprema de Justicia)

Costa Rica: Judicial concentrado
(Sala de la Corte Suprema de Justicia)

Honduras: Judicial concentrado
(pleno dentro de la Corte Suprema de Justicia)

Uruguay: Judicial, Corte Judicial
(pleno de la Corte Suprema de Justicia)

Chile: Judicial y político concentrado, Tribunal Constitucional
(fuera del Poder Judicial)

EL CARÁCTER PREVIO (A PRIORI) O POSTERIOR (A POSTERIORI)
DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El control preventivo combinado con el control posterior (Panamá, Colombia, Venezuela, Bolivia, Costa Rica); en paralelo al control concentrado existe un control preventivo, que resulta –en general– de las objeciones formuladas por el presidente de la República, al vetar las leyes por razones de inconstitucionalidad

El control preventivo como único método de control concentrado (Chile); las leyes sólo pueden ser objeto de un control preventivo previo (a posteriori se controlan los decretos del Ejecutivo)

EL CARÁCTER PRINCIPAL O INCIDENTAL DEL CONTROL CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDAD

El carácter principal o incidental del método concentrado en los sistemas exclusivamente concentrados (Panamá, Uruguay, Honduras, Paraguay, Costa Rica)

El carácter exclusivamente principal de método concentrado en los sistemas mixtos (el concentrado sólo se ejerce por vía principal mediante una acción de inconstitucionalidad o una acción popular –Colombia, Venezuela, México, Brasil, Perú, Bolivia, Guatemala, El Salvador–)

LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES EN MATERIA
DE CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

Efectos en cuanto a los destinatarios: en general, *erga omnes* (Venezuela, México, Costa Rica, Brasil, El Salvador, Panamá, Colombia, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia), o *inter partes* (Uruguay, Paraguay y Honduras)

Efectos de las decisiones de inconstitucionalidad en el tiempo: *ex nunc pro futuro*, no efecto retroactivo (Panamá, Brasil, México, Colombia, Guatemala, Bolivia, Venezuela, Perú, Ecuador)

Excepción: Costa Rica; *ex tunc* retroactivos, salvo en lo referente a derechos adquiridos de buena fe

SISTEMAS MIXTOS (MEZCLAN CARACTERÍSTICAS DE LOS MODELOS),
PERO CONCENTRADOS Y DIFUSOS

México: Poder Judicial y Corte Suprema de Justicia

Brasil: Poder Judicial y Corte Suprema de Justicia

El Salvador: Poder Judicial y Sala de la Corte Suprema de Justicia

Venezuela: Poder Judicial y Sala de la Corte Suprema de Justicia

Guatemala: Poder Judicial y Corte Constitucional
(dentro del Poder Judicial)

Colombia: Poder Judicial y Corte Constitucional
(dentro del Poder Judicial)

Bolivia: Poder Judicial y Tribunal Constitucional
(dentro del Poder Judicial)

Perú (dual): Poder Judicial y Tribunal Constitucional
(fuera del Poder Judicial)

CAPÍTULO IV

TENSIONES PARTICULARES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) TENSION POLÍTICA. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

§ 30. *INTRODUCCIÓN.* – En este capítulo abordaremos las tensiones particulares de la democracia constitucional, que se manifiestan en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Las hemos definido pedagógicamente como la *tensión política*, para referirnos a la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales; la *tensión judicial*, para puntualizar la doctrina contramayoritaria del poder judicial; la *tensión procesal*, que se dirige al examen de la problemática de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, y la *tensión institucional*, que procura abordar el rol institucional o político de las cortes supremas y los tribunales constitucionales. A ellas les sumaremos la *tensión soberana*, referida al control de las reformas constitucionales.

La primera, es decir, la *tensión política*, refleja la eterna tensión que palpita entre el orden jurídico y el orden político en toda construcción científico-constitucional¹. Y ello es así, pues por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político, que en

¹ CARNOTA, *Los derechos políticos y la jurisdicción constitucional costarricense*, ED, 151-97.

muchas ocasiones, como *res dura* que es, se resiste a ser encasillado.

Como recuerda BIANCHI, la Corte Suprema argentina, siguiendo de cerca la actuación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, ha excluido del ámbito de su control una serie de actos que han sido denominados “cuestiones políticas no judiciales o judiciales” (*political questions*)². Hay, por consiguiente, cierta categoría de decisiones que excederían el ámbito del caso judicial, quedando fuera del alcance de los jueces.

Las causas o razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en estos casos son de variada índole y constituyen uno de los ámbitos más complejos y confusos del derecho constitucional y, particularmente, del control de constitucionalidad.

Es que a nadie escapa que el tema se inserta en el marco del control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir, se relaciona con el principio de división de poderes y con los límites y facultades de un poder no político (el Judicial) frente a los poderes políticos del gobierno (el Ejecutivo y el Legislativo).

Como hemos dicho, el tema es altamente complejo y, por sobre todas las cosas, casuístico, de tal manera que ha conducido a un verdadero círculo vicioso, al sostenerse –no sin razón– que la única manera de distinguir claramente las denominadas “cuestiones políticas” es a partir de los pronunciamientos judiciales que así las declaran. En otras palabras –y parafraseando al famoso juez HUGHES–, podríamos sostener que “las cuestiones políticas” son aquellas que los jueces dicen que lo son.

§ 31. **COMPETENCIA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** – La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido creada de modo expreso, por la Constitución nacional, como institución judicial suprema del orden federal argentino y posee competencia jurisdiccional originaria y exclusiva y por apelación (arts. 116 y 117, Const. nacional).

² BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, t. 2, p. 149.

En la resolución de los conflictos referidos a esa materia –mediando la interposición del recurso extraordinario federal o del recurso de queja, que constituyen los modos procesales más usuales–, el tribunal puede ejercer, bajo determinadas condiciones, la enorme herramienta del control de constitucionalidad.

Esta facultad de control a favor del Judicial, inserta en el esquema de equilibrio y control de los poderes y de los “frenos y contrapesos”, fue aceptada pacíficamente con el transcurso de los años, sin perjuicio de los fuertes debates políticos y académicos que giran en torno a la llamada “objeción contramayoritaria”.

Así, el Congreso de la Nación dictó, en las primeras épocas de afianzamiento institucional de la Corte Suprema, la regulación de la típica herramienta para el ejercicio del control de constitucionalidad –el llamado “recurso extraordinario” que consagrara la ley 48–, la que fue completada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 256 a 258), que también reguló el recurso de “queja” por denegación del recurso extraordinario (art. 285).

La ley 23.774 modificó los arts. 280 y 285 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación e introdujo el *certiorari*, que faculta a la Corte Suprema al rechazo del recurso extraordinario o la queja interpuesta ante dicho tribunal, con la sola invocación del art. 280, sin encontrarse obligada a motivar la sentencia al desestimar el remedio federal.

El llamado *per saltum* o “salto de instancia” tuvo una breve vida en el país, como consecuencia de la crisis desatada a finales del año 2001. El art. 18 de la ley de emergencia 25.561 incorporó, en el art. 195 bis del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, un recurso *per saltum* por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de cuestionar medidas cautelares ordenadas por jueces inferiores en determinadas circunstancias. Por su parte, la Corte Suprema dictó la acord. 4/07, estableciendo muy exigentes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario y del de queja.

Esas normas instrumentales implican llaves que abren o cierran el control de constitucionalidad, control que genera una tensión particularmente significativa en el sistema político argentino, caracterizado por un presidencialismo re-

forzado y un modelo democrático con matices electorales y delegativos³.

La cuestión del control de los actos de los poderes políticos del gobierno por parte del Poder Judicial, y de sus límites frente a los muros del modelo democrático, no sólo es una problemática del derecho argentino, sino un permanente debate político y académico en el mundo constitucional.

La consideración de la Corte Suprema como un tribunal de garantías constitucionales o como un tribunal de resguardo del proceso democrático constituyen dos de las opciones más conocidas de justificación que se han empleado para otorgar mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad de las normas jurídicas, emanadas de los otros poderes del Estado, y para definir el tipo de liderazgo que debe asumir la Corte Suprema⁴.

El problema puede afrontarse, también, desde la perspectiva de los límites al control de constitucionalidad. En este sentido, la elaboración de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tuvo su formulación concreta en el ya citado precedente “Marbury”, operando, frente al área de reserva de cada uno de los otros poderes, tal como un borde jurídico que se impuso a sí misma la Suprema Corte.

El límite al control de constitucionalidad de las leyes ha sido enunciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América como la deferencia que el tribunal debe al Poder Legislativo. Acerca del sentido de esa deferencia y su aplicación por los jueces fue interrogada Sonia Sotomayor por la Comisión del Senado, quien examinó la postulación de ella –efectuado por el presidente Obama– para integrar la Suprema Corte de aquel país, lo que demuestra la actualidad que mantiene el tema⁵.

³ En torno al modelo democrático electoral, ver SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*; respecto de las características delegativas del sistema político argentino, ver O'DONNELL, *¿Democracia delegativa?*, en “Contrapuntos”, p. 293.

⁴ MILLER, *Control de constitucionalidad: el control político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, ED, 120-919.

⁵ GELLI, *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009)*, ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009.

§ 32. **LOS PRIMEROS CASOS “POLÍTICOS NO JUDICIALES”.** **CUESTIONES POLÍTICAS Y CUESTIONES NO JUDICIALES.** – Como ya sostuvimos, “*Marbury v. Madison*” constituye el primer atisbo (aunque en *obiter dicta*) de lo que serían las cuestiones políticas no judiciales, habiéndose repetido en algunos casos inmediatamente posteriores⁶.

Sin perjuicio de ello, en el derecho constitucional estadounidense, “*Luther v. Borden*”⁷ y “*Baker v. Carr*”⁸ constituyen los casos paradigmáticos de las cuestiones políticas no judiciales.

En la República Argentina, el primer precedente es “*Roque Pérez*”⁹, pero el más invocado, en el que la Corte Suprema adoptó la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, es “*Cullen c/Llerena*”, donde la mayoría del tribunal sostuvo que no debía examinar el procedimiento de sanción de leyes porque, en el caso particular que había llegado ante sus estrados, no existía contienda entre partes adversas; se trataba de una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso.

Como bien lo señaló la disidencia del doctor VARELA, con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Esta-

⁶ Ver el detalle de las cuestiones que quedaron inmersas en el concepto de “políticas”, en BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, t. 2, p. 152.

⁷ 48 US (7 Howard) 1, 1849. Este caso surge por aplicación de la llamada cláusula de garantía establecida en el art. IV, sección 4 de la Constitución estadounidense. La Legislatura de Rhode Island, frente a un intento de golpe de Estado, había declarado la ley marcial en el territorio. Como consecuencia de esta situación se había irrumpido en la casa de Martin Luther, en busca de un hombre acusado de traición. Luther demandó al Estado por los daños causados en su casa, argumentando que el Gobierno era ilegal y solicitó al Gobierno federal que interviniera por medio de la cláusula de garantía. La Corte Suprema rechazó la demanda, argumentando que revisar la legitimidad del grupo gobernante era una cuestión política ajena a la jurisdicción del tribunal.

⁸ 369 US 186, 1962. En el caso se demandó la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Tennessee sobre prorrateo distrital. La Corte Suprema revocó la decisión del tribunal inferior, enunciando como fundamentos principales: *a*) que el tribunal inferior poseía jurisdicción en la materia objeto del juicio; *b*) que la cuestión planteada era justiciable, y *c*) que los recurrentes tenían personería para discutir la ley de prorrateo distrital.

⁹ *Fallos*, 2:253.

dos Unidos de América, la línea que separa las cuestiones judiciales de las políticas nunca se ha trazado¹⁰.

Para GELLI, “de todos modos, más que definir con precisión los lindes de las cuestiones políticas a las que acudió recurrentemente la Corte Suprema argentina, ésta estableció una serie casuística de ellas, alguna de las cuales, finalmente, fueron examinadas por vía del control de razonabilidad”¹¹.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ha recibido fuertes críticas¹². Es claro que si, como lo señalara el juez VARELA en el precedente “Cullen”, la línea divisoria entre las cuestiones revisables y las que no lo son es difícil de trazar, éstas pueden esconder el retroceso del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema en particular frente al poder político y, más que expresar el respeto por la división de poderes y por las cuestiones privativas de cada uno de ellos, manifestar, en cambio, el desentendimiento del tribunal en su función de control.

Una de las dificultades adicionales a la casuística que enfrentan las cuestiones “políticas no justiciables o judiciales” constituye la imprecisa terminología empleada por la doctrina y la jurisprudencia para englobarlas.

¹⁰ *Fallos*, 53:420, 1893. El actor había cuestionado el proceso de sanción de una ley de intervención federal, sosteniendo que se había incumplido una de las prohibiciones para ello. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al tribunal examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso habían dado al art. 71 (actual art. 81) de la Constitución. Por el contrario, la disidencia del doctor VARELA limitó las cuestiones políticas, en principio, sólo a las cuestiones de soberanía.

¹¹ “Por ejemplo, y sin agotar la enumeración, en el pasado la Corte Suprema argentina ha considerado, con mayor o menor énfasis en el examen de ellas, cuestiones políticas no justiciables a la declaración de utilidad pública en materia de expropiación; a las causas de la declaración de estado de sitio; a las causas de intervención federal; al proceso de sanción de leyes; a las causales de enjuiciamiento de magistrados judiciales en los juicios políticos; a la oportunidad, conveniencia o eficacia de la ley; a las categorías legales, en punto al derecho a la igualdad. No obstante, como se señaló, la no revisión de esas cuestiones se ha ido flexibilizando por el empleo del examen de razonabilidad” [GELLI, *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009)*, ponencia en el Congreso Argentino de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009].

¹² BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, p. 780 y siguientes.

Si bien prevalece el uso de la denominación *cuestiones políticas no justiciables*, también se han utilizado otros calificativos para referirse a similares cuestiones como *zona de reserva política, ejercicio de facultades privativas, facultades reservadas y actos institucionales* –expresión ésta destinada a identificar los actos del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo no revisables judicialmente y que se orienta a reducir el campo de acción de la doctrina judicial–, y quizá por las críticas recibidas es que en la década de los noventa, la Corte Suprema argentina dejó de apelar de continuo a la mentada doctrina de las cuestiones políticas, en los casos en los que rechazó el control de constitucionalidad.

Tal abandono no ha significado un ensanchamiento de la revisión judicial. Lo que el tribunal hizo fue acudir a lo que en “Marbury”, y también en “Cullen”, se señaló –para rechazar lo demandado– como la inexistencia de agravio y, por ende, de legitimación.

Así, por la vía de la falta de legitimación activa, o por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad. La exigencia de agravio concreto para reconocer la legitimación que abre paso al control, se mantiene en la actual composición de la Corte Suprema y exige de los accionantes una cuidadosa presentación del caso o causa justiciable”¹³.

§ 33. **POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LAS CUESTIONES “POLÍTICAS NO JUDICIALES”**. – Podemos preclasificarlas en “restrictivas” y “amplias”.

a) **POSTURAS RESTRICTIVAS**. La concepción restrictiva del control judicial sobre las cuestiones políticas pone el acento en la necesidad de impedir el llamado “gobierno de los jueces” a efectos de resguardar el principio de equilibrio de la doctrina de separación de los poderes y de evitar, por lo tanto, que un poder quede a merced de otro, como consecuencia de trasladar el poder político a los tribunales judiciales.

¹³ GELLI, *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009)*, ponencia en el Congreso Argentino de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009.

Esta posición comulga, en gran medida, con el prejuicio generado en torno a los jueces en la época anterior a la revolución francesa, donde el juez era visto como un brazo ejecutor de una justicia impuesta por el monarca. Autores como BIDEGAIN se adhieren a la misma¹⁴.

Con matices, BADENI sostiene una postura similar, al afirmar que, “en definitiva, las cuestiones políticas no abarcan todas las facultades constitucionales conferidas a un órgano político sino solamente aquellas que revisten carácter discrecional en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia y que no son susceptibles de ser examinadas por los jueces sin alterar el equilibrio e independencia de los poderes consagrados en la ley fundamental”¹⁵.

A su turno, OYHANARTE –quien siempre hablaba de un “derecho de la realidad”– sostenía que “ciertos actos no son justiciables porque su valoración se subordina a la previa verificación de una gran cantidad de complejas circunstancias políticas, económicas y sociales que están más allá de las posibilidades de información y de conocimiento de los jueces”¹⁶.

Vemos aquí reflejada claramente la desconfianza hacia los jueces, de inspiración francesa, pero que no concilia con los antecedentes de nuestra Constitución.

b) *POSTURAS AMPLIAS*. En el otro extremo, una concepción amplia reclama el pleno juzgamiento de las cuestiones políticas, considerando que la ausencia de control judicial respecto de tal tipo de actos conduce, irremisiblemente, al predominio de los poderes Ejecutivo y Legislativo sobre los jueces, en detrimento de los derechos de las personas, y que la detracción de las competencias propias del Poder Judicial afecta el equilibrio que debe reinar en los órganos que ejercen el poder del Estado, el cual se ha instrumentado precisamente en resguardo de los derechos de los administrados.

¹⁴ BIDEGAIN, *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. I, p. 127 y siguientes.

¹⁵ BADENI, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, p. 211.

¹⁶ OYHANARTE, *Cuestiones no justiciables*, en ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, y otros, “Temas de casación y recursos extraordinarios”, p. 145.

Para esta posición, no hay cuestiones “políticas no juzgables”.

Con coherencia, BIDART CAMPOS se ha mantenido siempre dentro de esta línea doctrinal. Uno de los argumentos más importantes que obligan –a su juicio– a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, se centra en el art. 116 de la Const. nacional, cuando reserva al Poder Judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

Según él, “cuando se dice todas las causas es imposible interpretar que haya algunas causas que escapen al juzgamiento. Dividir las causas en judiciales y políticas (no judiciales) es fabricar una categoría de causas en contra de lo que impone la Constitución. En el estado actual de nuestra jurisprudencia, no caen en el ámbito de la jurisdicción todas las causas que versan sobre los puntos regidos por la Constitución, porque un tipo de causas (‘las políticas’) se sustraen al juzgamiento”¹⁷.

Como bien sostiene CASSAGNE, “muchas de las nociones que se han dado y se elaboran son armas de lucha ideológica y las categorías resultantes no pueden ser menos que hijas de esas luchas. La misión del jurista consiste en buscar la verdad de esas estrategias y tácticas, tratando de indagar acerca de lo que está detrás de lo que se presenta como incondicionado, refiriendo las teorías a las condiciones sociales que rodean su creación y su utilización, para poder vislumbrar los efectos que producen o producirán. Para ello, hay que partir, obviamente, del proceso de comprensión histórica de las instituciones”¹⁸.

A nuestro criterio, el quid de la cuestión radica en la extensión, modalidad y límites del ejercicio del control de constitucionalidad, que se encuentra íntimamente relacionado con la posición institucional que asuma el máximo tribunal encargado de las cuestiones constitucionales.

¹⁷ BIDART CAMPOS, *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*, ED, 9-918.

¹⁸ CASSAGNE, *Sobre la judicialización de las cuestiones políticas*, LL, 2006-A-858.

Si el máximo tribunal se considera filosóficamente un “tribunal contramayoritario”, el criterio de apreciación lucirá estricto en toda cuestión que tensione los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos, frente a las políticas mayoritarias, flexibilizando o no dando mayor atención a la doctrina de las cuestiones políticas; si, en cambio, se identifica principalmente como un “garante del sistema democrático”, la doctrina de las cuestiones políticas se ensancha en su dimensión y aplicación, frente a los actos de los poderes políticos, en razón de la legitimidad democrática que invisten.

§ 34. *LA TEMÁTICA DE LAS “CUESTIONES POLÍTICAS”*. – Veamos a continuación algunos de los temas más destacados en la temática y la posición que respecto de ellos ha mantenido la jurisprudencia argentina, particularmente la Corte Suprema.

a) *FACULTADES PRIVATIVAS*. Las facultades que la Constitución nacional ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio¹⁹.

b) *FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO*. Ante la exigencia del art. 5° de la Const. nacional, que obliga a las provincias a organizarse bajo la forma republicana de gobierno, el máximo tribunal sostuvo, inicialmente, que es al Congreso a quien le corresponde decidir qué género de gobierno es el establecido en la provincia²⁰. Posteriormente, se evolucionó hacia una mayor justiciabilidad²¹.

c) *AUTONOMÍA PROVINCIAL*. Las provincias gozan de la autonomía que les permite dictarse sus propias constituciones y elegir sus autoridades sin intervención del gobierno federal. En este tema, la Corte Suprema dijo en sucesivos fallos, que era incompetente para conocer y decidir los con-

¹⁹ Fallos, 263:265, 32:120, 170:246 y 254:43, entre otros.

²⁰ Fallos, 154:192.

²¹ Fallos, 310:804, entre otros.

flictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia²².

Más tarde fue ampliando el ámbito de la justiciabilidad. Así, ha sostenido que procede la revisibilidad por la Corte Suprema de cuestiones de derecho público provincial, en los supuestos en que se verifique un notable apartamiento del derecho federal en debate o un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público de la provincia, habiendo incluso decidido que los poderes conferidos a la Convención Constituyente de una provincia no pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia²³.

d) *INTERVENCIÓN FEDERAL*. En el *leading case* “Cullen c/ Llerena” sentó que la intervención federal a las provincias (art. 6º, Const. nacional) es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), sin ninguna participación del Poder Judicial²⁴. Ésta ha sido la doctrina que invariablemente ha seguido el alto tribunal en este tema.

e) *ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS*. En esta temática ha habido un progresivo avance hacia una atenuación de la originaria y rígida doctrina restrictiva, que sostuvo que lo relativo al enjuiciamiento de los magistrados y al ejercicio del poder disciplinario sobre ellos era materia propia de los respectivos poderes y autoridades provinciales y extraña a la jurisdicción de la Corte, en tanto los jurados de enjuiciamiento desempeñan “atribuciones de tipo político” atinentes a la integración de los poderes provinciales, que se rigen por la Constitución y las leyes locales y sin control de la Corte Suprema, y sus sentencias son inapelables en causas de responsabilidad política²⁵.

²² *Fallos*, 283:143 y 302:186, entre otros.

²³ *Fallos*, 156:288.

²⁴ *Fallos*, 53:420.

²⁵ *Fallos*, 271:69 y 300:488.

En una segunda época, la Corte Suprema enfatizó que la revisibilidad de los pronunciamientos de los tribunales de enjuiciamiento no procede para resolver conflictos de poderes locales, pero sí para hacer valer a favor de las personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso legal en el procedimiento del enjuiciamiento²⁶.

En cuanto al juicio político a los magistrados federales o del Poder Judicial de la Nación, el alto tribunal siempre lo consideró en principio una “cuestión política”, salvo que se acredite la violación del principio de la garantía del debido proceso legal y la defensa en juicio.

f) *COMPOSICIÓN DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO*. En una primera etapa, la jurisprudencia afirmó que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para analizar la legalidad o la ilegalidad de la composición del Congreso, desde que por el art. 56 de la Const. nacional cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros²⁷.

La posición ha sido revertida a favor de la judiciabilidad en los casos “Bussi”²⁸ y Patti”²⁹, que examinaremos con mayor detenimiento en el § 33, b, 7.

g) *PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO*. También en este tema la Corte Suprema fue mutando de una posición rígida sobre la no justiciabilidad, por considerarla una “cuestión política”, hacia una tesitura más flexible por un tiempo, en la que aceptó cierto margen de revisibilidad jurisdiccional. Así, en el caso “Binotti”, del 15 de mayo de 2007, admitió la justiciabilidad plena de una sesión de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación, declarando su nulidad, por haber violentado el reglamento interno³⁰.

²⁶ Fallos, 310:2845, 311:881, 312:253 y 313:114.

²⁷ Fallos, 23:257.

²⁸ CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2001-IV-688, y 13/7/07, LL, 2007-E-33.

²⁹ CSJN, 8/4/08, “Patti, Luis A.”, LL, 2008-C-43.

³⁰ Fallos, 330:2222.

h) *ESTADO DE SITIO*. En este instituto de emergencia deben resaltarse aspectos bien diferenciados en lo referente a la justiciabilidad.

La Corte Suprema, en una doctrina permanente, ha sostenido que el acto declarativo no es susceptible de revisión por los jueces, en cuanto cuestión política en la que el juicio prudencial del Congreso y del Ejecutivo son necesarios para implementar los objetivos de la Constitución nacional. Esta posición no varió ni aun cuando debió juzgar sobre el inc. 1º del art 4º de la ley de hábeas corpus 23.098, que le otorga al juez la posibilidad de verificar la legitimidad de la declaración del estado de sitio³¹.

Respecto de la suspensión de las garantías constitucionales se pasó de la no revisabilidad a la justiciabilidad. En varios casos, a partir de 1977, la Corte señaló que también está sujeta al control jurisdiccional, como un deber del Poder Judicial, la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales, control que, lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen las competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia³².

i) *REFORMA CONSTITUCIONAL*. También en este tema la Corte Suprema realizó un recorrido desde la restricción a la ampliación. En “Soria de Guerrero”³³, ante una impugnación relacionada con la inclusión del art. 14 bis en la reforma de 1957, y en “Gastón Cotti”³⁴, caso vinculado a la ley declarativa de la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, se inclinó por sostener que el procedimiento de reforma constitucional era una cuestión política no justiciable, vedada al examen del alto tribunal.

Esta doctrina cambió radicalmente en el caso “Fayt”³⁵, donde la Corte Suprema se avocó al examen del procedi-

³¹ *Fallos*, 307:2284 y 312:1882.

³² *Fallos*, 298:441, 685:299 y 300:816.

³³ CSJN, 20/9/63, “Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pu-lenta Hnos.”, *LL*, 112-225.

³⁴ *Fallos*, 313:594.

³⁵ CSJN, 19/8/99, “Fayt, Carlos S. c/Estado nacional”, *JA*, 1999-IV-613.

miento de reforma de la Constitución federal, declarando la inconstitucionalidad de la inclusión de un artículo por violación al proceso de reforma fijado en el art. 30 de la Constitución argentina.

Abordaremos este tema en profundidad al dedicarnos al análisis de la “tensión soberana” (§ 56 a 61).

§ 35. *LAS “CUESTIONES POLÍTICAS” Y LA POLÍTICA.* – Sin duda, el abanico temático del ejercicio de los derechos políticos, entendidos éstos en sentido amplio, y el derecho electoral, acusa un perfil marcadamente político y constituye, en alguna medida, el planteo liso y llano del examen judicial de la política.

Por ello, las restricciones al libre y correcto ejercicio de estos derechos, ya sea que provengan de particulares o del poder público, resultan de compleja argumentación jurídica ante los tribunales en su pedido de protección jurisdiccional. El meollo de la cuestión se circunscribe a la “justiciabilidad de la política”.

A los fines de intentar una clasificación que nos resulte útil, y que además se sustente en parámetros válidos dentro de las variables relacionadas con el amplio temario de los derechos políticos y su relación con las cuestiones políticas no judiciales, los dividiremos en cuestiones electorales y de partidos políticos, y cuestiones vinculadas con la participación política.

a) *CUESTIONES ELECTORALES Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.* Respecto del primer punto, es decir, las cuestiones electorales y de partidos, nuestra jurisprudencia tradicionalmente las consideró como políticas no judiciales. Fue así que, durante mucho tiempo, estos problemas (cuestiones internas de los partidos políticos; oficialización de listas de candidatos, planteos en torno a resultados de elecciones, etc.) estuvieron excluidos del control judicial.

Al igual que en los Estados Unidos de América, la Suprema Corte –a partir de “Baker v. Carr”– modificó su criterio acerca del control judicial sobre las cuestiones políticas; nuestro alto tribunal fue progresivamente ingresando en el análisis de ellas, hasta llegar al total abandono de la

doctrina negatoria, pudiéndose afirmar que en la actualidad las cuestiones electorales y de partidos políticos ya no integran el catálogo de asuntos ajenos a la revisión judicial.

Fue así que, a comienzos de la década de los sesenta (lo que constituye una excepción dentro de la jurisprudencia del tribunal en dicho periodo), la Corte Suprema, en el caso “Partido Obrero”, ingresó plenamente en su conocimiento y confirmó la sentencia del inferior, que había negado la personería a dicho partido político por propiciar ideas contrarias al estado democrático³⁶.

Años más tarde, en la causa “Partido Socialista. Orden Nacional”, resolvió el fondo de la cuestión en debate sin invocar la doctrina de las cuestiones políticas³⁷. Algo similar sucedió en los casos “Partido Socialista de los Trabajadores”³⁸, “Partido Intransigente”³⁹ y “Frente Justicialista de Liberación”⁴⁰, donde la Corte Suprema dirimió lisa y llanamente una elección provincial.

A partir de estos precedentes, nuestra Corte Suprema siguió interviniendo en la materia de varias maneras. Así lo hizo para decidir conflictos de competencia entre diversos tribunales electorales (“Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires”⁴¹, para reconocer el derecho de uso al nombre de un partido político (“Partido Unión Cristiana Democrática”⁴²), para dirimir un conflicto entre las siglas de dos partidos, para confirmar el rechazo de un pedido de suspensión de elecciones internas de un partido (“Partido Demócrata Progresista”⁴³) para interpretar el derecho público provincial en materia de empleo de cocientes electorales (“Unión Cívica Radical de la provincia de Buenos Aires”⁴⁴), para declarar la constitucionalidad del monopolio dado por

³⁶ Fallos, 253:133.

³⁷ Fallos, 285:338.

³⁸ Fallos, 287:31.

³⁹ Fallos, 284:446.

⁴⁰ Fallos, 285:410.

⁴¹ Fallos, 305:926.

⁴² Fallos, 305:1262.

⁴³ Fallos, 307:1774.

⁴⁴ Fallos, 308:1745.

ley a los partidos políticos en la nominación de los candidatos (“Antonio J. Ríos”⁴⁵) o para reinterpretar el derecho público provincial respecto de la actuación de un Colegio Electoral en temas vinculados a la elección de un gobernador y vicegobernador provincial⁴⁶.

b) *CUESTIONES VINCULADAS A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA*. En lo que respecta al segundo punto de la clasificación, o sea, los derechos políticos vinculados a la participación política, debemos adelantar que tanto la Cámara Nacional Electoral (máximo tribunal federal con competencia electoral) como la Corte Suprema han dictado un menor número de pronunciamientos relacionados con la libertad de participación, en comparación con la cuantiosa jurisprudencia relativa a las cuestiones electorales y de los partidos políticos.

Relevaremos algunos de los casos de mayor trascendencia.

1) “*José Eduardo Ormache*”. La Corte Suprema consideró que el art. 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del Poder Judicial local, era contraria a los arts. 14, 16 y 33 de la Constitución federal.

Ello por cuanto “no se compadecen con los principios, declaraciones y garantías de la ley fundamental... ya que la consagrada incompatibilidad, en cuanto importa establecer un impedimento absoluto para ejercer actividad política, infringe los arts. 14, 16 y 33 de la Const. nacional, con menzura de los derechos del empleado frente a los demás habitantes de la República, sin que razones de ‘interés público’ o ‘bien común’ así lo justifiquen”⁴⁷.

2) “*Antonio Ríos*”. La Corte Suprema declaró la validez constitucional del monopolio dado por la ley a los partidos políticos para la nominación de los candidatos, ante

⁴⁵ *Fallos*, 305:926, 305:1262, 306:2048, 307:1774, 308:1745 y 310:819.

⁴⁶ CSJN, 26/12/91, “Electores y apoderados de los partidos Justicialista, UCR, Democracia Cristiana s/nulidad de elección de gobernador y vicegobernador de la provincia de Corrientes”, *LL*, 1992-D-417, y *DJ*, 1992-2-935.

⁴⁷ *Fallos*, 308:394.

la pretensión del actor de presentarse como candidato a diputado nacional por la provincia de Corrientes a nombre propio y por fuera de toda estructura partidaria.

El alto tribunal expuso que “el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del cuerpo del Estado, que en cuanto actividad exterioriza un acto político”⁴⁸. La Corte Suprema aquí “distingue el derecho subjetivo al voto de su naturaleza política, separando así el contenido del derecho por un lado y la normativa que lo protege por el otro”⁴⁹.

3) “*Miguel Ángel Rossi Cibils y otros*” y su acumulado “*José Antonio Romero Feris*”. Aquí se reclamó el estatus de la representación política como vía de legitimación procesal para cuestionar la intervención federal al Poder Judicial de una provincia, en violación a la normativa constitucional.

Éste fue un caso particular. Romero Feris (senador nacional por Corrientes) obtuvo pronunciamiento favorable de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, que declaró inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo que había intervenido el Poder Judicial de la provincia por razones de necesidad y urgencia, sin respetar el procedimiento constitucional⁵⁰.

Ante la sola presentación del recurso extraordinario federal por parte de la Procuración del Tesoro, solicitando que se otorgara al recurso efecto suspensivo, la Corte Suprema sustrajo el expediente y lo acumuló al iniciado por Rossi Cibils y otros, el cual –revistando la misma petición– había sido interpuesto en competencia originaria de la Corte Suprema por un grupo de legisladores provinciales⁵¹.

El alto tribunal rechazó conjuntamente ambos pedidos. Quedó claro que la cuestión analizada era justiciable,

⁴⁸ Fallos, 310:819.

⁴⁹ MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, p. 216.

⁵⁰ Fallos, 315:2092.

⁵¹ Fallos, 315:2074.

porque el cuestionamiento no se fundaba en las razones que motivaron la intervención, sino en la incompetencia constitucional del órgano que había dictado el acto (Poder Ejecutivo), al encontrarse el Congreso en sesiones ordinarias.

4) “*Malamud, Eduardo Horacio, y otros*”. Ante la pretensión –rechazada en primera instancia– interpuesta por dos ciudadanos, tendiente a que los votos en blanco emitidos en los comicios nacionales fueran expresamente considerados a los fines de la asignación de los cargos a cubrir (senadores y diputados nacionales), permitiendo dejar tantas bancas vacantes según las veces que los votos en blanco alcanzaran el coeficiente correspondiente, la Cámara Electoral confirmó el rechazo del pedido⁵².

Sostuvo que la pretensión debía ser desestimada por imperio de las reglas que rigen el sistema de representación política que surge de los arts. 1º y 22 de la Const. nacional, pues cuando la Nación adoptó el sistema representativo lo hizo estableciendo que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

Es la misma Constitución la que diseña los órganos del poder constituido, no surgiendo de disposición alguna que tal representación pueda conformarse de manera incompleta, como consecuencia de los votos en blanco resultantes en una elección. En la base del sistema representativo se halla implícita la primacía de la soberanía nacional por sobre los intereses sectoriales o meramente individuales.

Para que esa representación de intereses homogéneos opere efectivamente, es preciso reconocer que no se ha encontrado hasta ahora un procedimiento eficaz distinto del electivo, realizado en un ambiente de verdadera libertad; es decir, cuando el cuerpo electoral (mediante el cual se expresa el pueblo) sea capaz de elegir preferentemente, con plena discrecionalidad, las personas que (por el partido político al que pertenecen, por las corrientes doctrinales que siguen, por el programa de gobierno que proclaman y por la confianza que inspiran) concuerden con los intereses, con el

⁵² CNElectoral, 8/8/02, *ED*, 198-246.

pensamiento y con el programa político dominante dentro del mismo cuerpo electoral.

5) *“Emilio F. Mignone”*. En su condición de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales, Mignone promovió una acción de amparo a fin de que se adoptaren “las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (art. 37, Const. nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos” y que, consecuentemente, se declarara “la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. *d*, del Cód. Electoral Nacional”.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la acción, sentencia que fue revocada por la Cámara Electoral, la cual declaró la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. *d*, del Cód. Electoral. Contra esta sentencia se dedujo recurso extraordinario, provocándose el pronunciamiento de la Corte Suprema.

El alto tribunal, con cita de la doctrina sentada en la causa “Alianza Frente para la Unidad”, confirmó la sentencia apelada, en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. *d*, del Cód. Electoral Nacional, urgiendo al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adoptaran las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y disponiendo que ese derecho fuera implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses⁵³.

6) *“Partido Nuevo Distrito Corrientes s/oficialización de listas de senadores y diputados nacionales –‘elecciones del 23 de noviembre de 2003’–”*. En este caso⁵⁴, por cierto muy discutido y contrario, a nuestro criterio, a las pautas sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que hace a la protección del sufragio pasivo, tal como veremos en el capítulo VII⁵⁵, la Cámara Nacional Electoral revoca una sentencia de primera instancia que había rechazado la pretensión de una legisladora provincial para

⁵³ *Fallos*, 325:524, con cita de CSJN, 27/9/01, “Alianza Frente para la Unidad s/oficialización lista de candidatos”, *LL*, 2001-F-542.

⁵⁴ CNElectoral, expte. n° 3790/03.

⁵⁵ CIDH, 1/9/11, “López Mendoza c/Venezuela”.

que se dejara sin efecto la oficialización de la candidatura a senador nacional del ciudadano Raúl Rolando Romero Feris por falta de idoneidad para el cargo, en razón de pesar sobre el candidato dos sentencias penales condenatorias.

Para rechazar la pretensión, el juez de primera instancia había señalado que, si bien era cierto que existían sentencias condenatorias en contra del candidato Romero Feris, éstas no se encontraban firmes, y explicó que la restricción al derecho de elegir y ser elegido sólo era admisible cuando la condena penal ha pasado en autoridad de cosa juzgada, citando el art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y antecedentes jurisprudenciales vinculados con la materia en debate.

A su vez, el señor fiscal electoral actuante en la instancia destacó que el Código Electoral Nacional dispone la exclusión del padrón electoral únicamente de los condenados por sentencia ejecutoriada, es decir, firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, y que –en el caso– las condenas invocadas no revestían tal carácter, correspondiendo confirmar la decisión apelada.

Cabe destacar que, cuando la Cámara Nacional Electoral se pronunció, la elección de senadores se había producido, resultando electo el candidato Romero Feris por un amplio caudal de votos.

El alto tribunal electoral desecha la argumentación del sentenciante inferior, dispone revocar la sentencia apelada, y en consecuencia producir el corrimiento de candidatos de la lista oficializada por el Partido Nuevo del Distrito Corrientes, al entender que no reúne la condición de idoneidad suficiente para ser candidato a senador nacional un ciudadano sobre el que pesan dos sentencias condenatorias de primera instancia por la comisión de delitos contra la Administración pública, que incluyen la accesoria de inhabilitación especial perpetua, la que específica e inexorablemente se relaciona con el ejercicio de cargos públicos.

Para así concluir, señala que en materia de igualdad respecto de las garantías que hacen al pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía

nía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia (art. 37, Const. nacional), debe distinguirse entre el derecho político de sufragio activo, de elegir que tienen los ciudadanos electores y el del sufragio pasivo de ser elegidos –elegibilidad–.

A su vez, la idoneidad para ocupar cargos públicos de la que habla el art. 16 de la Const. nacional se refiere no sólo a la técnica, sino también a la moral, y ésta estriba tanto en carecer de antecedentes penales, como en haber tenido una conducta acorde con las pautas éticas vigentes. Cuanto mayor sea la jerarquía del empleo o de la función, mayor debe ser el grado de moralidad a exigirse.

La Cámara Nacional Electoral no omite, en su sentencia, considerar la presunción de inocencia de la que goza el candidato electo, en virtud de que las sentencias condenatorias no habían adquirido firmeza. Sin embargo, ello no enervó el criterio del tribunal, pues consideró que dichas condenas gozaban de la presunción de certeza y legitimidad que le asistían como tales, en razón de haber sido dictadas por un tribunal competente, conforme a derecho y con todas las garantías del debido proceso legal.

7) “*Pagani, Enzo Luis*”. La causa se suscitó por la impugnación efectuada por distintas agrupaciones políticas a la asunción al cargo de diputado nacional de Eduardo Lorenzo (Borocotó), en virtud de que habría manifestado su voluntad de traspasarse, en su calidad de representante del pueblo, a las huestes del oficialismo.

La Cámara Electoral confirmó la sentencia denegatoria de primera instancia, sosteniendo que el hecho de que el cuestionado haya asumido su banca no es óbice suficiente para impedir el dictado de un pronunciamiento, cuando “la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular”. Asimismo, que habiéndose constatado en la etapa correspondiente el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo al que se nominó el demandado, y habiendo éste resultado electo en los respectivos comicios, su comportamiento posterior –que se alegaba en sustento de la inhabilidad que se denunció– sólo puede ser

considerado por la Cámara de Diputados de la Nación, en los términos del art. 64 de la Const. nacional⁵⁶.

“En la actualidad el partido político resulta el único instrumento apto para designar y elegir aquellos que han de ocupar cargos electivos. Intervienen con exclusividad en la postulación de candidatos, pero ello no los autoriza a arrogarse la titularidad de las bancas de los candidatos electos.

El partido nombra y el pueblo elige a través de la función pública no estatal del voto. Quiere decir que el titular del derecho es el pueblo, y los partidos políticos son moldes donde esos derechos vierten en búsqueda de la organización política de la sociedad... al ‘acto de nominación’ por parte del partido se le suma el ‘acto de elección’ por parte del cuerpo electoral... Las bancas no pertenecen al partido sino al pueblo, según el marco de la Constitución vigente...

Tal conclusión es consistente con el principio de la representación libre que invisten los diputados nacionales, el cual supone que el legislador ‘no está ligado por instrucción alguna, siendo señor de su propia conducta. Sólo necesita atenerse con carácter de deber moral a lo que son sus propias convicciones objetivas’... La teoría de la representación libre ‘excluye toda relación de mandato en la representación política. No estando el diputado sujeto a otra voluntad que la propia, no es representante de sus electores sino de la nación’”.

8) “Antonio Bussi” y “Luis Abelardo Patti”. En una primera etapa, la jurisprudencia tenía dicho que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para analizar la legalidad o ilegalidad de la composición del Congreso, dado que, por el art. 56 de la Const. nacional, cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros⁵⁷.

Esta jurisprudencia ha sido revertida en una secuencia de fallos.

En el primero, la Cámara Electoral rechazó el diploma del diputado electo por la provincia de Tucumán, Antonio Bussi, por manifiesta inhabilidad moral-política e idoneidad constitucional para asumir dicho cargo, en virtud de su

⁵⁶ CNElectoral, 29/8/06, n° 3738/2006, con citas de WEBER, *Economía y sociedad*, p. 236, y FAYT, *Sufragio y representación política*, p. 105.

⁵⁷ Fallos, 23:257.

participación en la dictadura militar que asoló a nuestro país entre 1976 y 1983, por lo cual fuera imputado y procesado en varias causas judiciales por diversos delitos y crímenes de lesa humanidad.

Dicha medida fue recurrida judicialmente por el interesado, mediante una acción de amparo que fue rechazada en primera instancia y en la Cámara Electoral, por considerarse la cuestión inmersa en las “cuestiones políticas no justiciables”. Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Suprema, sin ingresar al análisis de las facultades del Congreso, revocó la sentencia, por entender que la causa era justiciable⁵⁸.

Posteriormente, vuelto el expediente a la Corte Suprema, ésta sostuvo que la cuestión se había tornado abstracta, porque el mandato de Bussi había caducado y, dejando constancia del carácter inoficioso del pronunciamiento, estableció que el cuerpo legislativo carecía de facultades constitucionales para rechazar el diploma de un diputado electo por causales anteriores a su elección⁵⁹.

El alto tribunal reiteró la doctrina sentada de “Bussi” en el caso “Patti”⁶⁰.

9) “*Partido Nuevo Triunfo*”. La Cámara Nacional Electoral rechazó el reconocimiento de la personalidad jurídico-política solicitada por los apoderados de la agrupación. Para así decidir, el tribunal de alzada sostuvo que las manifestaciones y actividades de la agrupación resultaban suficientes para tener por configurados actos concretos de discriminación absolutamente contrarios al principio de igualdad ante la ley y que, a los fines de su reconocimiento como partido político, no encontraban cobijo en el art. 38 de la Const. nacional, en los tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22, ni en las leyes 23.298, de partidos políticos, y 23.592, que sanciona los actos discriminatorios. Contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso

⁵⁸ CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, *JA*, 2001-IV-688.

⁵⁹ CSJN, 13/7/07, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, *LL*, 2007-E-33.

⁶⁰ CSJN, 8/4/08, “Patti, Luis A.”, *LL*, 2008-C-43.

extraordinario. La Corte Suprema confirmó, por los mismos fundamentos, la sentencia de la Cámara⁶¹.

10) “*Unión para Vivir Mejor*”. La causa se originó ante la impugnación planteada por un grupo de afiliados a la Unión Cívica Radical de Santa Cruz, del sistema electoral de composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales de las elecciones generales del mes de octubre de 2013, previsto en el reglamento de la alianza “Unión para Vivir Mejor”, de la cual participó dicho partido centenario, solicitando la aplicación del sistema de reparto proporcional D’Hont pues consideraban que debía garantizarse a las listas presentadas en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) la posibilidad de acceder a una participación en la lista definitiva que surgiera de dichas elecciones internas⁶².

Ante el rechazo de esta pretensión por parte del Juzgado Federal con Competencia Electoral de Santa Cruz, los accionantes apelaron y expresaron sus agravios, los que una vez contestados por la apoderada de la alianza y emitido el dictamen fiscal (que se inclina por dar aval a la sentencia del inferior), el expediente pasó a consideración de la Cámara Nacional Electoral, la que dictó una sentencia que revocaba la del inferior, que consideramos pionera en la defensa de las minorías políticas cuya recepción constitucional consagró la reforma de 1994 en su art. 38: Las “cartas orgánicas deben prever un método o procedimiento para que en sus cuerpos orgánicos estén representadas las líneas internas minoritarias... (las que también) deben estar representadas en las listas de candidatos a cargos electivos”.

A esta conclusión llega la Cámara, partiendo de analizar la importancia de los partidos políticos como instituciones democráticas articuladoras de la voluntad estatal; en relación con la legitimidad constitucional que el art. 38 de la Const. nacional otorgó a las minorías a partir de 1994; y

⁶¹ CSJN, 17/3/09, “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento”, LL, 2009-B-688.

⁶² CNElectoral, 1/8/13, “Unión para Vivir Mejor s/constitución de alianza electoral – incidente de apelación”, expte. n° 5462/13.

la concepción atenuada que debe darse a la regla de la mayoría en la democracia constitucional (consids. 2° y 3°). “Si bien el referido principio democrático... no propone una receta única para implantar un sistema electoral determinado, sí excluye cualquiera que no deje sitio a las representaciones minoritarias” (consid. 4°)⁶³, haciendo hincapié la sentencia en la incidencia que tienen los sistemas electorales en la composición de la representación política, a través de un recorrido pedagógico de las características de ellos que formula en el consid. 4°.

En consecuencia, el fallo ordena la modificación del reglamento de la alianza a fin de prever un procedimiento que asegure a las minorías estar representadas en la lista definitiva de candidatos a diputados nacionales (consid. 7°).

Finalmente, la Cámara sostiene en su consid. 8° que cuando un ciudadano se afilia a un partido político considera –entre otras cuestiones– las oportunidades que tendrá de participar en las decisiones de selección de sus representantes en los órganos internos y en las instituciones políticas constitucionales. Esta posibilidad se encuentra garantizada, en lo que respecta a quienes luego podrán postularse en las elecciones generales, por las PASO, pero de aplicarse el sistema de lista completa en la selección definitiva de los candidatos a las elecciones generales, un número de votantes verán frustrada su expectativa de que participe en ellas por su partido (integrando la lista definitiva) algún candidato que fuese de la lista de su preferencia, circunstancia que podría implicar que la nominación de los candidatos no resulte suficientemente representativa de la totalidad del cuerpo de electores.

Este último razonamiento de avanzada se encuadra –desde nuestra perspectiva– en el siguiente concepto cualitativo: en la democracia los órganos decisorios son más representativos cuanto mejor reflejen en su composición la distribución de preferencias mayoritarias y minoritarias de un universo ciudadano.

⁶³ Con cita de BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 266.

§ 36. **CONCLUSIÓN.** – No negamos la necesaria existencia de cuestiones políticas en el marco de la división de poderes. A nuestro criterio, el parámetro de justiciabilidad de las llamadas “cuestiones políticas” debe transitar por la afectación de la juridicidad, es decir, la acreditada alteración de los derechos individuales o de las reglas procedimentales de la democracia.

La Corte Suprema de Justicia debe asumir el responsable compromiso institucional que le compete como cabeza de un poder del Estado, evitando una conducta de “auto-restricción” ante situaciones que, bajo la excusa de la politicidad, esconden claras arbitrariedades formales y materiales de los poderes políticos del Estado.

La institución y el ejercicio del control de constitucionalidad constituye, por un lado, la facultad que la categoriza en la trilogía de poderes como un poder de igual jerarquía que el Legislativo y el Ejecutivo y, por otro, la garantía final para preservar el principio de supremacía constitucional, de modo tal que se articulen equilibradamente las tensiones propias de la democracia constitucional.

B) TENSION JUDICIAL. DEMOCRACIA, PODER JUDICIAL Y CONTRAMAYORÍA

§ 37. **INTRODUCCIÓN.** – El interrogante alrededor de cuál es el poder u órgano más idóneo en el Estado de derecho para preservar la supremacía constitucional desencadenó arduos debates desde el siglo xvii⁶⁴. Más recientemente, importantes autores se han preocupado y han teorizado sobre el tema⁶⁵.

⁶⁴ AMAYA, *Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina*, “Revista de la Maestría en Derecho Procesal”, 1, <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/65>; *El juez constitucional argentino y su crisis*, “Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación”, año III, n° 5, p. 6 a 29, y *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?*, LL, 2005-F-1257.

⁶⁵ Ver, entre otros, TRIBE, *American constitutional law*; BICKEL, *The least dangerous branch*; DAHL, *Pluralist democracy in the United States: conflict and consent*; ELSTER, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en SHUTE -

Los *modelos de control de constitucionalidad* que hemos revisado en la primera parte de esta obra se asientan –como vimos oportunamente– en filosofías distintas, priorizando, según el modelo, los representantes del pueblo (francés), la tecnicidad de un tribunal especializado y autónomo que se compone con un mixturado jurídico y político (kelseniano), o un Poder Judicial independiente (estadounidense) y, por consiguiente, ajeno al vínculo directo con lo popular (ver § 17 a 27).

Esta aclaración nos induce a recordar que todo ensayo tendiente a justificar el control de constitucionalidad en cabeza de los jueces aborda la difícil relación entre Constitución y Democracia.

§ 38. *LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA Y SUS DISTINTAS INTENSIDADES.* – Como vimos, la ideología de la Constitución estadounidense tuvo como uno de sus objetivos primordiales contener el accionar de las mayorías y, principalmente, de las mayorías legislativas.

La sentencia del juez MARSHALL, depositando el control de la constitucionalidad de las leyes en el Poder Judicial, preserva –según la visión de parte de la doctrina y jurisprudencia constitucional– dicho objetivo, tenido en mira por el sistema de frenos y contrapesos. El control de constitucionalidad aparecía como un medio de asegurar la supremacía de la constitución y la limitación del gobierno corriente.

Como podemos advertir, los argumentos acerca de la legitimidad del control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial son –al decir de TRIBE– políticos, filosóficos e históricos, o sea, metaconstitucionales⁶⁶, al igual que los ar-

HURLEY (eds.), “De los derechos humanos”, p. 165; ELY, *Democracia y desconfianza*; WALDRON, *A right-based critique of constitutional rights*, “Oxford Journal of Legal Studies”, 13-1993-28; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*; GARZÓN VALDÉS, *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*, “Isonomía”, n° 12, p. 7 a 34; NINO, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, n° 4, p. 86; TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, p. xi; KRAMER, *We the Court*, “Harvard Law Review”, 115-2001-165; *The people themselves*, p. 7 y 8; *The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy*, “Valparaiso University Law Review”, 41-2006-697.

⁶⁶ TRIBE, *American constitutional law*, p. 1 a 17.

gumentos de la dificultad u objeción “contramayoritaria”, como la ha llamado BICKEL⁶⁷.

La dificultad “contramayoritaria” se funda en el hecho de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial, como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

a) *LAS DIFICULTADES BÁSICAS*. La objeción a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en las siguientes:

1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.

2) La duración cuasivitalicia en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos.

3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y, a la vez, no controlable por los otros poderes, que sí encarnan la voluntad popular.

4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instauro la Constitución, pues no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél⁶⁸.

Por el contrario, quienes se adhieren a la posición judicialista entienden que dicha situación, lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías⁶⁹.

Mas esta posición no es compartida –en distintas intensidades– por muchos sectores políticos y académicos, los cuales han cuestionado, en nombre de la “dificultad contramayoritaria”, el modelo que marca la existencia de un catálogo de derechos fundamentales receptados por una consti-

⁶⁷ Ver, en general, BICKEL, *The least dangerous branch*.

⁶⁸ VERLY, *El argumento contramayoritario*, ED, 144-983.

⁶⁹ Éste es el “principio” que está presente en el pensamiento de los padres fundadores del constitucionalismo estadounidense.

tución escrita y garantizados por una justicia encargada de decidir sobre su contenido y enjuiciar, conforme a ellos, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

Es que una característica de las constituciones modernas es el alto grado de indeterminación en muchos aspectos del texto constitucional. Muchas palabras o textos son ambiguos o vagos, contienen conceptos controvertidos y principios de amplia, difícil y discrecional interpretación. Esta realidad ha llevado a poner en discusión el carácter estrictamente jurídico del juicio constitucional y la problemática legitimidad del órgano encargado de llevarlo a cabo.

Las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho, que se agudiza notablemente en el derecho constitucional. Es obvio, a un modo de ver, que conceptos como “Estado de derecho”, “Estado social”, “libertad”, “igualdad”, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Por ello, para el modelo de control europeo, la opción por un órgano ad hoc al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndoselo en supremo intérprete de la constitución, se justificó desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad más próxima a la del legislador, y a la del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes. Esta circunstancia hace conveniente –para los sostenedores de esta posición– atribuir tal función a un órgano diferente de los tribunales ordinarios preexistentes.

Por lo visto, el control de constitucionalidad como diseño institucional imperante en la democracia constitucional (para compatibilizar el resguardo de los derechos fundamentales de los individuos, reconocidos en las constituciones, con la democracia, como modelo de “autogobierno”) puede adquirir patrones diferentes, según nos situemos más cerca de la democracia o de la constitución, o según tengamos una concepción de la democracia clásicamente mayoritaria o modernamente consensual; también podrá variar si nuestra posición es de una constitución de reglas o de principios.

b) *LA OPINIÓN DE WALDRON*. Como ejemplo de un demócrata radical, su punto de partida es el reconocimiento de la autonomía moral de las personas y el pluralismo como fundamento de las teorías políticas basadas en el respeto a derechos individuales y de participación política⁷⁰.

Este autor defiende la regla de la mayoría como el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso para definir cuestiones básicas del sistema democrático (v.gr., qué derechos reconocer; a quiénes y con qué alcance).

Por ello, para WALDRON no deben sustraerse los efectos de las decisiones mayoritarias sobre las personas, revistiéndolas de inmunidad constitucional, porque esto supondría una injustificada inhabilitación de los legisladores y, por consiguiente, de los ciudadanos a quienes representan⁷¹.

En los textos constitucionales hay una excesiva autoconfianza en la bondad de las propias convicciones y de ahí la pretensión de insertarlas en una constitución rígida, frente a la desconfianza en las motivaciones de quienes sustentan posiciones contrarias.

El razonamiento de WALDRON lleva a concluir que la posición más adecuada con los valores de pluralismo y autonomía personal que defiende es la renuncia a toda forma de límites al poder de las mayorías en una constitución, o sea, la negación del constitucionalismo, conforma su desarrollo histórico, filosófico y normativo.

Critica el control judicial de constitucionalidad de la legislación⁷², dado que entiende que se trata de un mecanis-

⁷⁰ WALDRON, *A right-based critique of constitutional rights*, "Oxford Journal of Legal Studies", 13-1993-18.

⁷¹ WALDRON viene criticando la *judicial review* desde hace varios años (ver, entre muchas otras publicaciones, *A rights-based critique of constitutional rights*, "Oxford Journal of Legal Studies", 13-1993-18; *Moral truth and judicial review*, "American Journal of Jurisprudence", 43-1998-75; *Judicial review and the conditions of democracy*, "Journal of Political Philosophy", 6-1998-335, y *Law and disagreement*).

⁷² WALDRON limita la crítica a la revisión judicial de normas emanadas del Poder Legislativo y no a la revisión de actos del Ejecutivo o del proceso administrativo de toma de decisiones, puesto que, si bien el Ejecutivo goza de credenciales democráticas, es un principio universalmente aceptado que estas credenciales están sujetas al principio del *rule of law*.

mo de toma final de decisiones imperfecto e inapropiado para una sociedad libre y democrática. Sostiene que, en sistemas de gobierno en donde no está permitido a los jueces invalidar la legislación dictada por el parlamento, es el pueblo el que, por medio de mecanismos legislativos, decide finalmente cuestiones que entiende fundamentales (p.ej., el aborto). Para WALDRON, no hay razón para suponer que los derechos están mejor protegidos por el *judicial review* que por las legislaturas democráticas⁷³.

Asimismo, intenta definir el control judicial de constitucionalidad mediante la distinción entre su versión fuerte y su versión débil.

En la versión intensa o fuerte, como la estadounidense o la argentina, los jueces tienen la facultad de inhabilitar total o parcialmente la aplicación de la ley en el caso. Lo mismo ocurre en aquellos sistemas en los que los jueces pueden ordenar la derogación de leyes.

En la versión débil, los jueces pueden controlar las leyes para ver si violan o no algún derecho individual, pero no pueden dejar de aplicarlas.

En Inglaterra, los jueces pueden revisar la legislación y emitir una “declaración de incompatibilidad”, por ejemplo, cuando un artículo de una ley resulta incompatible con un instrumento internacional, como la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporada al derecho británico. Así, un ministro puede usar esta declaración para iniciar un procedimiento legislativo abreviado, tendiente a remediar la incompatibilidad en cuestión.

Hay sistemas aún más débiles como, por ejemplo, el de Nueva Zelanda. Allí, los jueces también pueden emitir declaraciones de incompatibilidad, pero éstas carecen de efecto alguno. Como caso intermedio se ubica a Canadá, donde –si bien los jueces pueden dejar de aplicar ciertas leyes– la legislación, sea provincial o nacional, puede sancionarse de modo tal de impedir que se revise judicialmente.

La crítica diferencia, además, el tipo de *judicial review* que está orientado exclusivamente a la defensa de los dere-

⁷³ WALDRON, *The core of the case against judicial review*, “The Yale Law Journal”, 115-2006-1346.

chos individuales, de aquel que se orienta a cuestiones estructurales, como el federalismo o la separación de poderes.

Otra distinción que formula es la revisión a posteriori o *ex ante*, tal como tiene el Estado de Massachusetts. Para WALDRON, la revisión judicial *ex ante*, en donde los jueces actúan como una etapa más de un proceso legislativo multicameral, no es en realidad *judicial review*. Por otra parte, aclara que sus críticas apuntan exclusivamente a la versión fuerte del *judicial review*, la que considera ilegítima desde el punto de vista democrático⁷⁴.

Una intensidad menor a la crítica que formula WALDRON la podemos encontrar en quienes aceptan límites a las decisiones mayoritarias, pero cuestionan que tales límites hayan sido impuestos por una generación pasada, que al dictar una constitución se atribuyó el derecho de condicionar a su descendencia.

Los “padres fundadores” estadounidenses fueron conscientes de esta dificultad que los enfrentó en aquel momento. Jefferson y Paine, por un lado, cuestionaron el llamado “precompromiso constitucional”, apelando al consentimiento de los “vivos” como el único válido para legitimar los gobiernos; frente a este argumento, MADISON, en *El Federalista*,

⁷⁴ WALDRON plantea una serie de condiciones para que su crítica tenga asidero. Afirma que, si falta alguno de esos elementos, la crítica no se sostiene. Los presupuestos que propone son: a) la existencia de una sociedad con instituciones democráticas que funcionen relativamente bien, incluyendo un cuerpo legislativo, bicameral, de representantes electos por el voto universal de ciudadanos adultos; b) una serie de instituciones judiciales que funcionen razonablemente bien, cuyos miembros sean designados de manera no representativa y que tengan a su cargo la decisión de disputas judiciales individuales y mantener el Estado de derecho; c) un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de sus funcionarios públicos para con la idea de derechos individuales y de las minorías, y d) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe respecto de los derechos entre los miembros de esa sociedad comprometida con la idea de derechos. Para la crítica, esta hipotética sociedad no debería resolver en los tribunales sus diferendos en materia de derechos, sino que debería hacerlo por medio del proceso legislativo. Así, se insiste con el ejemplo de países como Nueva Zelanda, Canadá e Inglaterra para mostrar que no necesitan el *judicial review* para decidir sus diferencias respecto a los derechos. Estas críticas fueron contestadas en su oportunidad por FALLON, *The dynamic constitution*.

asumió la posición contraria, sosteniendo la defensa del precompromiso, pues una Constitución heredada libera a las generaciones futuras de la necesidad continua de discutir sobre el marco básico de su vida política.

c) *LA OPINIÓN DE ELSTER Y ACKERMAN*. Actualmente, la discusión cobró nuevo impulso y nuevos argumentos en autores como ELSTER, ACKERMAN y HOLMES, para intentar conciliar la tensión que venimos revisando entre democracia y constitución.

Los dos primeros autores parten de una concepción “dualista” de la democracia. El dualismo constitucional distingue dos clases de decisiones políticas, a las que les adjudica distinta legitimidad. Las *decisiones del pueblo*, o “momentos constitucionales”, no son moneda corriente y ocurren en momentos caracterizados por el convencimiento del pueblo sobre la seriedad de lo que se discute y la gran movilización que esto acarrea. Las *decisiones del gobierno*, o “momentos corrientes”, son las que ocurren diariamente.

Esta distinción es de suma importancia para establecer los deberes del órgano que ejerce el control de constitucionalidad. La Corte Suprema debe preservar las decisiones políticas tomadas en los “momentos constitucionales”, para que no sean erosionadas por las decisiones políticas de los “momentos corrientes”.

Para ELSTER, la diferencia entre ambos “momentos” obedece a la mayor lucidez y razonabilidad de las decisiones constitucionales, acudiendo a la conocida metáfora de Ulises para argumentar su posición. Es decir, la constitución sería el momento de lucidez de una generación que se ata las manos para evitar la amenaza de su propia existencia⁷⁵.

Según ACKERMAN, la diferencia radica en la especial calidad deliberativa de los momentos constitucionales que configuran la más alta especie de política, por tratarse de situaciones poco habituales, donde los ciudadanos abandonan su pasividad habitual. Por consiguiente, no es posible asimi-

⁷⁵ ELSTER, *Ulises y las sirenas*, p. 66 a 84.

lar ambos “momentos”, y los “momentos” ordinarios deben sujetarse a los “momentos constitucionales”. Para este autor, el precompromiso no constituye una tiranía del pasado, dado que las constituciones pueden ser revisadas en los momentos constitucionales⁷⁶.

d) *LA OPINIÓN DE HOLMES*. Este autor también defiende el precompromiso constitucional, pero desde una posición distinta. Para HOLMES, el precompromiso no sería una tiranía del pasado, sino una cierta división intergeneracional del trabajo que libera a las generaciones posteriores de la necesidad de discutir continuamente las reglas del juego de la vida política⁷⁷.

§ 39. *DISTINTOS ARGUMENTOS Y MODALIDADES DE LA OPCIÓN JUDICIALISTA*. – Los precedentes históricos y filosóficos propios que sustentan la fundamentación de cada modelo de control de constitucionalidad se han ido flexibilizando de manera tal de acercarse entre ellos, originando –propiamente en Latinoamérica– sistemas mixtos, como hemos visto en capítulos anteriores.

El accionar de los tribunales constitucionales europeos se ha ido acercando a principios de la *judicial review*, alejándose del modelo original kelseniano (que pregonaba, por ejemplo, que el examen entre la compatibilidad lógica entre la constitución y la ley debía formularse excluyendo consideraciones valorativas), y los inspirados en la *judicial review* se acercaron al modelo europeo (p.ej., el dictado de sentencias por parte de nuestra Corte Suprema con efecto *erga omnes*, excediendo su principio de efecto exclusivamente *interpartes*).

Ante los riesgos derivados de la concentración de poder, el liberalismo propuso un sistema de controles institucionales, dividiendo el poder y creando un sistema de frenos y contrapesos para evitar que las mayorías o las minorías pudieran oprimir al grupo contrario.

⁷⁶ ACKERMAN, *¿Un neofederalismo?*, en ELSTER - SLAASTAD (eds.), “Constitucionalismo y democracia”, p. 210.

⁷⁷ HOLMES, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, en ELSTER - SLAASTAD (eds.), “Constitucionalismo y democracia”, p. 254.

Esta línea argumental sugiere –como vimos– que en caso de conflicto entre constitución y ley debe preferirse la constitución, porque la intención del pueblo expresada en ella es superior a la intención contenida en la ley; además, la facultad judicial del control de los actos del poder político no implica una superioridad del Judicial sobre el Legislativo y el Ejecutivo, sino la superioridad del pueblo sobre todos ellos, pues los jueces, al preferir la constitución, priorizan al pueblo sobre los representantes.

Tales afirmaciones contienen distintos razonamientos que han sido cuestionados por quienes, sin renegar enteramente de la opción judicialista, proponen modelos cuyos diseños institucionales excluyen la exclusividad del control en manos del Poder Judicial, vinculándolo a esquemas que admiten la participación, con mayor o menor intensidad, de los poderes políticos del gobierno.

Así, por ejemplo, GARGARELLA sostiene que la función judicial como contrapeso de las decisiones mayoritarias, en defensa de los derechos de las minorías, no puede extrapolarse del contexto histórico estadounidense que hemos revisado en otros puntos de este trabajo, por lo que resultaría riesgoso trasladar dicho razonamiento del siglo XVII al contexto constitucional actual⁷⁸.

Por otra parte, la afirmación de que la voluntad popular emerge de la interpretación judicial de la constitución es un problema crítico difícil de sostener, pues ignora el abismo existente entre el texto y la interpretación, cuya actividad faculta a los jueces a definir el sentido último de los preceptos constitucionales. Lo que prima, por consiguiente, es la voluntad de los jueces y no la del pueblo.

Otra de las críticas procura demostrar que de la asunción de la constitución como ley suprema no se deriva, necesariamente, al Poder Judicial como órgano de ejercicio del control de constitucionalidad. NINO ha demostrado esta falencia en la lógica de MARSHALL, acudiendo a la existencia –en todo sistema jurídico– de una norma básica, al decir de KELSEN, o una regla de reconocimiento, al decir de HART, que definen la validez o invalidez del resto del sistema jurídico.

⁷⁸ GARGARELLA, *Derecho constitucional*, p. 640 y siguientes.

Para NINO, la existencia de normas válidas y por consiguiente obligatorias, pero declaradas inconstitucionales y, por ende, no pertenecientes al sistema jurídico (el efecto *inter partes*), contradice las condiciones de la propia creación constitucional. La resolución del caso acudiendo al control judicial de constitucionalidad es sólo una posibilidad contingente, por lo que concluye que no es cierto –como afirma MARSHALL– que un sistema que no cuente con control judicial de constitucionalidad excluya la supremacía constitucional⁷⁹.

De las críticas que sobre el control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial hemos repasado, han emergido propuestas dirigidas a salvar su dificultad contramayoritaria. Algunas sugieren reducir la tarea judicial al control del procedimiento y otras comulgan con promover el sistema de reenvío a los órganos políticos para que expresen su última palabra.

a) *LA OPINIÓN DE ELY*. Este autor propone una teoría del control de constitucionalidad para aunar los argumentos del constitucionalismo y la democracia, que deje de lado los valores y se limita al control del procedimiento, verificando que las leyes satisfagan los presupuestos democráticos para su formación⁸⁰.

Al respecto, ELY sostiene que el papel reservado a los jueces no es el de imponer valores fundamentales por medio de la interpretación, sino asegurar la transparencia y participación en el proceso democrático, cuidando que éste no sea bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar a grupos minoritarios.

Como vemos, defiende una constitución de reglas y no de principios, que estructura a partir de una relectura de la Constitución estadounidense, a la que ve como una estructura para la resolución continua de los conflictos políticos y no como el triunfo de una ideología dominante.

⁷⁹ En este sentido, ver NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 674 a 679; también, SOLA, *Control judicial de constitucionalidad*, p. 63 y siguientes.

⁸⁰ Ver, en general, ELY, *Democracia y desconfianza*.

A partir de estos conceptos, este autor propone un modelo de constitución procedimental y reglada, en la que la protección de la libertad tiene lugar mediante un procedimiento de decisión que garantice la igual participación de los afectados y no la imposición de una ideología determinada, la que debe quedar librada al juego político.

La constitución prescribe procesos legítimos y no resultados legítimos; la tarea del juez es la de un árbitro encargado de velar por las reglas de juego, dado que, en virtud de la independencia judicial y separación del poder político, es el órgano más adecuado.

Por consiguiente, la competencia de la tarea de control judicial procedimental está dada por verificar la observancia del procedimiento de formación de las leyes y la revisión de su contenido, sólo cuando restringen derechos de participación o discriminan a minorías discretas o insulares basadas en prejuicios alimentados por sentimientos de hostilidad o estereotipos inadmisibles⁸¹.

La propuesta de ELY ha sido fuertemente criticada por apoyarse en una distinción que parece falaz o, al menos, de muy difícil concreción; es decir, la distinción entre contenidos sustanciales y cuestiones de procedimiento.

También ha sido atacada, pues la importancia otorgada a los derechos de participación y no discriminación contrasta con la precaria protección judicial que está dispuesto a suministrarles, pues ante la duda o dificultad del juez de advertir la discriminación, o la restricción de la participación, el juez tendrá que aceptar las razones del legislador para evitar imponer sus propias convicciones.

b) *EL CONSTITUCIONALISMO "DÉBIL"*. Una posición intermedia entre los defensores del constitucionalismo fuerte (constitución sustantiva y garantía jurisdiccional) y el no constitucionalismo o constitucionalismo mínimo de WALDRON, es el llamado constitucionalismo débil⁸², que presenta determinadas características.

⁸¹ LOPERA MESA, *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", n° 5, p. 247 y 249.

⁸² BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, "Ragionne Pratica", n° 10, p. 63.

1) Defender la existencia de un “coto vedado” mínimo que ponga a resguardo de las mayorías las reglas del procedimiento y aquellos derechos que se consideran presupuestos de la democracia, los que formulan como reglas inmodificables y reservando la textura de los principios sólo para aquellos contenidos que no pueden formularse como reglas.

2) Admitir una justicia constitucional con función de propiciar un diálogo entre poderes, siempre y cuando se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa mediante técnicas de reenvío.

3) Abandonar los procedimientos de reforma constitucional que exigen mayorías calificadas.

Para las teorías enroladas en el “constitucionalismo débil”, sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando ésta sea evidente y, en tanto no sea así, cualquier opción legislativa racional debe considerarse constitucional⁸³.

Lo cierto es que las impugnaciones formuladas contra la justicia constitucional, sea ésta ejercida por la judicatura ordinaria o por tribunales especializados, dentro o fuera del Poder Judicial, se hacen en nombre de una democracia cuyos principios de origen poco tienen que ver con los resultados actuales, particularmente en muchos países latinoamericanos, lo que aumenta el riesgo de una defensa –en

⁸³ FERRERES COMELLA sostiene una versión limitada de esta teoría, proponiendo una presunción de constitucionalidad de la ley condicionada a que la ley impugnada haya sido resultado de la deliberación pública y cuente con la aceptación mayoritaria del parlamento vigente. Dicha presunción se fortalece en razón del grado de consenso parlamentario o de la participación directa del electorado en la aprobación de la norma y se debilita frente a las leyes que se mantienen por inercia. Asimismo, la presunción se invierte cuando la ley afecta a grupos social y políticamente vulnerables o restringe derechos de participación política con criterios parciales. Además, propone decisiones intermedias cuando subsistan dudas, tales como la formulación de recomendaciones al legislador de modificar la ley en un determinado sentido y la adopción de sentencias intermedias, donde se declara la constitucionalidad de la ley, dejando abierta la posibilidad de un nuevo examen o dejando de lado su aplicación para ciertos casos (ver, en general, *Justicia constitucional y democracia*). NINO y GARGARELLA, con diferentes matices, se enrolan en esta teoría de un constitucionalismo débil o menguado.

muchos casos, no deseada— que, en el fondo, procura la ausencia de límites al poder político.

Es que, por sobre argumentos y contraargumentos a favor o en contra de la justicia constitucional, se mantienen vivas y con mayor fortaleza las enseñanzas y los temores que dieron origen al constitucionalismo, es decir, los riesgos que entrañan el ejercicio del poder por parte de los hombres, para los propios hombres.

§ 40. *LA ACTUALIDAD DEL TEMA.* — Como prueba de que el debate entre democracia y constitución, nacido hace más de doscientos años, está muy lejos de zanjarse, las críticas al control judicial de constitucionalidad y a los jueces, como últimos intérpretes de la constitución, se renuevan permanentemente en los Estados Unidos de América, país de su nacimiento.

a) *EL “CONSTITUCIONALISMO POPULAR”.* A FAVOR, *TUSHNET Y KRAMER.* Una de las críticas más extremas es, quizás, el denominado “constitucionalismo popular”, que sostiene básicamente que la constitución pertenece al pueblo y no a los jueces⁸⁴.

Por supuesto, también dentro del “constitucionalismo popular” encontramos matices.

Una de las posturas más radicales contra la *judicial review* es la de TUSHNET, quien propone eliminar directamente el control judicial de constitucionalidad, al que considera en extremo elitista, dando como ejemplo de opción aquellos países que carecen de este instituto y, sin embargo, respetan los derechos individuales, como Holanda o Inglaterra⁸⁵.

El citado autor divide a la Constitución estadounidense en dos partes —la que se relaciona con la organización del gobierno y la que se vincula a los intereses vitales del pueblo—, contenidas en el Preámbulo y en la Declaración de Independencia que redactara Jefferson.

⁸⁴ No debemos interpretar esta afirmación literalmente. El significado que debe darse tiene que ser entendido en términos de interpretación y control de constitucionalidad. WALDRON también se enrola en esta postura (ver § 36, b).

⁸⁵ Ver, en general, TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts.*

La primera no tiene importancia, en el concepto de TUSHNET, y los conflictos que se susciten en la segunda bien pueden ser resueltos por el pueblo mediante los mecanismos ordinarios de discusión política. Como vemos, para este autor los actores políticos –como no podía ser de otro modo– juegan un papel relevante en el sistema del “constitucionalismo popular”.

Este autor encuentra su raíz ideológica en la posición que sostuviera Jefferson, al advertir sobre el peligro que representaba que los jueces decidieran qué leyes eran o no constitucionales, imponiendo su criterio a los otros poderes. Son los líderes políticos los que hablan por el pueblo y, por ende, los únicos que pueden identificar sus intereses vitales.

Para su teoría, la *judicial review* ha sido contraproducente, dado que al haber acaparado el control de constitucionalidad, y la última palabra constitucional, ha desmotivado y liberado a los otros poderes del interés constitucional; por ello, según su visión, eliminándola se recobraría la preocupación constitucional por los poderes populares, retornando a manos del pueblo la toma de decisiones en materia constitucional.

El autor propone una reforma constitucional para impedir a los jueces el ejercicio del control judicial de constitucionalidad y sugiere una enmienda para establecer que la Constitución no será competencia del Poder Judicial.

Otro autor actual identificado con el “constitucionalismo popular” es KRAMER. Para él, lo cuestionable es la facultad de la Corte Suprema de ser el último intérprete de la Constitución, ya que tal facultad no debe pertenecer a un órgano elitista, sino al pueblo.

Como bien recuerda GARCÍA MANSILLA, “KRAMER hace una revisión de la historia constitucional estadounidense y concluye que el *judicial review* que habían aceptado los *Founding Fathers* tiene muy poca semejanza con la práctica actual. En ese recorrido histórico, KRAMER destaca dos presidentes que reclamaron el poder de interpretar la Constitución en nombre del pueblo: Andrew Jackson y Franklin D. Roosevelt, cuyos ejemplos propone imitar.

Al igual que Lincoln, el autor argumenta que solamente las partes del caso tienen que sentirse obligadas a cum-

plir con las decisiones que la Corte Suprema dicte en materia constitucional. Sostiene que los *Founding Fathers* y las generaciones siguientes no hubieran aceptado que una elite de abogados les diga qué significado tiene la Constitución. Tampoco hubieran adoptado un rol tan pasivo, ni una actitud tan deferente respecto de la actuación de jueces que no son electos por el pueblo”⁸⁶.

Para KRAMER, la aceptación del monopolio judicial en la interpretación constitucional por parte de la sociedad es consecuencia de un éxito ideológico del elitismo, que sobrevalora la función de la Corte Suprema de Justicia. Esta función judicial debería ser sometida a una especie de conversación y ser pasible de rechazo por parte del pueblo.

Sugiere seguir el modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad, así como los mecanismos de designación de jueces por mayorías especiales y acortar su duración en el cargo. Para el autor, el “constitucionalismo popular” induciría a los jueces de la Corte a adoptar otra actitud, al tener por encima de ellos un poder –el pueblo– capaz de dejar sin efecto sus fallos⁸⁷.

b) *EL “CONSTITUCIONALISMO POPULAR”*. *EN CONTRA, TRIBE Y CHEMERINSKY*. Por supuesto, la corriente del “constitucionalismo popular” enfrenta importantes críticas⁸⁸.

Al respecto, TRIBE centra las que le dirige a la Corte en motivaciones ideológicas. Para este profesor de Harvard, podemos discutir la supremacía judicial en la interpretación constitucional, pero no por ello, correlativamente, el control judicial de constitucionalidad, dado que éste sólo supone que la Corte Suprema está obligada a aplicar la Constitución como la ley suprema de la Nación.

⁸⁶ GARCÍA - MANSILLA, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.

⁸⁷ KRAMER, *The people themselves*, p. 249 a 253.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, GERBER, *The Court, the Constitution, and the history of ideas*, “Vanderbilt Law Review”, t. 61, n° 4, 2008, p. 1067, ALEXANDER - SOLUM, *Popular? Constitutionalism?*, “Harvard Law Review”, 118-2005-1594, citados por GARCÍA MANSILLA, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.

El “constitucionalismo popular” es peligroso, para TRIBE, porque vacía de contenido la constitución al permitir que el pueblo incluya en ella todo aquello que desea que ésta contenga, y al mismo tiempo ingenuo, por pretender que frases como “tiranía de la mayoría” son apenas meros eslóganes⁸⁹.

A su vez, CHEMERINSKY sostiene que el “constitucionalismo popular” no tiene una definición precisa, dado que –si bien sus sostenedores comparten el desacuerdo con el control judicial de constitucionalidad y su deseo de reducir el rol de los jueces en el sistema constitucional– sus posturas son divergentes, poco claras y ambiguas en torno al rol del Poder Judicial.

Para este profesor de la Universidad de Duke, el “constitucionalismo popular” se basa en el romanticismo de creer que se puede confiar la protección de los valores establecidos por la Constitución al pueblo de manera directa. Sin embargo, a lo largo de la historia han existido mayorías que persiguieron minorías raciales, religiosas y políticas. Esto también era el “constitucionalismo popular”, pero difícilmente uno que sea digno de ser preservado.

En definitiva, sin *judicial review* quedarían prácticamente eliminados los frenos contra el abuso de las mayorías sobre las minorías⁹⁰.

§ 41. **CONCLUSIÓN.** – El debate alrededor de la revisión judicial y de la capacidad de los jueces como últimos intérpretes de la constitución, frente a los actos del legislador, excede, por cierto, el ámbito académico y se proyecta día a día en los actos de gobierno y en las posiciones políticas de los funcionarios.

En este sentido, recordemos que las instituciones jurídico-políticas no son neutras, dado que, según sean los principios que inspiran su diseño, y la interpretación de ellos que hagan sus operadores, serán los resultados que se persigan y se logren.

⁸⁹ TRIBE, *The people themselves judicial populism*, “The New York Times”, 24/10/04.

⁹⁰ CHEMERINSKY, *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*, “University of Illinois Law Review”, 2004-3-676.

Por supuesto, las distintas posiciones analizadas nos permiten vislumbrar un claro sesgo ideológico en la mayoría de las posturas, principalmente las más extremas.

Sin embargo, el debate permanente nos ayuda a poner la temática que analizamos en términos de perspectiva, pues en los últimos cien años hubo dos posiciones centrales respecto de la *judicial review*.

Para unos, dado su carácter contramayoritario, se trataba de una institución inaceptable en un sistema democrático. Para otros, se trataba de un elemento central del sistema de gobierno estadounidense, indispensable para proteger los derechos y libertades fundamentales de los posibles desvíos en que incurra la mayoría.

La primera posición reflejaba una crítica; la segunda, una justificación. Lo curioso es que progresistas y conservadores han sostenido una u otra postura en diferentes épocas, dependiendo de la reacción del autor frente al momento político determinado que le tocaba vivir⁹¹.

Ahora bien, la confianza en los jueces deviene como lógica consecuencia de un sistema constitucional democrático representativo, en donde el concepto madisoniano de “facciones”, o –en términos más actuales– de “mayorías y minorías de la democracia”⁹², pugna continuamente en el marco del gobierno y el ejercicio de los derechos.

Si consideramos –conforme a nuestra posición– que el sistema político argentino posee una fuerte tendencia, por razones normativas, históricas y culturales, que lo caracterizan como “mayoritarista y movimientista”, es dable esperar que la lucha entre las mayorías y las minorías tenga una relevante presencia en la historia del modelo y una actualidad que deja en constante evidencia la necesidad de fortalecer las facultades y la independencia del Poder Judicial, tanto en su rol jurídico de administrador de justicia

⁹¹ GARCÍA MANSILLA, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08, con cita de FRIEDMAN, *The cycles of constitutional theory*, “Law and Contemporary Problems”, 67-2004-150.

⁹² AMAYA, *De mayorías y minorías en la democracia*, “Debates de Actualidad”, año XXI, n° 197.

como en su rol político de “poder contramayoritario” o de “garante de las reglas democráticas”, según cuál sea el modelo institucional que entendamos que debe cumplir el Poder Judicial, y sobre lo cual nos explayaremos en el § 67 y siguientes.

Esto no nos inhibe de reconocer la fortaleza de muchas de las críticas contramayoritarias –principalmente la de WALDRON– en torno al control judicial de constitucionalidad, o de imaginar, a la luz de los profundos cambios que las sociedades vienen operando durante los siglos xx y xxi, nuevos diseños institucionales o nuevos modelos de división de poderes que encuentren una respuesta más pacífica a la objeción contramayoritaria, sin descuidar la defensa de los derechos fundamentales de los distintos, los diversos y los disidentes, es decir, sin dejar en manos de las “mayorías” los planes de vida de las “minorías”, o los procedimientos básicos de la democracia que posibilitan que dichas “minorías” puedan aspirar a transformarse algún día en “mayorías”.

§ 42. **DIAGNÓSTICO Y PROPUESTA.** – A partir del período democrático inaugurado en 1912 con la ley Sáenz Peña de voto universal y secreto (que se complementaría con la ley 13.010 de voto femenino, de 1947), el modelo argentino dejó al descubierto la fragilidad del sistema institucional para resistir los embates que, por distintas razones, fue recibiendo. Los gobiernos democráticos, arribados, con mayor o menor legitimidad, a través del voto popular, se alternaron a partir de 1930 con gobiernos militares, llegados al poder por medio de golpes de Estado (militares y cívico-militares) que muchas veces tuvieron un importante apoyo en distintos sectores de la sociedad argentina, la cual fue configurándose como fuertemente corporativa.

Al fracaso temporal de la democracia representativa y constitucional que instaló la Constitución de 1853-60, producto de los aludidos golpes de Estado, se sumó el acoso sustancial a ella a partir del desarrollo ideológico del nacionalismo⁹³ y de la aparición competitiva en el país de otros

⁹³ Ver FLORIA, *Pasiones nacionalistas*, y PERINA, *La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*.

modelos, discutiblemente democráticos para quienes identifican la democracia con la poliarquía⁹⁴, y claramente no constitucionales para quienes consideramos al constitucionalismo como limitación a la aspiración del autogobierno popular basado en los derechos y la división del poder, como la democracia popular, ligada al periodo mundial de crecimiento soviético⁹⁵, y la democracia populista, atractivo esquema para una cultura autoritaria como la que ha imperado históricamente en el país⁹⁶.

Así, la democracia argentina ha enfrentado –en distintas etapas de su historia– adhesiones sociales a dos modelos opuestos: el modelo orgánico, representativo, republicano y constitucional, que pretendiera edificar la Constitución originaria o histórica de corte liberal, adaptada al modelo social a partir de 1957 y con mayor intensidad a partir de la reforma de 1994, con la cual comulgan muchos sectores de la sociedad; y el modelo –definido en esta obra como populista– caracterizado por la consolidación hegemónica de un líder político que encarna discursivamente un proyecto nacional y popular, legitimado siempre por la emergencia, cuya aspiración política y social es la conformación y el desarrollo de un movimiento que acapare el sentir y el pensamiento general.

Este último modelo democrático, que desdibuja –como lógica consecuencia– la división clásica del poder inclinando la balanza decididamente en cabeza de dicho líder titular del Ejecutivo, al que se le reconoce y justifica la iniciativa

⁹⁴ Ver DAHL, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?; Entrevista sobre el pluralismo; Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control.*

⁹⁵ La utilización del vocablo “democracia” por estos regímenes, como en la República Democrática Alemana, se ha considerado un abuso por parte de quienes identifican la democracia con la poliarquía. Sin embargo, según sus partidarios, estos regímenes serían democráticos en varios sentidos: la pertenencia plena a la comunidad política es universal, no está mediada por criterios censitarios; hay mecanismos orgánicos de participación política, mediados por el partido, y el Estado se define por un programa de políticas públicas: educación y cultura, sanidad, deportes, etc., también orientadas a esa participación universal.

⁹⁶ Ver GARCÍA HAMILTON, *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva).*

política y constitucional unilateral, es justificado y aspirado por muchos otros sectores del entramado social, político y académico argentino, y ha ganado terreno a partir de la crisis económico-social que viviera el país sobre fines del año 2001 y principios del 2002⁹⁷.

La recuperación de la democracia en 1983 instaló en la comunidad política una vocación constitucional reformista que emergió –como hemos dicho– como reparador mágico de las frustraciones nacionales y disparador de un futuro promisorio. Esta utopía constitucional logró su concreción en el Pacto de Olivos que, si bien concentró un importante consenso representativo, alteró la praxis política de la Nación con la introducción de instituciones ajenas al modelo constitucional de 1853-60, y vio frustrada la aspiración legítima de atemperar el fuerte presidencialismo argentino.

A varios años de estos sucesos, que por sobre la crítica formulada, parecieron alinear a la República, reiteramos, en la senda del consenso político, nuevamente el país transita por caminos de inestabilidad institucional muy marcados, que quedan en evidencia ante las recurrentes ambiciones reeleccionistas y la ambición de trocar el modelo democrático constitucional por un modelo populista.

Ni aquella Constitución impedía los cambios estructurales propuestos por el ex presidente Carlos S. Menem, ni la actual podría ser considerada una barrera para el gobier-

⁹⁷ Contrariamente a lo que pensamos, existe una fuerte corriente doctrinal que afirma que la democracia liberal reacciona contra la sociedad de masas para conformar una democracia de élites. “A guisa de ejemplo podríamos mencionar que la democracia, en tanto forma de intervención en las decisiones de una sociedad según los principios de la igualdad y la participación, en nuestros países está siendo socavada por tendencias neoconservadoras y neoliberales que no sólo equiparan la lucha política por el poder a la lógica económica del mercado y del cálculo individual, sino que han colocado en marcha la política preventiva del gobierno de las élites. Con base en este recurso ideológico en realidad lo que se persigue es la neutralización de la democracia de masas y, por consiguiente, la domesticación de los efectos nocivos provocados por los desbordamientos que se atribuyen al pueblo cuando éste funge como protagonista político (los riesgos de la tiranía y el despotismo de las mayorías)”. Cfr. CÓRDOBA GÓMEZ, *Liberalismo y democracia en la perspectiva de Norberto Bobbio*, “Convergencia Revista de Ciencias Sociales”, vol. 15, n° 48, UNAM, sep.-dic. 2008, p. 29 a 49.

no saliente de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, la cual, además, tiene a mano un mecanismo flexible para la incorporación a la Constitución en forma amplia de los derechos más modernos (art. 75, inc. 22), y la posibilidad de estructurar un nuevo esquema federal, a partir de la negociación con las provincias de la ley de coparticipación federal adeudada hace casi dos décadas.

Hoy el presidencialismo, lejos de atenuarse, ha consolidado la figura y las facultades del líder; el federalismo se reduce a un dilema del prisionero para la mayoría de los gobernadores que se ven obligados a alinearse con el Ejecutivo nacional para posibilitar su subsistencia política y la económica de las provincias; el Jefe de Gabinete de Ministros desafía al Congreso en forma intermitente con sus inasistencias inconstitucionales (art. 101, Const. nacional) y no ha sido nunca el fusible institucional que imaginaron los reformistas de 1994⁹⁸.

La independencia judicial –otrora bandera del Consejo de la Magistratura introducido por la reforma– cada vez más cercada por la política; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, vaciada de contenido, la sufren a diario sus habitantes; la jerarquía constitucional y la finalidad del Ministerio Público, bajo la dependencia estricta del Ejecutivo; los órganos de control totalmente desarticulados; y la participación ciudadana orgánica prevista en la Constitución, ha sido avasallada por la militancia política partidaria que se financia con fondos públicos.

Frente a este diagnóstico institucional, consideramos que se requieren modificaciones constitucionales y legales para equilibrar el sistema político argentino, claramente personalista y políticamente hegemónico, y que algunas de ellas deberían canalizarse por medio de modificaciones en el sistema de control de constitucionalidad, a efectos de perseguir el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público respecto de los poderes políticos del go-

⁹⁸ Muy por el contrario, la figura podría ser desnaturalizada para intentar superar una eventual imposibilidad de reforma constitucional que permita la reelección vedada de la presidenta. Ver al respecto un interesante artículo de GREGORICH, *Alternativas para la eternización populista*, "La Nación", 6/2/13.

bierno, y acrecentar la función institucional del Poder Judicial como “contramayoría”⁹⁹.

Por consiguiente, a nuestra propuesta en torno a la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (§ 27, apdo. b) sumamos las siguientes.

a) *LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA MINORÍA POLÍTICA PARA INTERPONER UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL EN COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.* El derecho a activar el control de constitucionalidad tiene implicancias políticas que superan el mero cauce procesal de inaplicación del ordenamiento jurídico de normas o actos inconstitucionales. No podemos obviar, en este sentido, la crítica formulada a menudo sobre la utilización política de la jurisdicción constitucional, cuando se afirma que muchas veces las minorías pretenden lograr a través de ella lo que no pudieron conseguir en el debate legislativo.

Es que el dilema planteado enfrenta uno de los problemas capitales que se plantean en el Estado constitucional contemporáneo: la relación entre la justicia constitucional y la representación popular. Pues, en efecto, la progresiva ampliación del control judicial del poder político entraña el peligro de la suplantación del poder constituyente por la justicia, o en otros términos, la sustitución del gobierno de los representantes del pueblo por el gobierno de los jueces.

Sin perjuicio de esta crítica, son muchos los sistemas en los cuales se puede activar el control de constitucionalidad por parte de minorías políticas legislativas. Esta herramienta procesal constitucional busca superar los eventuales abusos de poder o la afectación de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución frente al gobierno y a las mayorías legislativas. Es parte de las bases esenciales o vertebrales de la democracia pluralista, en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella.

La legitimación activa de la minoría política para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes, en con-

⁹⁹ Pueden verse otras propuestas en AMAYA, *Democracia y minoría política*.

trol preventivo o represivo, constituye –según nuestra perspectiva– un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno en los regímenes tanto presidencialistas como parlamentarios, otorgando a la minoría un instrumento de control y garantía para evitar el potencial abuso y concentración del poder de las mayorías.

El carácter objetivo del control lo distingue de los amparos constitucionales de derechos fundamentales, donde se debaten los derechos subjetivos de los legitimados activamente para recurrir ante los tribunales, los cuales requieren, por regla general, invocar un interés legítimo. “Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la respectiva Constitución, donde el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la carta fundamental, con el objeto de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución”¹⁰⁰.

Esta acción tendría un efecto equilibrador en los sistemas fuertemente mayoritarios y hegemónicos, ya que, por un lado, abre un interregno, un espacio de reflexión y negociación, con las mayorías, pues es dable pensar que la minoría legitimada sólo recurrirá al alto tribunal cuando cuente con sólidos fundamentos para sostener su criterio jurídico constitucional, ya que el hecho de ser derrotado en vía jurisdiccional le significaría una pérdida de credibilidad ante la ciudadanía y un costo político importante, al verse la mayoría que impulsó la norma doblemente legitimada. Por otra parte, esta acción en cabeza de la minoría política generaría en las mayorías un dique de contención y mayor responsabilidad en la generación de las normas, ante la posible declaración de inconstitucionalidad por parte del órgano de control¹⁰¹.

Es bueno recordar que la protección de las minorías conceptualmente ha estado presente en los orígenes del con-

¹⁰⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur*, “Revista Ius et Praxis”, año 10, n° 2, 2004, p. 197 a 223.

¹⁰¹ En este orden de ideas, ver MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, p. 198 y 319.

trol de constitucionalidad, tanto en el modelo difuso¹⁰², como en el concentrado¹⁰³. Pero sólo tras la experiencia histórica de la Segunda Guerra Mundial, la idea de separación de poderes es condicionada por la noción de control como restricción normativizada al ejercicio del poder, en aras a la protección de las minorías.

Así pues, en el moderno Estado constitucional de partidos, la separación de poderes no se sustancia ya en el abstracto diseño de ciertos contrapesos orgánicos, sino en la atribución de las funciones de gobierno a la opción mayoritaria y en la paralela asunción de las funciones de control y oposición democrática (alternativa) a la opción minoritaria. Si la democracia no es imperio de la mayoría, sino la garantía de la decisión racional de la contraposición mayoría/minoría y de la supremacía decisional de aquélla en el respeto, preservación y aseguramiento de ésta, la democracia es también hoy el Estado de derecho de la oposición garantizada¹⁰⁴.

En estas circunstancias, resulta casi inevitable atribuir, de una u otra forma, participación a la minoría política en

¹⁰² Ha sido uno de los argumentos centrales de la sentencia del juez MARSHALL en "Marbury v. Madison".

¹⁰³ Respecto del modelo concentrado, si bien es cierto que ni en Checoslovaquia ni en Austria, primeras constituciones en receptorlo, no se asignó un papel específico a la minoría política ante el Tribunal Constitucional, es posible ver cómo se tuvo en cuenta esta vinculación desde los primeros escritos acerca del origen de los tribunales constitucionales. Como es sabido, Kelsen asume una concepción procedimental, no sustantiva, de la democracia que, trasladada a la jurisdicción constitucional, provoca algunas limitaciones teóricas, suplidas desde la política. Pero a su vez, partiendo de la crítica a la ficción rousseuniana de que la mayoría representaba también a la minoría y la voluntad de la mayoría constituye la voluntad general, resalta la necesidad de conciliar el principio de la mayoría con los derechos de las minorías mediante el compromiso entre los grupos representados en el parlamento por la mayoría, en el denominado principio de la mayoría y la minoría. Como consecuencia de esa delimitación del principio mayoritario, reconocerá entonces la legitimación de las minorías ante el Tribunal Constitucional para evitar las consecuencias últimas de la imposición de la mayoría. Cfr. ESCOBAR MARTÍNEZ, *El recurso de inconstitucionalidad y el triunfo de la minoría política en España. ¿Mito o realidad?*, "Revista de Derecho", Universidad del Norte, nº 26, 2006, p. 61 a 88.

¹⁰⁴ LÓPEZ AGUILAR, *Tutela de la minoría y constitucionalidad de los actos parlamentarios*, en "Homenaje a Joaquín Tomás Villarraya", t. II, p. 644.

el proceso de control de constitucionalidad de la ley y es por esta razón que en distintos ordenamientos constitucionales se recogen, de forma más o menos institucionalizada, derechos y procedimientos a favor de las minorías, concretados en medios que permiten la incorporación de la voluntad de la minoría en el proceso político mediante su intervención directa o su capacidad de control. Garantizar la oposición ha sido y es, por lo tanto, un eje estructural en la edificación de todo Estado constitucional de derecho, sobre lo cual existe consenso.

“De lo expuesto puede concluirse que el papel de las minorías dentro de la jurisdicción constitucional ha evolucionado ampliamente desde sus orígenes hasta la actualidad, ya que hoy es posible hablar de las minorías parlamentarias como un sujeto activo y autónomo capaz de interponer recursos ante la jurisdicción constitucional en busca de la reivindicación de sus intereses y derechos protegidos constitucionalmente no obstante es de resaltar cómo desde los orígenes de los tribunales constitucionales estaba presente el concepto de las minorías desde la perspectiva funcional de la democracia, en donde las minorías tanto en la antigüedad como en la actualidad han sido siempre un referente y un parámetro de actuación de las mayorías, ya que en una democracia constitucional no es posible hablar de derechos absolutos sino que los derechos de la mayoría siempre han de estar limitados por los derechos de las minorías, siendo el individuo la minoría primigenia de todo Estado democrático”¹⁰⁵.

Lo que sí constituye objeto de debate en los distintos sistemas jurídicos, es determinar cuáles son los procedimientos y las normas adecuadas para controlar que las cámaras respeten, tanto las reglas esenciales que los principios democráticos imponen al Poder Legislativo, como los derechos fundamentales de la minoría política¹⁰⁶.

¹⁰⁵ ESCOBAR MARTÍNEZ, *El recurso de inconstitucionalidad y el triunfo de la minoría política de España. ¿Mito o realidad?*, “Revista de Derecho”, Universidad del Norte, n° 26, 2006, p. 591.

¹⁰⁶ El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, puede enjuiciar el funcionamiento de las cámaras mediante el control de constitucionalidad, porque nada obsta declarar inconstitucional una ley por vicios de forma.

Nuestra propuesta consiste, por consiguiente, planteada en términos genéricos, en normar una acción de inconstitucionalidad en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de la minoría política, entendida como sujeto colectivo representada en cada Cámara del Congreso por un número determinado de legisladores de la oposición o un porcentaje del total de ellos.

Esta acción debería ser interpuesta dentro de un plazo breve desde la promulgación por parte del Poder Ejecutivo de la norma cuestionada (proponemos no más de diez o quince días), con efecto suspensivo de ella para evitar conflictos que pudieran surgir de su vigencia cuestionada, en consideración a la modalidad difusa del control vigente en el país. Se le otorga al alto tribunal también un plazo breve para su resolución, que no exceda de treinta o sesenta días, por razones de celeridad y seguridad jurídicas.

Adicionalmente, dicho Tribunal ha admitido, al menos en términos generales, que la inobservancia del reglamento parlamentario podría viciar de inconstitucionalidad la ley en caso de que dicha infracción alterase de manera sustancial el proceso de formación de voluntad del parlamento (STC 99/1987). Con esta reflexión, el Tribunal ha ido bastante más lejos de lo que han hecho el Tribunal Constitucional italiano, alemán o el Consejo Constitucional francés, que han excluido reiteradamente la posibilidad de utilizar el reglamento como norma "parámetro". Pero más decidido ha sido, todavía, el control que el Tribunal ha llevado a cabo sobre las cámaras a través del recurso de amparo. Esta vía es, en esencia, una forma de salvaguardar los derechos fundamentales de los parlamentarios, quienes presentan los recursos argumentando una violación del art. 23.2 CE (derechos políticos del *ius in officium*). De esta manera, mediante esta forma específica de amparo, el Tribunal no sólo controla que los órganos de las cámaras respeten los derechos fundamentales de los parlamentarios, sino que, indirectamente, tiene la posibilidad de verificar que el parlamento cumpla las reglas esenciales del principio democrático. Cfr. BIGLINO CAMPOS, *Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento*, en MORODO LEONCIO - DE VEGA GARCÍA (coords.), "Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú", t. II, p. 748. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abandonado su doctrina natural de abstención respecto de la revisión de los reglamentos internos de las Cámaras en el caso "Binotti", donde dejó sin efecto una sesión de la Cámara de Senadores de la Nación. Cfr. AMAYA, *El control jurisdiccional de los interna corporis acta*, "Revista de Derecho Público", 2011-1-241.

b) *LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y DE ONGS PARA INTERPONER UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL EN COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.* En varios países, la legitimación activa para solicitar el pronunciamiento del alto tribunal no se reduce sólo a minorías políticas con representación parlamentaria, sino que se habilitan cauces para la expresión de minorías sociales que forman parte de la sociedad civil, o de órganos que las representan en el entramado institucional.

Estas minorías insulares pueden verse afectadas en sus derechos por la acción de las fuerzas mayoritarias que toman las decisiones, adquiriendo así estos colectivos un cauce para impulsar el procedimiento jurisdiccional a través de instituciones como el Defensor del Pueblo, los partidos políticos u organizaciones de la sociedad civil que trabajen en la protección de los derechos de ellas.

En Perú, por ejemplo, se encuentran legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo, los presidentes de región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia, y los colegios profesionales en materias de su especialidad (art. 203, Const. Política). En Venezuela, el Defensor del Pueblo, conforme el art. 281, n° 3, de la Constitución está facultado para “interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, habeas data y demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la Constitución”.

“Puede constatarse de la consideración de las disposiciones constitucionales mencionadas el común denominador de otorgar legitimación activa ante el Tribunal Constitucional a la institución del Defensor del Pueblo, en cuanto defensor de los sectores más débiles e inorgánicos de nuestras sociedades latinoamericanas, como defensor de los que no tienen voz en el sistema político y social”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. ALCALÉ NOGUEIRA, *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur*, en “Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur”, p. 323 a 341.

Nuestra propuesta, en este sentido, es legitimar para interponer una acción de inconstitucionalidad en competencia originaria de la Corte Suprema, no sólo al Defensor del Pueblo, sino también a las ONGs constituidas regularmente para la defensa de los derechos de las minorías insulares o políticas, y a los partidos políticos que hubieran obtenido reconocimiento y personería por parte de la autoridad de contralor.

En este supuesto, proponemos lógicamente una modalidad represiva, con un plazo para la interposición desde la publicación de la norma (treinta a noventa días), sin que el recurso posea efecto suspensivo.

Conforme nuestra posición, las reformas en torno a las acciones en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación propuestas pueden ser introducidas por la vía de una reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin necesidad de modificar la Constitución nacional.

Esto así, ya que si bien el art. 117 de la Const. nacional establece la competencia originaria y exclusiva de la Corte en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, y estos calificativos de la competencia (*originaria* y *exclusiva*) han dado lugar para que la jurisprudencia, siguiendo el razonamiento del juez Marshall en “Marbury” (en atención a que la norma nacional reconoce su fuente en el art. III, secc. 2^a, 1 y 2, de la Const. de los Estados Unidos), establezca a partir de nuestro precedente “Sojo” que “no es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución”, no compartimos el razonamiento de esta larga tradición.

De los términos literales –“originaria y exclusivamente”– que definen conforme el art. 117 de la Const. nacional una de las competencias de la Corte, si bien cabe interpretar que ella no puede ser restringida por disposición legal, ya que es dispuesta por jerarquía constitucional y constituye una garantía jurisdiccional, esto no significa que no pueda ser ampliada por el Congreso en beneficio de una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales de la comunidad.

A partir de la incorporación con la reforma de 1994 de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitu-

cional, especialmente del Pacto de San José de Costa Rica, la interpretación de las normas debe efectuarse siguiendo la regla que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano, es decir que debe hacerse una interpretación extensiva de los alcances de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.

Esta creciente necesidad de maximizar y optimizar a los derechos humanos ha visto surgir, entre otros, los principios *pro homine*, de interpretación evolutiva, de posición preferente, de maximización de los derechos, de fuerza expansiva de los derechos, de progresividad, de irreversibilidad, de indivisibilidad y de efectividad o del efecto útil.

En este sentido, el principio *pro homine* tiene como fin acudir a la norma más protectora y preferir la interpretación de mayor alcance en torno al reconocimiento de derechos. Constituye un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones.

Por consiguiente, el concepto de competencia *exclusiva* que fija el art. 117 de la Const. nacional no debe ser interpretado como excluyente de cualquier otra competencia y no ampliable por el Congreso nacional, ni tampoco como excluyente de cualquier otro tribunal, es decir, sólo reservada a la Corte Suprema, en razón del conflicto que dicha interpretación acarrearía con la garantía de la doble instancia que el nuevo esquema constitucional impone.

Por estas razones, para nosotros, la competencia originaria de la Corte es ampliable por al Congreso nacional, en razón de sus facultades reglamentarias y con el objetivo de incrementar y proteger los derechos humanos.

C) TENSION PROCESAL. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

§ 43. *INTRODUCCIÓN.* – La declaración de inconstitucionalidad, por la gravedad que implica dejar sin efecto total o parcialmente una norma sancionada por órganos de legiti-

mación directa, es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, y sólo debe ser declarada como *ultima ratio*; es decir, luego de agotar todas las interpretaciones razonables posibles para mantener la norma en aplicación¹⁰⁸.

Bajo la idea de abonar el debate en torno al rol que deben cumplir los jueces dentro del Estado de derecho, el control de constitucionalidad de oficio enfrenta apoyos y detracciones en la doctrina, con independencia de cuál sea la posición jurisprudencial imperante en la actualidad argentina, la cual, como es sabido, se inclina –no sin disidencias– por sostener que los jueces están facultados para declarar en todo proceso la inconstitucionalidad, aunque esté ausente el petitorio de parte interesada¹⁰⁹.

Buenos argumentos sostienen los autores de una posición, al afirmar que las cuestiones a ser resueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración, producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas, que exploren todos los aspectos de la multifacética situación, que comprende los intereses y reclamos en conflicto.

La existencia de una oposición concreta entre las partes anima y da agudeza a la formulación de las alegaciones de las que depende un tribunal, en gran manera para iluminar la dificultad de las cuestiones constitucionales.

La ausencia del proceso discursivo ensombrece la cuestión constitucional a los ojos del sentenciante, cuando precisamente sobre aquélla debería recaer la más abundante luz, por su magnitud en el juego de las instituciones¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Fallos*, 252:328 y 260:163, entre otros.

¹⁰⁹ En el marco del amparo, la cuestión quedó zanjada por la reforma constitucional de 1994, dado que el art. 43 de la Const. nacional autoriza al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma, cuestión que ya había sido establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Outon” (*Fallos*, 267:177), en contra de lo normado por el art. 2° de la ley 16.986.

¹¹⁰ GIALDINO, *Un lugar de encuentro en materia de control de constitucionalidad*, LL, 1997-C-1013. Una propuesta muy interesante en contra del control de constitucionalidad de oficio ha sido formulada por GONZÁLEZ VILLANUEVA, quien sostiene que “el control de constitucionalidad de oficio resulta incompatible con el sistema de enjuiciamiento acusatorio o dispositivo pre-

No menos atractivos pueden resultar los fundamentos de quienes rescatan esta facultad para la judicatura, cuando sostienen que el derecho dispone un orden jerárquico de las normas jurídicas conforme a los arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Const. nacional, de manera que las inferiores resulten inválidas de ser incompatibles con las superiores; luego, como el derecho lo sabe el juez, conforme al principio *iuria novit curia*, él debe ajustar sus decisiones a la norma superior.

Según CASARES, “el juez es el legislador del caso que le está sometido. Por más que ese acto suyo, innegablemente normativo, esté subordinado a la ley que ha de aplicar, la aplicación no puede consistir sólo en remitirse a ella, pues la singularidad de cada caso es absoluta. Y como en esa singularidad está aquello sobre lo cual tiene que recaer concretamente el acto de justicia, hay un extremo de la decisión del juez que debe comunicar no ya con el texto de la ley; en cuya generalidad no está la particularidad juzgada... sino con esa superior intención o finalidad de justicia... la sentencia, justicia en acto, opera sobre la singularidad concreta y contingente y tiene que hacerse cargo de ella según el afán que cada día trae consigo”¹¹¹.

§ 44. **ARGUMENTOS A FAVOR DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** – La mayor parte de la doctrina nacional se inclina por reconocer la potestad judicial del control oficioso. En este sentido se destaca BIELSA, al sostener que “tanto la Corte Suprema como cualquier otro tribunal deben declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley (en caso concreto) por la misma razón de prevalecer el orden público. No puede conscientemente un tribunal fundar su decisión en una ley que repugne a la Constitución”¹¹².

También SAGÜES se inclina por esta posición, argumentando, entre otras muchas cuestiones, que la no aplicación del postulado *iuria novit curia* en la declaración de incons-

visto en las constituciones republicanas y democráticas” (*El control de constitucionalidad de oficio y su compatibilidad con el sistema de enjuiciamiento acusatorio*, tesis final de la maestría en derecho procesal de la Universidad Nacional de Rosario, 2010).

¹¹¹ CASARES, *La justicia y el derecho*, p. 156 y 157.

¹¹² BIELSA, *Derecho constitucional*, p. 573 y 574.

titucionalidad es una grave incorrección jurídica¹¹³. En el mismo sentido se expresa BIDART CAMPOS¹¹⁴.

Adhieren asimismo a esta postura doctrinal BIANCHI, quien cataloga de “mito” el principio jurisprudencial que lo inhabilita (sosteniendo que, como todo “mito”, tiene una dosis de irreflexión), y HARO, quien –invocando el ya citado principio de *iuria novit curia*– es un ferviente defensor del control oficioso desde la primera hora¹¹⁵.

Para resumir los argumentos doctrinales en favor del control constitucional de oficio¹¹⁶, podemos puntualizar los siguientes:

- a) Mantiene el respeto hacia el orden de prelación de las normas.
- b) Logra salvaguardar el orden público.
- c) Facilita el acceso a la verdad real.
- d) El derecho de las partes queda a salvo atendiendo a que el juez conoce el derecho.

De los argumentos enunciados por la doctrina, en la justificación del control de constitucionalidad de oficio sobresalen –a nuestro criterio– la obligación judicial de garantizar la supremacía constitucional y el axioma romano del *iura novit curia*, es decir, de que el juez conoce el derecho, sin perjuicio de otros, de menor entidad, que también referenciamos a continuación.

a) *EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL*. Los defensores de la teoría favorable al control oficioso de constitucionalidad enfatizan la idea de que todo el complejo normativo jurídico se organiza basado en un orden de prelación de normas que necesariamente debe ser respetado, a fin de evitar contradicciones internas en el sistema.

¹¹³ SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. 1, p. 144 a 146.

¹¹⁴ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, p. 97.

¹¹⁵ BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, t. 1, p. 182; HARO, *El control de constitucionalidad*, p. 51 a 85.

¹¹⁶ Ver, también, FAYT, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, p. 61 a 80; VANOSI, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 119 y 135; NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 657 a 703; SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, p. 431 a 493.

En tal sentido, se considera que corresponde principalmente al juez de la causa velar por el respeto y el mantenimiento de dicho orden, aun a falta de petición expresa de parte interesada o, lo que es igual, con total prescindencia de la voluntad de las partes en litigio.

Dicha argumentación se construye desde la perspectiva del juez, a quien se lo considera como una suerte de guardián del orden de prelación, y por tanto facultado a pasar por sobre la voluntad de las partes, sin que esto implique violación alguna a las reglas del debido proceso, dado que, desde esta óptica, es deber de los magistrados realizar el control de constitucionalidad en cada caso sometido a decisión¹¹⁷.

El argumento de autoridad esgrimido para fortalecer la tesis defendida se muestra sólido y anida en la teoría de KELSEN, quien elaboró de manera prolija toda la justificación con respecto a la importancia sistémica de estructurar los ordenamientos jurídicos a partir de la jerarquización de las normas¹¹⁸.

El orden de prelación determina, básicamente, que todo sistema jurídico está diseñado a partir de normas fundamentales que, como tales, se encuentran en la cúspide de la clásica pirámide pensada por KELSEN. De ahí que las restantes normas que componen un ordenamiento jurídico, por ser inferiores en cuanto a la gradación, deban guardar estricta correspondencia con las premisas supremas, dado que, en caso de existir conflicto entre unas y otras, prevalecerán estas últimas.

Los partidarios de la teoría de que los jueces realicen el control de constitucionalidad de oficio afirman que la supremacía de las normas fundamentales, dentro del orden jurídico, implica que éstas deben presidir toda la producción de las restantes normas que van a formar parte del sistema y, por ello, se justifica la actuación de oficio.

¹¹⁷ *Fallos*, 306:303, disidencia de los doctores BELLUSCIO y FAYT, donde se expresa que “la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución... facultad ésta... que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes”.

¹¹⁸ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 129.

Según HARO, “evidentemente no resulta aún pacífico el tratamiento de este tema del control de oficio, en el trascendental capítulo de la supremacía constitucional y de sus pertinentes sistemas de control, razón por la cual debe tenerse muy presente que dicha supremacía supone la existencia, en la cima del ordenamiento jurídico, de normas que por su carácter fundamental y supremo presiden toda la producción jurídica de las normas inferiores, las cuales, si no tienen sus raíces entroncadas en aquéllas, quedan descartadas en cuanto a su validez toda vez que la falta de ‘savia constitucional’ las esteriliza y tarde o temprano ‘mueren’ en su vigencia”¹¹⁹.

Para cerrar el esquema que justifica el control de oficio, so pretexto de la necesidad de mantener incólume el orden de prelación de normas, la doctrina se remite justamente a la sentencia del juez MARSHALL, afirmando que “será el caso ‘Marbury v. Madison’ (1803) el que definirá rotundamente el principio según el cual los jueces no deben aplicar en el caso concreto la ley inconstitucional”.

Haciendo referencia al caso argentino, se enseña que “basta el viejo pero vigente art. 31 de la Constitución, que sienta el orden de prelación de normas, para otorgar a los jueces la facultad de pronunciar sin pedido de parte la inconstitucionalidad de reglas jurídicas opuestas a la Constitución”¹²⁰.

b) *LA REGLA “IURA NOVIT CURIA”*. Este clásico aforismo, que hemos heredado del derecho romano, es el otro argumento principal utilizado por quienes justifican el control de constitucionalidad oficioso. Desde esta perspectiva, se considera que el juez ejerce una suerte de monopolio del saber jurídico, pues él (y no las partes) “es el docto en derecho”¹²¹.

Esta cualidad de los jueces los habilitaría a resolver el litigio mediante la sentencia¹²², y a declarar la inconstitu-

¹¹⁹ HARO, *El control de constitucionalidad*, p. 52.

¹²⁰ SAGÜES, *Recurso extraordinario*, t. 1, p. 134 y 142.

¹²¹ HARO, *El control de constitucionalidad*, p. 77.

¹²² ALVARADO VELLOSO enseña que la sentencia es el “acto judicial que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones mantenidas

cionalidad de las normas con total independencia de que las partes hayan cuestionado o no la validez de las que se pretenden hacer valer en juicio o, lo que es más, con total prescindencia de que las partes se sientan o no perjudicadas o afectadas por la norma considerada inconstitucional por el juez.

Según HARO, “si los jueces son autónomos en este aspecto [se refiere a la vigencia del principio *iura novit curia*], deben aplicar sólo el derecho válido, es decir, el derecho dictado en consecuencia de la Constitución y no pueden ser determinados por el derecho invocado por las partes, pues en caso contrario la supremacía no sería de orden público. Los jueces se convertirían en meros aplicadores de un sistema jurídico parcializado por el interés de las partes, que así podrán poner los límites que deseen a la excelsa tarea de hacer justicia”.

Los ingredientes fundamentales de todo proceso son, por una parte, los hechos, es decir, la plataforma fáctica integrada por los acontecimientos susceptibles de tener efectos jurídicos, que le son aportados por las partes y a los cuales el juez se encuentra supeditado.

Por otro lado está el derecho, o sea, las disposiciones normativas que desde el orden jurídico regulan los hechos, y ante el cual el juez tiene plena autonomía frente a las invocaciones de las partes, pues –aun cuando las partes no lo invocaran o lo hiciesen erróneamente– le corresponde al juez calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que la rige, principio que se expresa con la fórmula *iura novit curia*¹²³.

Desde esta perspectiva, el *iura novit curia* faculta a los jueces a calificar jurídicamente la realidad fáctica sin reparar en los fundamentos expuestos por las partes¹²⁴.

por los antagonistas luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor (en función de las negativas del demandado respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de la norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general” (*Introducción al estudio del derecho procesal*, t. I, p. 28), concepto al que nos adherimos.

¹²³ HARO, *El control de constitucionalidad*, p. 76 y 77.

¹²⁴ ALSINA, *Tratado teórico práctico*, t. II, p. 246.

c) *EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE UNA "CAUSA"*. El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho, y la facultad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o lo hacen erradamente (*iura novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional. Ello sólo puede ejercerse dentro de un proceso judicial en trámite, dado que la Corte Suprema no es un órgano consultivo. Su deber es el de decidir en un caso concreto y decidir de acuerdo con la ley¹²⁵.

Debe ponderarse que su ejercicio 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 nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2º de la ley 27¹²⁶.

También deberá tenerse presente que, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico¹²⁷.

Otro argumento esgrimido en defensa de la declaración de oficio analiza el equilibrio armónico que debe existir entre las normas, para evitar ponerlas en pugna. En esa línea argumental debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo con el contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto¹²⁸.

En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto.

¹²⁵ SOLA, *Control judicial de constitucionalidad*, p. 271.

¹²⁶ *Fallos*, 306:303, voto de los doctores FAYT y BELLUSCIO, consid. 4º.

¹²⁷ *Fallos*, 247:700, 248:702, 255:262, 264:364, 315:276 y 322:528, entre muchísimos otros.

¹²⁸ *Fallos*, 296:432.

d) *EL EQUILIBRIO DE LOS PODERES*. El ejercicio de oficio de la facultad que analizamos no implica un desequilibrio en relación con los otros poderes y en favor del judicial, dado que parecería inconsistente afirmar que existe un avance sobre los otros poderes cuando una norma es declarada inconstitucional de oficio, pero que ello no sucede cuando la misma declaración se realiza a petición de parte.

Así fue postulado el tema en el voto de los doctores FAYT y BELLUSCIO en el caso “Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario”, donde se expresó que no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, dado 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 hay¹²⁹.

En tal sentido, LINARES QUINTANA señala como tales la necesidad de que exista un “caso” –esto es, que el juez sólo puede expedirse en una causa judicial promovida a instancia de parte interesada– que no puede resolver cuestiones políticas ni entrar en el examen de los propósitos que inspiraron al Poder Legislativo la sanción de una ley, que sus decisiones sólo producen efecto *inter partes*, dejando en pie a la norma aunque no la aplique en el caso que se juzga¹³⁰.

Destacada doctrina nacional había vinculado esta facultad judicial con la correcta administración de justicia, al calificar de inconsistente la argumentación de la Corte Suprema en sus anteriores precedentes denegatorios de la posibilidad de declaración de oficio –como el caso “Tumini”¹³¹–, relativa al crecimiento excesivo del poder de los magistrados que ello ocasionaría; así, para SAGÜES, esa alegación era inconsistente, “ya que si la constitución es la ley suprema debe ser efectivizada por los jueces, aunque las partes no la invoquen (cosa que implica no efectivizar a la ley inconstitucional), como deber propio de una correcta

¹²⁹ Fallos, 306:303.

¹³⁰ LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración de la República Argentina*, p. 214.

¹³¹ Fallos, 306:2023.

administración de justicia, y sobre la base del principio *ius novit curia*¹³².

En consecuencia, esta atribución no sólo favorece un mejor servicio de justicia, sino que coloca al juez en su real dimensión como integrante de un Poder Judicial, esto es, ubicado en el nivel institucional de un poder gubernativo de la misma jerarquía que el Legislativo y el Ejecutivo, junto con los cuales integra, en pie de igualdad, el gobierno estatal.

En esta línea de pensamiento, MARSHALL señaló en “*Marbury v. Madison*” que “hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza¹³³.”

e) **PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE LOS ACTOS ESTATALES.** Se ha argumentado que el control constitucional de oficio resulta contrario a la presunción de legitimidad de los actos del Estado¹³⁴.

Para los defensores de la declaración de oficio, la fragilidad de este razonamiento surge ni bien se aprecia que esa misma presunción existe cuando el control constitucional resulta habilitado por una petición de parte, sin que en tal caso su presencia forme óbice insalvable alguno para la procedencia del planteo.

En ese sentido, también cabe observar que si, como es notorio, la presunción de legitimidad del acto estatal cae

¹³² SAGUÉS, *Elementos del derecho constitucional*, t. 1, p. 279 y 280.

¹³³ 5 US 137, 1803.

¹³⁴ *Fallos*, 234:335.

frente a la comprobación de su inconstitucionalidad instada por una parte, no se ve por qué no debería ocurrir lo mismo cuando el examen constitucional se hace de oficio en un caso dado.

Luego, lo razonable no es sostener que el control constitucional de oficio resulta contrario a la vigencia de la apuntada presunción, sino afirmar que esta última siempre debe ceder frente a la inconstitucionalidad comprobada, sea a pedido de parte o de oficio, en cualquier caso judicial.

Si bien el art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, tal prohibición no apunta a los actos del procedimiento ya iniciado, ni a las cuestiones que son típicamente de derecho, sino a la posibilidad de instar oficiosamente una causa para hacer declaraciones generales o abstractas.

A lo que no es inapropiado agregar que el art. 3° de esa misma ley claramente se afilia a la posibilidad del ejercicio de un control constitucional de oficio, al establecer que uno de los objetos de la justicia nacional “es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

En consecuencia, esa presunción de validez cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución.

Por último, no podría verse en ella 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.

Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte Suprema debe decidir conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución, desechando la ley, el alto tribunal debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Eso

constituye la esencia misma del deber de administrar justicia¹³⁵.

f) *EL DEBIDO PROCESO LEGAL*. Para los defensores de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, el debido proceso legal no se encontraría afectado, pues si así fuera también debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal, con el pretexto de no haber podido los interesados alegar sobre su aplicación al caso.

El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

Este principio, por el que se les concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico; de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla.

La atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia –nacionales y provinciales– 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, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo¹³⁶.

§ 45. *ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*. – Sin perjuicio de algunas

¹³⁵ GÓMEZ, *Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN, LL*, 2003-A-230.

¹³⁶ *Fallos*, 33:162 y 194.

posiciones eclécticas en torno a esta facultad de los jueces, como las que sostienen PADILLA o BADENI, para quienes la declaración de oficio sólo procedería en casos excepcionales, cuando se vulnera el orden público¹³⁷, otro importante sector de la doctrina ve con recelo y objeciones el ejercicio del control oficioso de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.

Efectivamente, en dicha posición negativa se ubican JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, PALACIO, BIDEGAIN y GONZÁLEZ CALDERÓN, entre otros¹³⁸.

Para estos autores, con algunos matices, la declaración oficiosa atenta contra el principio de la división de poderes, la seguridad jurídica, el debido proceso legal y excede los límites de la función jurisdiccional.

Nos explayaremos aquí sobre los argumentos contrarios al control oficioso.

Los argumentos de quienes se oponen a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las normas, pueden ser sintetizados en los siguientes puntos:

a) No se respeta la presunción de legitimidad de las normas.

b) Se rompe con el equilibrio y la división de poderes.

c) Se violentan garantías constitucionales como “el juez imparcial” o “el debido proceso”.

d) Se restringe el derecho a la defensa.

e) Se introduce al debate un tema no propuesto por las partes, lo que implica dejar de lado la regla de congruencia y el principio de igualdad.

f) El juez pasa a realizar tareas que competen con exclusividad a las partes.

A su turno, las principales ideas que sirven de base a los puntos precitados podrían ser sintetizadas y explicadas de la siguiente manera:

¹³⁷ Cfr. PADILLA, *Constitución de la Nación Argentina*, y BADENI, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, p. 299.

¹³⁸ GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*; PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 173 y 174; BIDEGAIN, *Curso de derecho constitucional*, t. I, p. 131 y 132; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de derecho constitucional*, p. 90.

a) Para declarar la inconstitucionalidad de una norma es necesario que exista proceso contradictorio, en el cual una de las partes invoque un perjuicio y realice la pertinente impugnación.

b) Los jueces deben asumir que los actos normativos estatales gozan de una presunción de legitimidad.

c) La declaración de inconstitucionalidad no puede darse si no está precedida de un amplio y específico debate de partes.

d) El control constitucional de oficio por parte de los jueces implica un quiebre del principio de equilibrio y división de poderes.

a) *CONTRADICCIÓN, PERJUICIO E IMPUGNACIÓN.* Desde la óptica de algunos autores se niega a los jueces la potestad de realizar el control constitucional de oficio; se afirma que todo proceso está diseñado para que dos partes –en pie de igualdad– discutan y diriman su conflicto de intereses ante un tercero, que como tal debe ser imparcial, imparcial e independiente¹³⁹.

Por tanto, resulta imprescindible que en todo momento el juzgador respete la regla de bilateralidad, a fin de no quebrantar el principio de igualdad a favor de uno de los contendientes y, por supuesto, en detrimento del otro.

Dentro de este panorama, parece claro que si el juez declara la inconstitucionalidad de una norma sin que ninguna de las partes lo solicite, se estaría apartando de las reglas del debido proceso y con ello violaría su deber de imparcialidad e imparcialidad, ambos elementos imprescindibles para que el proceso respete los parámetros constitucionales que lo cimientan y no degeneren en un simple procedimiento¹⁴⁰.

¹³⁹ ALVARADO VELLOSO, *Introducción al estudio del derecho procesal*, t. I, p. 44 y 250.

¹⁴⁰ Entre procedimiento y proceso existe una diferencia de género a especie, caracterizando a este último concepto su estrecha vinculación con la acción procesal, con lo cual aparece una relación dinámica entre tres personas (actor, demandado y autoridad) y no sólo dos (quien insta y la autoridad) como ocurre en los simples procedimientos. Para una mejor comprensión del fenómeno, ver ALVARADO VELLOSO, *Introducción al estudio del derecho procesal*, p. 43 y 44.

b) *LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD*. Si bien se reconoce que esta presunción opera *iuris tantum*, desde la visión que afirma que el control constitucional de oficio violenta el sistema democrático y republicano se expresa que la posibilidad de que la presunción de legitimidad de normas caiga y sea desarticulada por prueba en contrario no legitima al juez para que, por sí y ante sí, asuma la tarea de invalidar una norma que él y solo él considera inconstitucional.

Se requiere, necesariamente, de impugnación de parte para modificar la presunción de legitimidad de la que gozan las normas. Todas las normas estatales son, desde su origen y nacimiento, legítimas, por la sencilla razón de que cada acto normativo es dictado por los poderes del Estado, siguiendo para el efecto el mecanismo previsto en la propia Constitución nacional.

Por esta razón, el cuestionamiento o la puesta en crisis de la norma debe partir de las personas que aparecen como destinatarias de ella. La sola posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio implicaría que los jueces se atribuyan una facultad que no les fue conferida ni por la ley ni por la Constitución. Esta posición enfatiza el hecho de que el control oficioso de constitucionalidad, al menos en lo que respecta al caso argentino, es de creación estrictamente jurisprudencial¹⁴¹ (no legal ni, mucho menos, constitucional).

Asimismo, se señala que la presunción de legitimidad de las normas obedece especialmente a la necesidad de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad¹⁴², otro motivo más para delimitar el actuar de los jueces a lo estrictamente planteado por las partes en el marco del proceso, dado que lo contrario tornaría imprevisible el sistema de justicia, pues el poder ejercido por los jueces no estaría controlado y limitado por las partes del litigio.

c) *LA BILATERALIDAD DEL DEBATE*. Las propias constituciones garantizan a los ciudadanos la existencia de un método de debate amplio, con mecanismos de revisión de fallos

¹⁴¹ HARO, *El control de constitucionalidad*, p. 59.

¹⁴² GARCÍA MELGAREJO, *La declaración oficiosa de inconstitucionalidad*, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista", 2007-90.

(doble instancia), dentro del cual las partes pueden hacer valer todos los medios de defensa a su alcance para cuestionar o impugnar la validez o la constitucionalidad de las normas que una de ellas pretende hacer valer en juicio.

La amplitud del debate (pensada por el legislador como otra garantía para un adecuado ejercicio del derecho a la defensa en juicio) torna ilegítima la actuación oficiosa de los jueces.

De allí que no quepa admitir que sean los jueces quienes se atribuyan semejante facultad, puesto que, si actúan de oficio, necesariamente estarían introduciendo al debate un tema no planteado por ninguna de las partes, con lo cual siempre favorecerían ilegítimamente a una en detrimento de la otra, pasando por encima de los principios constitucionales de igualdad e imparcialidad.

d) *LA DIVISIÓN DE PODERES.* Para garantizar que el Poder Judicial no se atribuya funciones que le corresponden a los otros poderes del Estado, la teoría de la división de poderes limita el accionar de los jueces al marco de los casos concretos.

En esas condiciones, los jueces sólo pueden actuar válidamente en el marco de una “causa”, la cual es promovida por una parte y circunscripta a los términos en que queda trabada la litis.

No es poco común que en el sistema judicial difuso un magistrado se incline por la inconstitucionalidad y otro por la constitucionalidad, en casos similares. En consecuencia, y a fin de no romper con el equilibrio y la división de poderes, el juez se debe limitar a resolver sobre lo estrictamente planteado por las partes en el caso concreto.

§ 46. *LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS PROVINCIAS.* – La distinta posición en torno a esta discutida facultad de la judicatura también se refleja en el derecho público provincial.

Algunas provincias han resuelto positivamente el control de constitucionalidad de oficio, de manera obligatoria o facultativa, para los órganos judiciales; otras, en cambio, sólo han apoyado la posibilidad de una declaración a pedido de parte interesada.

La Constitución de La Rioja prevé, en sus arts. 9° y 132, que el deber de declaración de inconstitucionalidad se realizará a pedido de parte o de oficio, consignándose la obligación del Poder Judicial de mantener la supremacía constitucional, señalando que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho.

La Constitución de San Luis, en su art. 10, expresa que toda ley, decreto u ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a la carta magna provincial carece de valor y que los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiera sido requerida por las partes. Asimismo, en el art. 210 impone la obligación de los jueces de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho.

En igual sentido se pronuncian, entre otras, las constituciones de San Juan (art. 11); de Río Negro (art. 196), y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 14, en el marco del amparo, que en este sentido reproduce lo dispuesto por el art. 43, Const. nacional).

Por su parte, la Constitución de la provincia del Chaco establece que toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la ley suprema de la Nación o a la carta magna provincial son de ningún valor y que los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte (art. 9°).

§ 47. *EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.* – Nuestro máximo tribunal no siempre ha exigido la expresa petición de parte para ejercer el control de constitucionalidad.

En su primera época, la Corte Suprema confirmó, en el caso “Vicente Casares e Hijos c/Sívori y Schiaffino” (17/12/1872), una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma¹⁴³. Con posterioridad a dicho fallo, y hasta 1940, el alto tribunal no se expidió sobre la exigencia del expreso pedido de parte para ejercer el control.

Sin embargo, una antigua y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema señalaba que la inconstitucionalidad de

¹⁴³ Fallos, 11:257.

las leyes y de los decretos sólo podía pronunciarse a petición de parte interesada¹⁴⁴, estándole vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas¹⁴⁵.

Así, a partir de 1941 y hasta 1984, se consagra como regla general, en la doctrina del alto tribunal, que el control de constitucionalidad no puede ser decretado de oficio, salvo cuando se tratara de mantener la independencia del Poder Judicial o de preservar su integridad.

En “Ganadera Los Lagos” el principal argumento fue la preservación del principio de división de poderes, que de otro modo quedaría conculcado¹⁴⁶.

Con posterioridad a 1984 y hasta el año 2001, la Corte Suprema comenzó, de manera incipiente, a reanalizar el instituto del control de oficio por medio de la posición que fijan algunas disidencias.

En el caso “Instrucción Militar n° 50 de Rosario”, los doctores FAYT y BELLUSCIO argumentaron que la facultad del Poder Judicial de aplicar el derecho que las partes no invocan (*iuria novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el art. 31¹⁴⁷.

También el ex ministro BOGGIANO hizo lo propio en autos “Ricchi c/Autolatina”¹⁴⁸, entre otros fallos, con similares argumentos a los vertidos por FAYT y BELLUSCIO en el precedente mencionado.

a) CASO “*RITA MILL DE PEREYRA*”. En el año 2001, la tesis permisiva al control oficioso logró la mayoría en la composición del máximo tribunal¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Fallos, 190:98.

¹⁴⁵ Fallos, 199:466, 200:189, 202:249, 204:671, 205:165 y 545, 242:112, 248:702 y 840, 249:51, 250:716, 251:279 y 455, 252:328, 253:133, 254:201, 257:151, 259:157, 261:278, 267:150, 269:225, 282:15, 284:100, 289:177, 291:499, 303:715, 304:967, 306:303, 310:1090, 311:1843 y 2088 y 313:1392.

¹⁴⁶ Fallos, 190:142.

¹⁴⁷ Fallos, 306:303.

¹⁴⁸ CSJN, 28/4/98, “Ricci, Oscar F. A. c/Autolatina Argentina SA y otro”, LL, 1998-E-233.

¹⁴⁹ CSJN, 27/9/01, “Mill de Pereyra, Rita A.; Otero, Raúl R., y Pisarello, Ángel C. c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa”, JA, 2002-I-737.

Rita Aurora Mill de Pereyra y otros magistrados del Poder Judicial de la provincia de Corrientes promovieron acción contenciosoadministrativa contra dicho Estado, con el objeto de obtener el pago de las diferencias existentes entre el importe nominal de sus haberes y las sumas que resultaran de la actualización de tales montos, en función de los índices oficiales de precios al consumidor entre el 1° de enero de 1984 y el 30 de abril de 1988.

Fundaron su pretensión en el art. 143 de la Const. provincial que, al igual que el art. 96 de la entonces vigente Const. nacional (actual art. 110), consagra la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales, principio reafirmado por la doctrina de la Corte Suprema a partir del precedente "Bonorino Perú"¹⁵⁰.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes, integrado por conjuces, hizo lugar a la demanda y declaró de oficio la inconstitucionalidad de los arts. 7°, 10 y 13 de la ley 23.928 y de las disposiciones de la ley local 4558.

El Estado demandado interpuso recurso extraordinario, con fundamento en la existencia de cuestión federal y en que la sentencia era arbitraria, pues al declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 y de la provincial 4558, violaba su derecho de defensa, dado que no le permitió argumentar sobre las bondades de esas leyes de emergencia, alegando que la sentencia era manifiestamente inconstitucional, por haber violado groseramente la garantía de la defensa en juicio.

La Corte Suprema sostuvo la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Se inclinaron por esta posición los doctores FAYT, BELLUSCIO, BOGGIANO, LÓPEZ, BOSSERT y VÁZQUEZ, algunos de ellos por sus propios votos. En tanto que las disidencias parciales estuvieron a cargo de los doctores NAZARENO, MOLINÉ O'CONNOR y PETRACCHI, quienes se enrolaron en la tesis prohibitiva.

Sin embargo, en la especie no prosperó la declaración de oficio, dado que, si bien la mayoría del alto tribunal rei-

¹⁵⁰ *Fallos*, 307:2174.

vindicó esta facultad, en el caso ella no fue aplicada, por no configurarse la inconstitucionalidad de la ley 23.928.

b) *CASO “BANCO COMERCIAL DE FINANZAS SA”*. En este caso, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires resolvió dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio por la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial de Bahía Blanca respecto del decr. 2075/93.

Para así decidir, y en lo que aquí interesa, destacó que los jueces, en resguardo del principio de división de poderes, no podían declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues tal impugnación debía ser alegada y probada en juicio, lo que no había sucedido en autos.

Por su parte, la entidad en liquidación, al interponer el recurso extraordinario, señaló que la norma en cuestión ya había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Banco Sidesa SA s/quiebra”¹⁵¹, por transgredir las garantías consagradas en los arts. 16 y 17 de la Const. nacional.

A su turno, el procurador general, modificando su anterior criterio –expresado en el fallo “Mill de Pereyra”– y dejando a salvo que, por principio, los jueces carecen de atribuciones para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, por ser ello un acto de indudable naturaleza institucional relacionada con el superior principio de división de poderes, afirmó que ello tenía razonables excepciones que la Corte Suprema ya había destacado en fallos precedentes.

Para considerar procedente la excepción, se remitió al voto de los doctores BELLUSCIO y FAYT, atendiendo al principio *iura novit curia* y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución¹⁵².

El fallo del alto tribunal de la Nación –con remisión a muchos de los antecedentes plasmados en “Mill de Pereyra”– confirmó la facultad del Poder Judicial de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas¹⁵³.

¹⁵¹ CSJN, 15/7/97, “Banco Sidesa SA s/quiebra”, *LL*, 1998-A-109.

¹⁵² *Fallos*, 306:303 y 306:2023, voto de los doctores FAYT y BELLUSCIO, y doctrina sentada en *Fallos*, 324:3219.

¹⁵³ CSJN, 19/8/04, “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación por Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”, *JA*, 2005-III-441.

c) *ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LA INSTALACIÓN DEL CONTROL OFICIOSO DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUECES.* El núcleo de la tesis prohibitiva sostenida por largo tiempo por el alto tribunal fue defendido y mantenido por los doctores MOLINÉ O'CONNOR, PETRACCHI y NAZARENO, en su disidencia en el fallo "Mill de Pereyra".

En su voto, el doctor NAZARENO sostuvo, recordando a COOLEY, que es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos se encuentren realmente afectados. Únicamente entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima, pues la norma se presume constitucional y "sólo cuando una persona intenta resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y, de ese modo, solicita la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad, dicha objeción puede ser sustanciada". Nunca el Poder Judicial procede de oficio, sino a requisición de la parte interesada en una causa particular¹⁵⁴.

Al individuo le cabe, pues, esta iniciativa; es el único legitimado para ello y el juez –revestido de imperio– hace valer la protección invocada por quien padece la invasión de su zona de autogobierno.

A pesar de la situación actualmente favorable a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema, conforme a su composición actual, la cuestión aún no resulta unánime ni pacífica.

Efectivamente, adhiriendo a los argumentos expuestos en la antigua jurisprudencia del tribunal sentada en "Ganadera Los Lagos"¹⁵⁵, en autos "Gómez, Carlos A. c/Argencard SA s/ordinario" la doctora ARGIBAY manifestó su expresa disidencia a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad y sostuvo "de conformidad a una antigua jurisprudencia de este tribunal, la inconstitucionalidad de las leyes y los de-

¹⁵⁴ CSJN, 27/9/01, "Mill de Pereyra, Rita A., y otros c/provincia de Corrientes", JA, 2002-I-737, disidencia del doctor MOLINÉ O'CONNOR, con cita de COOLEY, *A treatise on the constitutional limitations*, p. 228, y de GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, t. I, p. 479.

¹⁵⁵ Fallos, 190:142.

cretos sólo puede pronunciarse a petición de parte interesada... Ello supone que un pedido de protección constitucional se encuentre comprendido en la pretensión deducida por alguno de los litigantes¹⁵⁶.

Durante años la tesis prohibitiva fue ampliamente mayoritaria y la permisiva, minoritaria, pero actualmente, si bien el debate se mantiene vigente, la posición ampliamente mayoritaria en doctrina y jurisprudencia se ha invertido.

Efectivamente, la cuestión parece haberse zanjado definitivamente, al menos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”¹⁵⁷, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 76, inc. 3º, apdo. c, de la ley 19.101 –según texto ley 22.511– y se confirmó el pronunciamiento de la alzada en cuanto admitió, con fundamento en normas de derecho común, el reclamo indemnizatorio del actor por las lesiones que sufriera mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. La Corte, ante la ausencia de impugnación del sistema de determinación del daño resarcible conforme a la ley 19.101, debía resolver, entre otras cuestiones, el control de constitucionalidad de oficio.

La Corte recuerda que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁵⁸.

Esto obliga a los jueces a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que

¹⁵⁶ *Fallos*, 329:5903.

¹⁵⁷ CSJN, 27/11/12, R., 401. XLIII.

¹⁵⁸ *Fallos*, 330:3248, consid. 20.

desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁹.

“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” del 29/11/11)” (consid. 12).

A partir de estos fundamentos, la Corte entiende que “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango” (consid. 12, último párrafo).

Por último, la Corte puntualiza que lo afirmado en la sentencia no descalifica todas las reglas por ella elaboradas para el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que el

¹⁵⁹ CIDH, 26/9/06, “Almonacid”, parág. 124, consid. 21; ratificado en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado, Alfaro, y otros) vs. Perú” del 24/11/06, parág. 128, donde precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1/9/10, parág. 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil” (del 24/11/10, parág. 176) y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (del 26/11/10, parág. 225).

ejercicio de dicho control de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

“En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (consid. 12, último párrafo).

§ 48. *NUESTRA OPINIÓN.* – Abordaremos seguidamente nuestra opinión en torno al poder de la judicatura de declarar la inconstitucionalidad de oficio.

En la primera edición de esta obra sostuvimos que nos enrolábamos en la tesis restrictiva, por muchos de los fundamentos vestidos en el capítulo.

Consideramos que la declaración de inconstitucionalidad en nuestro sistema sólo puede ser hecha por la judicatura, en principio, a pedido de parte interesada, luego del correspondiente debate entre las partes del litigio, en el marco de una “causa” judicial. Razones fundadas en los principios de división de poderes, seguridad jurídica y debido proceso legal así lo recomiendan.

No compartimos la opinión de aquellos autores que entienden que el principio *iuria novit curia* y la supremacía constitucional facultan al juez a la declaración oficiosa.

La declaración de inconstitucionalidad en el sistema argentino no es un acto mecánico ni simple. No emerge de un mero cotejo de normas; requiere de un proceso de interpretación complejo que debe ser realizado a la luz de los hechos de un caso particular, pues el efecto de la declaración es –en principio– exclusivamente *inter partes*.

Asimismo, se rige por reglas restrictivas, dado que, siendo la declaración de inconstitucionalidad la *ultima ratio*, requiere de un esfuerzo del juzgador para encontrar la interpretación de la norma que la mantenga en vigencia, porque las normas se presumen legítimas y su control ya se ha efectuado previamente por el órgano que la sancionó, pues

en nuestro sistema los otros poderes controlan también la constitucionalidad de sus actos.

En este contexto, donde el órgano que sancionó la norma la controló previamente y las partes destinatarias de dicha norma no advierten inconstitucionalidad alguna y, por consiguiente no la impugnan, se hace muy difícil –según nuestra visión– sostener la facultad del juez de advertir una contradicción constitucional que no fue vista ni por el órgano que la sancionó ni por las partes a las cuales va destinada.

Sin duda, esta hiperactividad o activismo judicial desequilibra la división de poderes y afecta el proceso legal, al alterar el principio de bilateralidad y la legítima defensa.

Sin perjuicio de las razones expuestas, que mantienen vigencia desde nuestra perspectiva como reglas generales en el ejercicio del control, el proceso iniciado con el cambio de supremacía constitucional de la Constitución nacional que trajo la reforma de 1994, y su evolución en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia al adherir incondicionalmente al control de convencionalidad determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la interpretación que de éste hace el tribunal internacional, haciendo extensiva esta obligación a todos los jueces del sistema difuso, impone la obligación del control constitucional de oficio de las normas internas por parte de la judicatura.

D) TENSION INSTITUCIONAL. EL ROL INSTITUCIONAL DE LAS CORTES SUPREMAS

§ 49. *INTRODUCCIÓN.* – El principio de la independencia judicial es una idea que surge con la Gloriosa Revolución inglesa (1688) y, por lo tanto, se encuentra irremediablemente ligada a los postulados del liberalismo (control de los abusos del poder, protección de las minorías y consagración de los derechos individuales).

Sosteníamos hace unos años, en un trabajo en el cual revisamos el control de constitucionalidad federal argentino, que –según nuestra visión– la Corte Suprema de Justicia argentina no había podido mantener, principalmente en

sus últimos años, el mensaje de alta política judicial de ser vista por la mayor parte de la sociedad argentina como tribunal último de los derechos y garantías individuales, como depositaria de la confianza pública y protectora de la seguridad jurídica de la Nación, frente a los embates del gobierno manifestados esencialmente en situaciones –más habituales que coyunturales– de emergencia económica y política¹⁶⁰.

Es que, así como en los Estados Unidos de América un fallo encendió la guerra civil (“Dred Scott” –ver § 16, a–)¹⁶¹ y otro fue causa de la renuncia de un presidente (“United States v. Nixon”)¹⁶², también decisiones de la Corte Suprema argentina han cambiado o podido cambiar el rumbo de los acontecimientos políticos del país. Las decisiones del alto tribunal no están concentradas en el tecnicismo legal empleado, sino en las políticas que fijan¹⁶³.

En esta línea de pensamiento, no es desacertado afirmar que el modelo estadounidense que siguió con admiración la Argentina asigna al máximo tribunal –cabeza del Poder Judicial– un universo mucho más vasto que el que ofrece su función como tribunal de justicia.

Asomarse al comportamiento de la Suprema Corte implica tomar contacto con una realidad polifacética, que por su trascendencia merece una meditación detenida. No en

¹⁶⁰ AMAYA, *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?*, LL, 2005-F-1257.

¹⁶¹ 60 US 393, 1857.

¹⁶² 418 US 683, 1974. Cuando un juez de distrito le ordenó al presidente Nixon que entregara las cintas grabadas en el edificio Watergate, aquel apeló la decisión pero dijo, además, que no los entregaría. Se le reclamó a la Corte Suprema, entonces, que interviniera *per saltum* (*certiorari before judgment*) y al hacer lugar provocó la renuncia de Nixon.

¹⁶³ Cabe reconocer que la capacidad de la Corte estadounidense de fijar políticas públicas, con proyección institucional, se ve favorecida por el respeto de sus fallos por parte de los otros poderes del Gobierno. Este equilibrio respetuoso de las competencias constitucionales, y de las decisiones de los poderes dictadas dentro de su ámbito, no se ve reflejado en el modelo argentino, donde muchas veces los poderes políticos se resisten a cumplir los fallos de la Corte Suprema, o los cumplen con una interpretación propia que los desvirtúa. Como caso más paradigmático puede señalarse el del procurador de la provincia de Santa Cruz, Eduardo Sosa, en el cual el Estado local desoyó en reiteradas oportunidades lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias sentencias.

vano ha dicho FREUND que entender a la Corte es un asunto que obliga a los abogados a convertirse en filósofos¹⁶⁴.

Como poder del Estado, la Corte, por medio de sus fallos, no sólo decide en el sentido judicial del término, sino que además gobierna, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno mediante el ejercicio del control de constitucionalidad¹⁶⁵.

Así, la doctrina, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos de América, ha reconocido casi pacíficamente a la Corte como una institución política.

En contra de esta opinión mayoritaria se expresa MANILI, al sostener que, más allá del rol fundamental del control de constitucionalidad que le asigna la Constitución argentina a la Corte Suprema, la función de ésta es controlar y no hacer política, por lo que el supuesto “rol institucional” o “función política” son expresiones que pueden dar lugar a una justificación para el acompañamiento de las mayorías circunstanciales¹⁶⁶.

Discrepamos con el autor citado en ciertos aspectos.

Primero, no creemos que la Constitución argentina asigne expresamente a la Corte Suprema la función del control de constitucionalidad. En este sentido, y en honor a la brevedad, nos remitimos a lo expuesto en los § 13 a 16, donde abordamos el origen del control judicial de constitucionalidad.

En segundo término, estamos persuadidos de que a la Corte le cabe desempeñar un “rol institucional”, derivado del posicionamiento que ella tiene en la trilogía de división y equilibrio de poderes que formularon los estadounidenses a partir de la visión de MONTESQUIEU (§ 11, b). Esta función la ejerce, principalmente, a través del control de constitucionalidad.

¹⁶⁴ FREUND, *On understanding the Supreme Court*, p. 7.

¹⁶⁵ Como vimos, los Estados Unidos de América y la República Argentina son los únicos dos países, en el continente americano, que mantienen un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso puro, pues en el resto rigen sistemas concentrados o mixtos.

¹⁶⁶ MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, p. 39.

Ahora bien, una cosa es la existencia o no de un “rol institucional” –también llamado “función política”– de la Corte, y otra es la forma en que lo ejerce, es decir, cómo entiende el alto tribunal el rol que debe desempeñar.

Desde esta perspectiva, las grandes líneas que edifican el perfil institucional de un máximo tribunal en su rol constitucional son la de tribunal contramayoritario (cuya principal función es el control constitucional del poder político frente a los derechos individuales y la preservación de los derechos de las minorías) y la visión del tribunal como garante del proceso democrático (cuya principal función transita por preservar las reglas del proceso democrático).

Por consiguiente, la consideración del máximo tribunal constitucional como un tribunal contramayoritario o como un tribunal de resguardo del proceso democrático constituyen dos de las opciones de justificación de la justicia constitucional, que otorgan mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad de las normas jurídicas emanadas de los otros poderes del Estado, y definen el tipo de liderazgo que debe asumir.

Así, conforme a las características que hemos visto al analizar los *modelos de control de constitucionalidad* (§ 17 a 29), bien podemos identificar “diferencias originarias” en cada uno de ellos, que se relacionan con el diverso posicionamiento de la justicia constitucional frente al poder político, reflejado esencialmente en las legislaturas.

Planteadas las opciones, sin duda el modelo estadounidense o judicial tuvo por misión sujetar a las mayorías coyunturales –reflejadas en el poder público– a la supremacía constitucional, en bien de preservar los derechos constitucionales de las minorías, y el kelseniano, continental o europeo, buscó diseñar un sistema de revisión constitucional que no fuera hostil con las legislaturas, sino –muy por el contrario– que fuera complementario de la función de éstas.

En adelante llamaremos a la primera la *opción constitucional*, y a la segunda, la *opción democrática*.

§ 50. **CARACTERÍSTICAS E IDENTIDAD INSTITUCIONAL DE LAS CORTES SUPREMAS. LA OPCIÓN CONSTITUCIONAL O PODER CONTRAMAYORITARIO.** – La concepción elitista defendida por los “padres

fundadores” de la Constitución de los Estados Unidos de América justificó plenamente el control judicial de las leyes; desconfiaron profundamente de la capacidad del pueblo para actuar colectivamente y asumieron que las asambleas legislativas eran propensas a guiarse más por impulsos repentinos que por la razón (ver § 13 a 16).

Bajo el influjo de esas premisas, HAMILTON concibió a la revisión judicial como un remedio destinado a refrenar esos arrebatos irracionales. Todavía más, para él la revisión judicial distaba mucho de ser antidemocrática; en tanto los jueces debían aplicar una constitución que se asumía que era la genuina expresión de la voluntad popular.

El hecho de que el Poder Judicial tuviera la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implicaba de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores, sino que más bien venía a reafirmar, justamente, el peso de una voluntad popular superior, plasmada en la Constitución.

Para los “padres fundadores” del modelo estadounidense, uno de los objetivos del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad era, justamente, la preservación de las minorías frente al posicionamiento mayoritario del gobierno de turno.

Por ello, desde mediados del siglo XIX el concepto de mayorías y minorías en la democracia dio un vuelco valorativo radical: la revalorización de las minorías. Tanto es así que, en la ciencia política estadounidense, la expresión *democracia madisoniana* recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria¹⁶⁷.

En este contexto “democrático”, los derechos constitucionales básicos o fundamentales (los derechos humanos, en la terminología americana) poseen la característica de

¹⁶⁷ DAHL, *A preface to the democratic theory*, p. 4. La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según FISHKIN (*Democracia y deliberación*, p. 75).

corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria.

Es la garantía constitucional contra la regla de la mayoría lo que les imprime fundamentalidad¹⁶⁸. En ese sentido los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” en el juego de las razones jurídicas; son como el as de la baraja¹⁶⁹.

Bajo esta línea de pensamiento, la capacidad de declarar la validez o invalidez de las normas que integran un sistema jurídico, por ser contrarias a la norma básica o de referencia (constitución), deposita en el Poder Judicial un carácter “contramayoritario”, al ejercer el control de los actos de las mayorías reflejadas en el poder político por medio de la misión de inclinarse por el fortalecimiento de los derechos y principios constitucionales, los cuales procuran encorsetar el riesgo que –para tales derechos– constituyen las pasiones o el pensamiento mayoritario temporal.

Así, el modelo estadounidense fue alumbrado por una concepción que desconfiaba de la racionalidad de las legislaturas y, para contrarrestar esos riesgos, los “padres fundadores” idearon múltiples mecanismos. Uno fue la revisión judicial; otro, un sistema conservador de selección de jueces federales controlado por el presidente y el Senado, garantizando a los jueces mandatos vitalicios; o diseñando un Senado, donde los integrantes no eran elegidos directamente por el pueblo (la enmienda XVII, de 1913, consagró la elección directa de los integrantes del Senado), sino por

¹⁶⁸ Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por RAWLS, para quien “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales” (*Teoría de la justicia*, p. 19 y 20).

¹⁶⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 37.

un sistema indirecto, que permitía un mayor control de la voluntad popular.

Estas características otorgaron al modelo de justicia constitucional estadounidense, o judicial, una impronta contramayoritaria.

§ 51. *CARACTERÍSTICAS E IDENTIDAD INSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. LA OPCIÓN DEMOCRÁTICA O EL ROL DE GARANTE DEL PROCESO DEMOCRÁTICO.* – Por el contrario, la tradición europea, tributaria de la Revolución Francesa y del pensamiento de ROUSSEAU, se diseñó vislumbrando a la Legislatura como el referente del sistema, fuente indiscutible de la voluntad popular.

Como consecuencia de ello, el modelo de justicia constitucional –tanto el francés como el kelseniano– se edificó a partir de una impronta de deferencia con el Poder Legislativo.

Si bien el tribunal constitucional ideado por KELSEN tenía la facultad de “anular” las leyes, con efectos generales, tales efectos de las sentencias fueron concebidos como un remedio para garantizar la uniformidad del orden jurídico.

Según KELSEN, el sistema difuso aplicado en Europa podía poner en peligro la autoridad de la Constitución, pues cada juez interpretaría el derecho a su manera, con menoscabo de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Este riesgo, según el citado autor, se evitaría estableciendo un único tribunal constitucional, con capacidad para declarar la invalidez de las leyes con efectos generales.

La mayoría de los rasgos de este modelo inclinan la balanza en favor de las prerrogativas del Legislativo. Así, a diferencia del modelo estadounidense, KELSEN era de la opinión de que los jueces del tribunal constitucional debían ser seleccionados por la Legislatura y en ningún caso por la Administración.

Por otra parte, para evitar la intrusión de la justicia constitucional en tareas propias del legislador, la función del tribunal constitucional debía quedar limitada al control de lo que estaba determinado por la Constitución.

Para lograrlo, se eximía al tribunal de la evaluación de las circunstancias concretas del conflicto, obligándolo a

realizar una tarea esencialmente “negativa”, y asegurándose que la Constitución fuese un texto claro y preciso, dirigido a regular procedimientos y competencias y no a proclamar principios abstractos y vagos.

En opinión de KELSEN, el control debía ser meramente “abstracto”, dado que suponía un contraste lógico entre dos enunciados normativos (el constitucional y el legal). Si el texto constitucional era claro y no admitía más que un significado (y ese significado se contradecía con el de la norma legal), entonces cabía anular la disposición legal; si el texto constitucional era vago, admitía varias interpretaciones, y si algunas de ellas eran favorables a la constitucionalidad de la ley cuestionada, entonces el juez debía elegir el significado más favorable y ser “deferente” con el Legislativo. El tribunal sólo estaba autorizado a “anular” las leyes, mas nunca a introducir innovaciones jurídicas o imponer obligaciones específicas al Legislativo.

La Constitución debía ser una de reglas procedimentales y de competencias. La indeterminación de la Constitución era, para KELSEN, el campo de la competencia legislativa, no de la judicial. Esta última idea se deja ver con claridad en su insistencia de que las constituciones no debían proclamar principios como los de igualdad, justicia o libertad, porque estos conceptos, por su vaguedad, eran sumamente manipulables¹⁷⁰.

También los efectos “anulatorios” de las sentencias (no retroactivos), propios del modelo kelseniano, reflejan una deferencia al Legislativo. Los efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad se enfrentaban con la perspectiva democrática, porque la decisión que se pretende invalidar con efectos retroactivos es la decisión del Legislativo, y este poder está igualmente autorizado a interpretar la Constitución, hasta que la ley se declare inconstitucional. Las sentencias del tribunal, por lo tanto, tendrían carácter constitutivo, es decir, con efectos para el futuro.

Así concebido, el tribunal constitucional, más que un competidor del Legislativo, debía ser un complemento, un ga-

¹⁷⁰ KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 10, p. 3 a 46.

rante de las reglas del juego. El modelo europeo continental tendería a ser más respetuoso de las credenciales democráticas del Parlamento.

§ 52. *LA INVERSIÓN DE LAS IDENTIDADES.* – En el § 21 adelantamos la idea del acercamiento o inversión (para algunos autores) de los roles de las cortes supremas y los tribunales constitucionales. Profundizaremos los conceptos.

Algunos autores sostienen que, aun cuando los sistemas de justicia constitucional hubiesen sido creados con miras a causar distintos efectos, la experiencia indica que ambos modelos han desembocado en una práctica casi idéntica, es decir, se han acercado¹⁷¹.

¹⁷¹ Ver, en general, LINARES, *Modelos de justicia constitucional y deferencia al Poder Legislativo*, quien con apoyo en autores como RUIZ, PRIETO SANCHÍS, GASCÓN ABELLÁN, GARCÍA DE ENTERRÍA y RUBIO LORENTE formula una excelente recopilación. Conforme a este autor, en primer lugar no es cierto que los tribunales constitucionales hayan ejercido sólo como legisladores “negativos”. En muchas ocasiones, ellos no limitan su tarea a la anulación de leyes inconstitucionales, sino que además fijan las interpretaciones constitucionalmente. En muchos países, asimismo, están autorizados a declarar la inconstitucionalidad de las “omisiones legislativas” (así, el Tribunal Constitucional de Portugal). Segundo, las constituciones europeas no se limitan a regular procedimientos y competencias, sino que consagran, además, un conjunto de “principios abstractos” y “derechos” que también vinculan al juez constitucional. Este vínculo del juez con los derechos tiene lugar fundamentalmente por medio de la acción de amparo (tutela o protección), o de la “cuestión de constitucionalidad” que plantean los jueces ordinarios. En tercer término, la consideración de cuestiones fácticas no tiene lugar sólo cuando la Corte revisa sentencias de amparo, sino también cuando ejerce el control de constitucionalidad de las leyes. Ello debido a que –en contra de lo imaginado por Kelsen– actualmente se reconoce que este control no puede limitarse a ser un juicio de compatibilidad lógica entre dos normas, en el que sólo intervienen premisas normativas. Ello no es posible, por ejemplo, en los casos difíciles que plantean las “colisiones entre principios jurídicos”. En cuarto lugar, figuras como el amparo judicial o la cuestión de inconstitucionalidad, en el sistema español, desvanecen el “dualismo” sentado por el modelo kelseniano entre la justicia ordinaria y la constitucional. Esto es así porque, en tanto que algunos jueces ordinarios conocen de las acciones de amparo, éstos pueden imprimir a las leyes una interpretación contraria al significado dado por el legislador. Esta posibilidad debilita el monopolio del tribunal constitucional para aplicar directamente contenidos constitucionales (aun cuando, naturalmente, los jueces ordinarios siguen sin contar con la potestad de declarar la invalidez de una ley). En quinto lugar, hay múltiples sistemas de selección de magistrados a los Tribunales Constitucionales, en

Otros han argumentado que, contrariamente a su identidad originaria, los tribunales constitucionales han terminado practicando una conducta hostil en contra del Poder Legislativo.

Nosotros sostenemos que, también en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, progresivamente en los últimos años, ha invertido su rol institucional originario del tribunal “contramayoritario” para situarse en una posición de deferencia al Legislativo.

Vayamos por partes. Dentro de quienes argumentan la inversión de la identidad de los tribunales constitucionales se encuentra FERRERES COMELLA. Según su tesis, los tribunales constitucionales europeos propician actualmente una conducta activista en contra del Legislativo y en especial en contra del Legislativo de turno¹⁷².

El autor citado sostiene que, cuanto más “puro” y autónomo sea el tribunal constitucional –es decir, cuanto más cercano al modelo kelseniano original sea–¹⁷³, tanto más activista será y, por consiguiente, más hostil con el Poder Legislativo. Fundamenta su afirmación en las siguientes razones.

contra del pensamiento de Kelsen que lo asignaba al Legislativo. Sexto, los efectos de las sentencias del tribunal no siempre son *ex nunc* (para el futuro). En general, se reconoce a los tribunales constitucionales la potestad de modular los efectos temporales de las sentencias. Por ejemplo, cuando el juez considera que existe un vicio “grave y manifiesto”, la sentencia produce efectos *ex tunc* (es decir, tiene efectos retroactivos). Finalmente, algunos rasgos del modelo estadounidense tienden a asemejarse con el europeo. Así, no es del todo cierto que en el modelo estadounidense las sentencias de inconstitucionalidad posean efectos sólo para el caso concreto. Por el principio del *stare decisis*, por medio del cual las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema resultan obligatorias, los efectos singulares de las sentencias se propagan a otros casos análogos que se ventilan ante los tribunales inferiores. Aunque ello todavía no sea idéntico a la derogación general de una ley, lo cierto es que los efectos de la sentencia trascienden el caso concreto.

¹⁷² Ver, en general, FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*.

¹⁷³ Por *puro* se entiende el tribunal que posee exclusivamente la facultad del control constitucional de las leyes, y no otras (p.ej., control de las elecciones, competencia en torno al juzgamiento penal de los funcionarios públicos). Por *autónomo* se interpreta el grado de vinculación que posee con el poder judicial ordinario, mediante los procedimientos de acceso a él.

a) *Obligación de decidir.* El tribunal constitucional es la única institución competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley y, por consiguiente, siempre tiene, en general, la obligación de pronunciarse. Carece –como en el modelo estadounidense– de la facultad de seleccionar los casos mediante el *writ of certiorari*, en los cuales se pronunciará. Esto inyecta una dosis de activismo al sistema.

b) *Ausencia de casuismo minimalista.* Una de las vías para acceder al tribunal constitucional es la acción de inconstitucionalidad. Cuando se interpone esta acción, el tribunal no puede reducir el alcance del ataque que sufre la ley. Como no existe caso concreto que circunscriba el problema constitucional, el recurrente puede obligar al tribunal a examinar todas las consecuencias jurídicas que se desprenden de la ley impugnada. Ello contrasta con lo que sucede en el modelo estadounidense, en el que los tribunales se pueden abstener de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley, si ésta no resulta aplicable al caso a resolver.

c) *La dificultad de evitar los argumentos constitucionales recurriendo a argumentos de mera legalidad ordinaria.* Según FERRERES COMELLA, además, los tribunales constitucionales encuentran obstáculos para decidir casos con arreglo a argumentos de pura legalidad ordinaria. Normalmente tienen que basar sus juicios en el derecho constitucional. En el contexto de las acciones de inconstitucionalidad, esta obligación es más fuerte, porque la única finalidad de este procedimiento es juzgar la validez constitucional de la ley, por lo que el tribunal no puede huir del problema planteado. En el modelo judicial difuso, dado que todos los tribunales ejercen la “función judicial ordinaria” y la “función constitucional”, éstos pueden tratar, así, de buscar vías para resolver el caso concreto, sin necesidad de afrontar la cuestión constitucional.

d) *La visibilidad de los tribunales constitucionales.* Como únicamente existe un tribunal que puede declarar la invalidez de la ley, la atención de los partidos políticos y de la opinión pública se centra en él. Es sólo en el tribunal constitucional donde se juega la suerte de la decisión democrática del Parlamento. La resonancia pública es aún ma-

yor cuando el ataque a la ley se canaliza mediante acciones “orgánicas”, pues los órganos públicos que interponen esas acciones atraen la atención de los medios de comunicación. En los Estados Unidos de América, en cambio, hay que seguir las decisiones de todos los tribunales, pues todos ellos tienen el poder de control de constitucionalidad, y todos ellos contribuyen a decidir si hay que dejar de lado una determinada ley.

e) Prontitud del control de constitucionalidad. Las acciones de inconstitucionalidad obligan al tribunal constitucional a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes durante la vigencia de las coaliciones parlamentarias que las sancionaron. El tribunal no puede eludir el tratamiento del caso ni dilatar su pronunciamiento durante mucho tiempo. Ello contribuye a aumentar su visibilidad política. En el modelo judicial difuso la declaración de inconstitucionalidad deviene luego de un largo tiempo desde la entrada en vigencia de la ley, y cuando se produce es muy probable que hayan cambiado las coaliciones políticas que la habían apoyado.

f) La fragilidad de los tribunales constitucionales. Desde el punto de vista institucional, esa fragilidad está originada en que no son tribunales indispensables. Basta con recordar que hay países que no cuentan con tribunales constitucionales y que han sabido organizarse perfectamente, sin peligro para los derechos individuales de sus ciudadanos. En consecuencia, le resultaría difícil a un tribunal constitucional ganarse un lugar dentro del sistema institucional, si de manera regular declarara válidas las leyes que se impugnan ante él.

Por las razones apuntadas, FERRERES COMELLA sostiene la tesis de la identidad sobrevenida, es decir que, contrariamente a la deferencia originaria hacia el Legislativo que el modelo planteaba, los tribunales constitucionales mantienen actualmente una hostilidad más pronunciada hacia el Legislativo, por medio de un sostenido y necesario activismo.

§ 53. **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. ROLES Y TENDENCIAS.** – Como hemos sostenido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, máximo tribunal de

Justicia y cabeza del Poder Judicial (art. 108, Const. nacional), constituye, en la trilogía de poderes diseñada por la Constitución estadounidense de 1787, sus antecedentes ideológicos y la doctrina del *chief justice* MARSHALL plasmada en “Marbury v. Madison”, un órgano que –excediendo su función de administrar justicia– cogobierna (junto con los poderes políticos electivos) por medio de sus sentencias, actuando –desde la perspectiva institucional originaria– como un poder “contramayoritario”.

Ahora bien, ¿cómo ha entendido y ejercido la Corte Suprema –en términos generales– su función institucional? ¿Se ha inclinado hacia su originaria identidad contramayoritaria o se distanció de dicha identidad para asumir un rol más condescendiente con el Legislativo?

Conforme anticipamos –según nuestro parecer–, la Corte Suprema ha mantenido, a lo largo de los últimos años, una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático, y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos.

La identidad contramayoritaria ha sido ejercida conrainstitivamente, es decir, en señal de apoyo –las más de las veces– del gobierno mayoritario y no en actitud de control¹⁷⁴.

Y esto ha sido una constante verificable a lo largo de casi toda su historia. Seguramente hay variadas razones, pero el avasallamiento por parte del poder político al judicial ha sido una de las razones fundamentales. Ningún presidente argentino, con honrosas excepciones, se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su pensamiento político o con sus ideas¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Según un importante sector de la doctrina estadounidense, en la mayoría de los casos los jueces de la Corte Suprema de dicho país se han mantenido leales al presidente que los designó. Así lo dice con toda claridad TRIBE cuando describe lo que el denomina “el mito del presidente sorprendido” (*God save this Honorable Court*, p. 50 y siguientes).

¹⁷⁵ Hasta 1946, todos los gobiernos respetaron la renovación natural del alto tribunal, producida siempre de manera parcial por muerte o retiro de sus magistrados. Desde ese año en adelante todos los gobiernos militares o civiles designaron su propia Corte Suprema, con excepción de los gobiernos de Guido, Illia y De la Rúa, aunque hay que aclarar que, en el caso de los gobiernos de Cámpora y Alfonsín, la situación no se presenta como desvaliosa, porque sucedieron a gobiernos militares.

En tal sentido, JULIO OYHANARTE, que navegó en su vida entre la política y el derecho (integró la Corte Suprema en los años 1958 y 1990, bajo los gobiernos de Frondizi y Menem), dejó expuesta esta situación crudamente al sostener que “la militancia política en la medida en que sirvió para acreditar adhesión intelectual a la fórmula política dominante en cada etapa fue siempre tenida en cuenta y es natural y justo que así haya sido habida cuenta de las funciones de participación política que incumben a la Corte Suprema”¹⁷⁶.

Así, si cotejamos el posicionamiento de la Corte Suprema en casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina, que enfrentaron derechos individuales frente a políticas de gobierno, veremos que en la inmensa mayoría de los casos el alto tribunal se inclinó por apoyar las políticas del gobierno mayoritario.

Esta cuestión es verificable, particularmente en el coitejo de aquellos fallos dictados con motivo del ejercicio, por parte del poder político, de facultades en el marco de la doctrina de la emergencia, que rige la vida constitucional argentina desde la segunda década del siglo xx y que se incrementó progresivamente, hasta haberse instalado –aparentemente de manera definitiva– en la vida jurídica de la República.

Si bien, hasta la reforma constitucional de 1994, la única emergencia que mencionaba el texto constitucional era la política del estado de sitio previsto en el art. 23, la emergencia económica nació en la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de los conocidos fallos “Ercolano c/Lanterri de Renshaw”¹⁷⁷, de 1922, y particularmente “Avico c/de la Pesa”¹⁷⁸, de 1934.

La prudente doctrina de los fallos precedentes, seguida durante varias décadas, se amplió considerablemente en “Russo c/Delle Donne”¹⁷⁹ y en la causa “Cine Callao”¹⁸⁰, hasta desbordarse en “Peralta, Luis A. c/Estado nacional s/am-

¹⁷⁶ OYHANARTE, *Historia del Poder Judicial*, “Todo es Historia”, n° 61, p. 94.

¹⁷⁷ *Fallos*, 136:170.

¹⁷⁸ *Fallos*, 172:71.

¹⁷⁹ *Fallos*, 243:472.

¹⁸⁰ *Fallos*, 247:121.

paro”¹⁸¹, fallo de nuestro máximo tribunal que fuera fuertemente criticado por la doctrina.

La posición oficial de la Corte Suprema argentina en torno a la emergencia económica que sentara en “Peralta” dejó una sensación de imprevisibilidad en sus criterios, que afectó seriamente la seguridad jurídica de la Nación y que se reinsertó con gran fortaleza en el período histórico de fines de 2001 y principios de 2002, con motivo de la profunda crisis económica que afectó al país.

Ante esta situación, la Corte Suprema produjo dos fallos jurídicamente alentadores¹⁸², pero su enfrentamiento con el poder político y su falta de credibilidad social no le permitieron sostenerse en una situación de tanta inestabilidad institucional.

El proceso de recambio de sus integrantes no mejoró la situación que describimos y la “doctrina de la emergencia” se afianzó en la concepción jurídica de la nueva composición de la Corte Suprema, que en varios casos falló afectando muchos derechos del ordenamiento constitucional¹⁸³, recordándonos el “derecho de la realidad” que sostenía OYHANARTE.

§ 54. **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN SU ACTUAL COMPOSICIÓN.** – De acuerdo con el compromiso asumido en otras páginas del libro, de no evadir opinión en torno a cada una de las instituciones, nos abocaremos ahora al análisis institucional del alto tribunal en su actual composición. ¿Cuál es la evaluación de la actual composición en el delicado y fino ejercicio del control de constitucionalidad? ¿Qué tendencias políticas o institucionales está siguiendo? ¿Definen estas tendencias un marcado rol institucional?

¹⁸¹ *Fallos*, 313:1513.

¹⁸² CSJN, 1/2/02, “Smith, Carlos A. c/Estado nacional”, *JA*, 2002-I-237; *id.*, 5/3/03, “Provincia de San Luis c/Estado nacional”, *LL*, 2003-B-537; *JA*, 2003-I-188, y *ED*, 201-377.

¹⁸³ CSJN, 13/7/04, “Cabrera, Gerónimo R., y otro c/Estado nacional”, *JA*, 2004-III-186; *id.*, 26/10/04, “Bustos, Alberto R., y otros c/Estado nacional y otros s/amparo”, *JA*, 2004-IV-257; *id.*, 5/4/05, “Galli, Hugo G., y otro c/PEN –ley 25.561 y decrs. 1570/01 y 214/02– s/amparo”, *JA*, 2005-II-376; *id.*, 27/12/06, “Massa, Juan A. c/Estado nacional”, *JA*, 2007-I-187, e *id.*, 15/3/07, “Rinaldi, Francisco A., y otro c/Guzmán Toledo, Renal, C., y otra”, *JA*, 2007- II-537.

No creemos que haya una respuesta pacífica a estos interrogantes, pues cada visión estará influenciada por la formación y la ideología de cada analista, sin perjuicio de lo cual queremos compartir algunas tendencias que entendemos identificar, pero que pueden tener –como hemos dicho– diversas lecturas.

Para algún sector de la doctrina, en la década del noventa, la Corte fue consistente en apoyar el ejercicio del poder político en sus fallos, lo que le valió el mote de “mayoría automática”, pero en los primeros años de la actual composición alternó la jurisprudencia dictada en causas políticamente importantes, optando por limitar o aprobar de manera significativa el ejercicio del poder político.

Más aún, en la era post-Menem, la Corte Suprema emitió distintas sentencias en casos muy similares en diversas áreas políticas, tornándose, en alguna medida, contradictoria. ¿Cómo se explica este cambio?

“Se destacan cuatro posibles explicaciones. Primero, este modelo de decisiones inestables puede reflejar simplemente el desequilibrio político y económico que marcó a la Argentina durante el período que siguió a la fecha en que Menem dejó su cargo en diciembre de 1999. Sin embargo esta explicación parece improbable. La crisis argentina se extendió desde mediados de 2001 a principios de 2003, mientras que la Corte Suprema continuó emitiendo fallos inconsistentes entre los últimos meses de 2003 y fines de 2005. Además, la Corte zigzagueó en causas que no tenían nada que ver con la crisis económica o política. De este modo, si bien la crisis es sin duda un factor que contribuyó a la inestabilidad en la jurisprudencia de la Corte después de 2000, es insuficiente por sí misma para explicar la volatilidad en la toma de decisiones.

Una segunda posibilidad es que los fundamentos utilizados por el tribunal para adoptar decisiones respecto a causas políticamente decisivas, se deberían tomar según su valor intrínseco. La Corte casi siempre ofrece explicaciones lógicas y convincentes para justificar la toma de sus decisiones, y por lo general indica las motivaciones que la impulsan a apartarse de su jurisprudencia precedente. Basándonos en sus fallos, podríamos llegar a la conclusión de que la jurisprudencia vinculada a los casos más críticos que

llegaron a su conocimiento en el nuevo milenio fue consistente, dada la evolución en el marco legal y la falta de similitud entre las causas sobre las cuales dictó fallos en apariencia incompatibles.

No obstante, tanto juristas como expertos en ciencia política que han estudiado tribunales en diversos países han dudado mucho de que los fundamentos ofrecidos por las cortes en sus fallos reflejen completa y fielmente las motivaciones que hay detrás de sus decisiones. Este escepticismo me lleva a buscar razones alternativas para explicar el comportamiento de la Corte Suprema después de 2000.

La tercera y cuarta razón probables se pueden extraer de la literatura sobre la toma de decisiones judiciales. El modelo actitudinal, desarrollado más claramente en Estados Unidos de América sugiere que los jueces toman decisiones en forma muy similar a otros actores políticos, o sea, sus actitudes ideológicas respecto a las consecuencias políticas inciden en cómo votan las causas. Dada la rápida rotación tanto de presidentes como de jueces en la Argentina durante el período en estudio, este enfoque sugeriría que la incoherencia jurisprudencial existente reflejó la evolución en las inclinaciones ideológicas de la Corte a medida que cambiaba su composición. Sin embargo, esta explicación no puede aplicarse a toda la variación jurisprudencial observada durante el período en estudio, ya que a veces la misma configuración de la Corte emite fallos diferentes sobre causas muy similares¹⁸⁴.

“El enfoque ‘actor estratégico’, que considera a los jueces como actores políticos ambiciosos que emiten fallos guiados por las oportunidades y limitaciones del sistema político dentro del cual operan, también es prometedor. Los especialistas en temas vinculados con la Argentina han adoptado recientemente este enfoque para explicar la habilidad y disposición de la Corte para confrontar al gobierno. El es-

¹⁸⁴ Para brindar sólo dos ejemplos, mientras los mismos miembros formaron la Corte desde diciembre de 1995 hasta octubre de 2002, los fallos de la Corte Suprema en dos causas muy similares entre sí, “Kiper” y “Smith” (dictados el 28/12/01 y 1/2/02, respectivamente) fueron conflictivos. Algo semejante ocurrió con las decisiones de la Corte en las causas similares “Guida” y “Tobar” (dictadas el 2/6/00 y el 22/8/02, respectivamente).

tudio de HELMKE (2002) respecto de la jurisprudencia de la Corte entre 1977 y 1995, por ejemplo, encontró que en un entorno institucional incierto, y con el fin de ganarse a la administración entrante, los jueces fallaban en contra del gobierno en ejercicio con mayor frecuencia hacia el final de su mandato. Basándose en el análisis jurisprudencial de la Corte entre 1935 y 1998, IARYCZOWER *ET AL.* (2000) sostienen que la probabilidad de que los jueces de Argentina declaren inconstitucional una ley nacional o un decreto presidencial aumenta a medida que el número de jueces nombrados por el presidente en ejercicio disminuye, y cae a medida que crece el grado de control que el Poder Ejecutivo mantiene sobre la legislatura. En su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y chilena desde la década del cuarenta a la década del noventa, SCRIBNER (2004) establece que la predisposición de los jueces a cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad presidencial dependió en gran medida de la relación que los ministros tenían con el presidente (en términos de haber sido designado por él o no), y de la probabilidad de que los jueces pudieran enfrentar mayorías coherentes o represalias políticas.

Si bien cada uno de estos estudios orientados por el enfoque 'actor estratégico' explica parcialmente el comportamiento de la Corte Suprema argentina en la era post-Menem, nuevamente ninguno explica el zigzagueo que observamos en la jurisprudencia de la Corte desde el año 2000. Como otros estudios de la escuela 'actor estratégico', estas explicaciones ponen de manifiesto la importancia de sólo uno, o a lo sumo dos objetivos para la toma de decisiones estratégicas (preocupación por la seguridad en el cargo en HELMKE; el deseo de apoyar al presidente que lo designó y el temor a tener sus decisiones revocadas en IARYCZOWER *ET AL.*; y el deseo de mantener la integridad institucional de la Corte y garantizar el cumplimiento de sus fallos en SCRIBNER).

Sin embargo, como las causas analizadas en este artículo lo demuestran, los jueces de la Corte Suprema tienen también otros objetivos que podrían motivar su toma de decisiones. Debido a que la escuela estratégica principalmente estudia las relaciones del tribunal con los otros poderes del gobierno, ella omite considerar cómo la relación cambiante de la Corte con la sociedad puede influir en sus objetivos es-

tratégicos. Además, el modelo estratégico no explica la razón por la cual la Corte dictaría fallos conflictivos en los casos en los cuales el gobierno no tendría una aparentemente fuerte preferencia política, o que carecían de importancia estratégica tanto para los poderes políticos como para la Corte.

En efecto, por sí solos, ninguno de los cuatro enfoques revisados es suficiente para explicar la jurisprudencia inconsistente de la Corte Suprema en las causas políticamente importantes decididas durante los últimos seis años. Sin embargo, en lugar de descartar estas fundamentaciones, me basé en ellas para generar una explicación alternativa sobre la base de micro y macroniveles de análisis.

En el micronivel, en lugar de ver el comportamiento del tribunal como respuesta a una o dos dinámicas políticas dominantes, como lo sugiere el enfoque “actor estratégico”, sugiero que los jueces argentinos y sus sentencias en la era post-Menem estuvieron algunas veces motivados principalmente por necesidades constitucionales pero, por lo general y más a menudo, fueron influenciados fuertemente por las condiciones políticas de corto plazo (particularmente por las amenazas y presiones por parte del Poder Ejecutivo, y por la crisis económica y política).

Con el tiempo, estas condiciones fueron variando, afectando así al tribunal de distintas formas y en distintos momentos, llevándolo a dictar fallos contradictorios en casos similares.

¿Pero por qué la Corte fue tan permeable a los efectos de estas dinámicas políticas de corto plazo? En un nivel más amplio, sostendré que la presencia de valores extremos sobre cuatro variables institucionales claves, aumentaron la vulnerabilidad de la Corte hacia esos factores políticos.

En primer lugar, el déficit de legitimidad del tribunal que se solapó durante los años de Menem podría haber motivado a la Corte Suprema a alternar en su búsqueda de apoyo, tratando de conseguir el apoyo del gobierno en algunos momentos (mediante el dictado de fallos deferentes) y de la sociedad en otros (al cuestionar iniciativas del gobierno poco populares y de alta prioridad).

En segundo lugar, la existencia de altos niveles de discrecionalidad en la toma de decisiones les permitió a los jueces responder a las condiciones políticas más relevantes en cada momento de toma de decisiones. Asimismo, el he-

cho de no haber los jueces argentinos desarrollado una noción consensuada respecto al rol que desempeñan, los hizo particularmente vulnerables a las presiones de corto plazo y a las circunstancias cambiantes durante el período de caos posterior a Menem.

Finalmente, debido a que no se ha establecido ninguna relación institucional despersonalizada entre el tribunal superior por un lado, y el Poder Ejecutivo por otro, cada cambio de mandato ha tenido el potencial para cambiar radicalmente la relación entre la Corte y el presidente”¹⁸⁵.

Desde nuestra perspectiva, sostenemos que la actual composición de la Corte Suprema ha repetido –en sus primeros momentos– la inclinación casi natural de apoyar las políticas principales del gobierno mayoritario.

No podemos olvidarnos que, una vez más en la historia argentina, el gobierno surgido de las elecciones del año 2003 quiso designar a la mayoría de la Corte Suprema y para ello promovió cinco juicios políticos y designó cuatro integrantes. Una vez que lo hizo, redujo la cantidad de ministros y estableció que la mayoría se lograría justamente con cuatro votos.

Más allá de que las designaciones recayeron saludablemente sobre juristas de dilatada trayectoria, el proceso de integración de la Corte Suprema fue uno de los más bochornosos en la historia del tribunal. La destitución de BOGGIANO fue una suerte de golpe institucional, materializado en un Estado de derecho que no debería olvidarse.

Las áreas esenciales para el gobierno mayoritario que han sido apoyadas incondicionalmente por la Corte Suprema en su composición actual, son la doctrina de la emergencia referida a la pesificación de la economía y la política de derechos humanos en torno a la revisión de la lucha antisubversiva.

Ambas cuestiones constituyeron las banderas políticas más importantes del gobierno de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández. Los fallos de la Corte Suprema en torno a ellas, se alzaron –a nuestro criterio– con la correcta interpretación de las normas constitucionales.

¹⁸⁵ KAPISZEWSKI, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2006, p. 6 a 8.

En ambos casos la Corte Suprema falló a favor de la posición sostenida por el Gobierno, tensionando al límite, en la primera cuestión, el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Const. nacional, como expusimos en el párrafo anterior (“Cabrera”, “Bustos”, “Galli”, “Massa” y “Rinaldi”), y afectando seriamente en la segunda los principios constitucionales de legalidad, defensa en juicio y debido proceso, consagrados en el art. 18¹⁸⁶, como veremos luego con mayor detalle.

a) *ROLES Y TENDENCIAS. LOS MODELOS “ACTITUDINAL” Y “ACTOR ESTRATÉGICO” EN SUS DECISIONES.* La asunción de los poderes políticos elegidos para conducir la República Argentina en mayo de 2003, encabezados por el titular del Poder Ejecutivo nacional, Néstor Kirchner, enarboló inicialmente, como principio político prioritario –conforme hemos descripto– la renovación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sospechada de haber estado alineada incondicionalmente con la política del ex presidente Menem (esta afirmación fue expuesta en un mensaje pronunciado por el presidente, emitido por la cadena nacional de medios de comunicación) e impedir la impunidad –a su criterio, latente¹⁸⁷– de todos los responsables de la llamada “guerra sucia”, mediante la persecución y castigo de los autores mediatos e inmediatos del llamado “terrorismo de Estado”.

Bajo esta línea de pensamiento político e ideológico marcada por el Ejecutivo, rechazada por algunos sectores de la sociedad, por considerarla parcial¹⁸⁸, se alineó el otro

¹⁸⁶ CSJN, 24/8/04, “Arancibia Clavel, Enrique L.”, *JA*, 2004-IV-426; *id.*, 23/12/04, “Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, *EDCO*, 2005-257; *id.*, 10/5/05, “Lariz Iriondo, Jesús M.”, *JA*, 2005-III-520; *id.*, 11/7/07, “Derecho, René J.”, *JA*, 2008-I-662; *id.*, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L., y otros”, *JA*, 2007-III-573. Hemos analizado estas cuestiones en AMAYA, *Ideologías políticas e ideologías judiciales: reflexiones sobre la doctrina de la Corte Suprema argentina en torno a los delitos de lesa humanidad*, “Revista Jurídica de la Universidad de Jaén”, segunda época, n° 8, p. 1 a 23.

¹⁸⁷ Debe recordarse que la principal conducción de la dictadura militar que gobernara la República Argentina entre 1976 y 1983 fue juzgada por la Cámara Federal Criminal y Correccional, en un hecho sin precedentes en la historia mundial, y condenada a prisión perpetua.

¹⁸⁸ Muchas posiciones de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández podrían avalar dicho pensamiento. Entre otras, la designación de gran canti-

poder político del Estado, el Legislativo, el cual, en un acto sin precedentes –y contrariando principios constitucionales–, dispuso la “anulación” de las leyes llamadas de “obediencia debida” y “punto final”, dictadas en 1986 y 1987 por otro gobierno constitucional, excediendo las facultades del Legislativo y desconociendo la legitimidad soberana de aquella composición del Congreso¹⁸⁹.

De manera paralela a esta política de derechos humanos, el Ejecutivo y el Legislativo promovieron los juicios políticos de la mayoría de los ministros de la Corte Suprema de entonces, proceso que condujo a la renuncia de los ministros LÓPEZ, NAZARENO y VÁZQUEZ, y a la destitución por juicio político de los ministros MOLINÉ O’CONNOR y BOGGIANO, sumándose otra vacante en el alto tribunal con el retiro voluntario del doctor BELLUSCIO.

En este contexto histórico, jurídico y sociológico, asumieron cuatro de los actuales siete miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores ZAFFARONI, ARGIBAY, HIGHTON DE NOLASCO y LORENZETTI, que se sumaron al doctor MAQUEDA, a quien –si bien había sido designado bajo la presidencia de Duhalde– temporalmente podemos considerarlo inmerso bajo un similar contexto fáctico.

Evidentemente, la línea argumental seguida por los fallos paradigmáticos dictados por la Corte Suprema en torno a la aplicación de la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, iniciados con “Arancibia Clavel”¹⁹⁰ y

dad de ex miembros de organizaciones terroristas en puestos públicos; la promoción de leyes indemnizatorias para sus familias y no para las de civiles y militares muertos en enfrentamientos con subversivos o derivados de ellos; el tratamiento de los integrantes de dichas organizaciones como “jóvenes idealistas de la década del setenta”; la implementación de una política sistemática de reformulación de la historia argentina en la educación pública y en la vida cívica, omitiendo la responsabilidad que cupo a estas organizaciones, así como la presencia permanente en los actos públicos, al lado de la autoridad presidencial, de la conductora de la organización “Madres de Plaza de Mayo”, Hebe de Bonafini, quien postula públicamente ideas de apoyo a distintas organizaciones terroristas del mundo.

¹⁸⁹ VANOSSI, *Obediencia debida y punto final*, LL, 2003-E-1504.

¹⁹⁰ CSJN, 24/8/04, “Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, JA, 2004-IV-426.

“Simón”¹⁹¹, desanda el camino por ella misma recorrido en su composición anterior.

Lo mismo sucede con los fallos (que ya hemos citado) relacionados con la política económica de pesificación, que abandonaron la doctrina sentada por el alto tribunal en su composición anterior en el caso “Smith”¹⁹².

Ahora bien, ¿cómo explicar las decisiones que ilustran la nueva tendencia de la Corte Suprema en la temática que nos ocupa, marcando una importante diferencia con su composición anterior? Si bien es cierto que en los fundamentos de sus fallos el alto tribunal ofrece –en general– explicaciones lógicas que justifican ante el lector la toma de decisiones, indicando las motivaciones que posee para apartarse de sus precedentes, algún sector de la doctrina duda que ellos reflejen completa y fielmente las motivaciones que hay detrás de sus decisiones¹⁹³.

Por otra parte, en opinión de algunos medios de comunicación (lo cual más allá de la opinión del medio, refleja el pensamiento de un sector de la sociedad), el objetivo político que persiguió la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema se alineó con el objetivo ideológico del Gobierno, al coincidir con las reiteradas manifestaciones de las más altas autoridades de la Nación tendientes a dejar sin efecto las denominadas leyes de “obediencia debida” y de “punto final”¹⁹⁴.

Esta situación nos conduce a intentar encontrar las razones que se hallan detrás de los argumentos jurídicos utilizados por la Corte Suprema argentina para sustentar su línea argumental. Es decir, las razones de esta decisión judicial y no de otra, considerando que el tema no es baladí ni de fácil resolución.

La búsqueda de respuestas nos lleva a considerar los llamados “modelo actitudinal” y “actor estratégico”, propugnados por parte de la doctrina interdisciplinaria para eva-

¹⁹¹ CSJN, 14/6/05, “Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, *EDCO*, 2005-257.

¹⁹² CSJN, 1/2/02, “Smith, Carlos A. c/Estado nacional”, *JA*, 2002-I-237.

¹⁹³ KAPISZEWSKI, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2006-5.

¹⁹⁴ Diario “La Nación”, editorial del 8/9/05.

luar el contenido y las motivaciones de la toma de las decisiones judiciales.

El primer modelo sugiere que los jueces toman decisiones en modo similar al resto de los actores políticos del sistema. Las consecuencias políticas de sus actitudes inciden en cómo votan las causas. En este sentido, un giro importante en la jurisprudencia del alto tribunal revelaría los cambios “ideológicos” de sus componentes.

Por su parte, el modelo “actor estratégico” considera a los jueces como actores políticos que emiten fallos guiados por oportunidades y limitaciones del sistema político dentro del cual operan¹⁹⁵.

En un estudio sobre la jurisprudencia de las cortes supremas argentina y chilena desde la década del cuarenta hasta la del noventa, se establece que la predisposición de los jueces a cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad presidencial dependió, en gran medida, de la relación que los ministros tenían con el presidente (en térmi-

¹⁹⁵ El 5 de marzo de 2003, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en un juicio en el cual la provincia de San Luis demandaba la devolución de un depósito bancario de US\$ 250.000. El dinero de San Luis había quedado atrapado en el banco por el congelamiento de las cuentas bancarias impuesto por el gobierno nacional (el “corralito”), y convertido por la fuerza a pesos devaluados. La provincia alegó que eran inconstitucionales tanto el congelamiento como la conversión forzosa de los fondos que habían sido impuestos por el gobierno nacional en un esfuerzo por estabilizar la economía durante la dramática crisis de la Argentina en 2001-2002. Llamativamente, la Corte respaldó el reclamo de San Luis, declarando la inconstitucionalidad de la conversión forzosa y ordenando la “redolarización” y devolución del dinero a la provincia. Para justificar su decisión, la Corte argumentó que el decreto que establecía la conversión forzosa había sido emitido a través de un procedimiento inconstitucional que violaba los derechos de propiedad y que era una respuesta irrazonable y carente de equidad respecto a la crisis. Esta decisión, para muchos, estuvo motivada políticamente y constituyó una reacción al gobierno nacional que amenazaba llevar a juicio político a la Corte en su totalidad y es un buen ejemplo para una lectura desde la teoría de actor estratégico. Un año y medio más tarde, con otra composición, la Corte dictó una resolución en contradicción con la primera en un caso similar (“Bustos”). Esta vez la Corte *convalidó* la conversión forzosa de los fondos, la misma política que había declarado *inconstitucional* apenas dieciocho meses antes. En este caso, lo que motivó aparentemente a la Corte a decidir de esta forma fue otro tipo de motivación política: el deseo de facilitar la estabilización económica mediante el respaldo de políticas que parecían haber mejorado el caos económico de los años anteriores.

nos de haber sido designados por él o no) y de la probabilidad de que los jueces pudieran enfrentar mayorías coherentes o represalias políticas¹⁹⁶.

Dichas variantes podrían explicar –según nuestra visión– el cambio de rumbo del alto tribunal respecto de sus precedentes en el tema de fondo que nos ocupa.

El “modelo actitudinal” estaría presente al haber advertido la Corte Suprema la conveniencia de asumir un posicionamiento ideológico cuyas consecuencias políticas incidirían en una notoria mejoría de su alicaída imagen ante la sociedad y en una armonía con los poderes políticos del gobierno ubicados en la misma línea de pensamiento, obteniendo apoyo de la sociedad y del gobierno (superación de déficit de legitimidad).

Asimismo, el enfoque “actor estratégico” (propio de un tribunal cuyo diseño institucional lo ubica en funciones de cogobierno, por medio de la herramienta del control de constitucionalidad) justifica la postura jurídica asumida por la Corte Suprema en atención a la crisis institucional que arrastraba el país y a los antecedentes de embates, presiones y descrédito que los poderes políticos en su conducta –respecto de los integrantes del Poder– venían desarrollando.

Por último, no podríamos tampoco descartar la predisposición de los jueces a identificarse con la política oficial de las mayorías, en atención a que todos los nuevos miembros habían sido nominados por el mismo presidente¹⁹⁷.

b) *LOS ROLES “CONTRAMAYORITARIO”, “DEMOCRÁTICO”, “CUSTODIO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO”, DE “EQUILIBRIO DE LOS PODERES” Y LA “TENDENCIA RESTRICTIVA”*. Como expusimos, interpretamos que la actual composición de la Corte Suprema sintió la necesidad –como otras tantas composiciones– de dar aval y acompañamiento al gobierno

¹⁹⁶ KAPISZEWSKI, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2006-7.

¹⁹⁷ Estas opciones podrían verse avaladas por parte de LORENZETTI, presidente de la Corte Suprema, quien nombra la posición del alto tribunal respecto del tema que nos ocupa como una política de Estado, lo que implica necesariamente una política en la que convergen los tres poderes del gobierno (en LORENZETTI - KRAUT, *Derechos humanos: justicia y reparación*).

democrático en lo que fueron las banderas políticas más importantes del gobierno de Kirchner y de Cristina Fernández; esto es, su política económica, por medio de la pesificación que trajo la normativa de emergencia dictada en 2002, y la política de derechos humanos, consistente en la reapertura de causas contra el terrorismo de Estado.

Asimismo, esta tendencia “democrática” o “mayoritaria” también puede vislumbrarse en algunos casos de derecho electoral como “Gallego”¹⁹⁸, donde flexibilizó un plazo del Código Nacional Electoral para posibilitar la presentación de candidaturas mediante alianzas, o “Mendoza”¹⁹⁹, en el que convalidó una elección donde la Cámara Nacional Electoral había detectado quinientos veintitrés votos irregulares, negándose en esta ocasión a interpretar el Código de manera flexible. Estas situaciones podrían interpretarse como una inclinación de la Corte Suprema por priorizar el principio del autogobierno democrático frente al principio constitucional del control de dicho autogobierno.

Asimismo, consideramos importante destacar en esta tendencia “democrática” el esfuerzo que ha hecho la Corte Suprema, mediante acordadas y resoluciones, para introducir cambios saludables en el funcionamiento del alto tribunal, tendientes a fomentar la transparencia y la participación en su procedimiento interno.

La acord. CSJN 35/03 dispuso la publicidad del registro en el cual se asienta la circulación de los expedientes por distintas vocalías y la acord. CSJN 2/04 que las sentencias de la Corte Suprema consignen el nombre de las partes y de sus letrados; la acord. 7/04 ordenó que, si una de las partes desea entrevistar a alguno de los ministros de la Corte Suprema, debe notificar a la contraparte, a fin de que ésta presencie el acto, y la acord. CSJN 28/04 reglamentó la figura del *amicus curiae*.

Dentro de los casos que denotan, a nuestro criterio, la tendencia “democrática”, incluimos algunas abstenciones de

¹⁹⁸ CSJN, 9/10/07, “Gallego, Carlos A., y otros s/solicita oficialización de lista de candidatos nacionales elección 28 de octubre de 2007 como Alianza Frente Partido Justicialista y Alianza Frente Justicia, Unión y Libertad”, *JA*, 2008-III-403.

¹⁹⁹ CSJN, 23/4/08, “Mendoza, Mario R. s/nulidad de mesas – Frente por la Paz y la Justicia (JEN)”, *LL*, 2008-D-541.

la Corte Suprema en temas que consideramos de trascendencia institucional, que han despertado importantes críticas de amplios sectores de la sociedad, y en los cuales el tribunal ha mantenido silencio hasta el momento, avalando la actuación de los poderes políticos. Incluimos en esta lista la impugnación que sufriera la ley reglamentaria del Consejo Nacional de la Magistratura, y la causa “Novello”²⁰⁰, referida a las tristemente célebres “candidaturas testimoniales”. A la tendencia democrática se le contrapone la tendencia o rol “contramayoritario”, el cual –como vimos– se sitúa en el origen del modelo.

Podemos identificar un conjunto de fallos de la Corte Suprema en su composición actual que asociamos con este rol. En “Bussi” y “Patti” el alto tribunal enfrentó al Poder Legislativo, sentando la doctrina por la cual las facultades de las cámaras del Congreso para evaluar los títulos de sus miembros, conforme a las facultades previstas en el art. 54 de la Const. nacional, corresponden a la revisión de situaciones sobrevinientes a la elección y no precedentes a ella²⁰¹.

En “Binotti”, controló la interpretación del reglamento interno de la Cámara de Senadores, sentando así doctrina en la revisión de los *interna corporis*, admitiendo el control judicial de la votación realizada en una sesión de aquella²⁰². En “Sosa” ordenó a las autoridades provinciales la reposición de un funcionario judicial desplazado arbitrariamente de su cargo por las autoridades políticas, oponiéndose a lo dispuesto por las autoridades políticas de un Estado local²⁰³. En “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, el alto tribunal se pronunció en términos enfáticos por una interpretación restrictiva de la delegación legislativa, con-

²⁰⁰ CNElectoral, 1/6/09, “Novello, Rafael V. –apoderado de la Unión Cívica Radical– y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, LL, 2009-C-601.

²⁰¹ CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2001-IV-688; íd., 13/7/07, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2007-IV-641; íd., 8/4/08, “Patti, Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, EDCO, 2008-22.

²⁰² Fallos, 330:2222.

²⁰³ CSJN, 14/9/10, “Sosa, Eduardo E. c/provincia de Santa Cruz”, LL, 2010-F-185.

trolando el ejercicio de las facultades constitucionales del Poder Legislativo²⁰⁴. En “Editorial Río Negro” sentó pautas de razonabilidad en el reparto de publicidad oficial, limitando constitucionalmente el ejercicio de facultades del Poder Ejecutivo²⁰⁵.

Asimismo, la Corte Suprema, en su actual composición, se ha asigando el rol de “custodio de la responsabilidad internacional del Estado Argentino”.

Efectivamente, en el caso “Mazzeo” –ya referenciado cuando abordamos el apoyo de la Corte Suprema a las políticas básicas del gobierno actual– el alto tribunal afirmó que el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁶.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete último de la Convención.

Por otra parte, identificamos claramente otro rol que la Corte Suprema ha emprendido en el ejercicio del control de constitucionalidad, y que podemos denominar como el *rol de equilibrio de los poderes*.

Este papel del alto tribunal referencia una actitud tendiente a señalar a los poderes políticos del gobierno la conducta constitucional adecuada que deberían encarar en la reglamentación de un derecho o en el cumplimiento de una obligación. Son las decisiones que en derecho constitucional se conocen como *sentencias exhortativas*.

Bien podemos incluir en esta categoría el fallo “Verbitsky”²⁰⁷, en el cual la Corte Suprema hizo lugar a un hábeas corpus colectivo e intimó a los poderes políticos a subsanar deficiencias de detención de los presos sin condena

²⁰⁴ CSJN, 4/11/08, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/Estado nacional-Poder Ejecutivo nacional”, *ED*, 230-301.

²⁰⁵ CSJN, 27/4/10, “Editorial Río Negro SA c/Neuquén, provincia del s/ordinario”, *ED*, 238-109.

²⁰⁶ CSJN, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L., y otros”, *JA*, 2007-III-573.

²⁰⁷ *Fallos*, 328:1146.

en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; el conocido caso “Mendoza” (cuenca Matanza-Riachuelo)²⁰⁸ donde el alto tribunal se constituyó en un órgano de administración de las obligaciones de los Estados nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires en torno al saneamiento de una cuenca hídrica; los casos “Sánchez” y “Badaro”, donde la Corte Suprema indicó al Poder Legislativo la conducta que debía seguir para resguardar debidamente los derechos de la clase pasiva²⁰⁹, y “Halabi”²¹⁰, donde el alto tribunal encomienda al Poder Legislativo el dictado de una ley reglamentaria de las acciones de clase.

Por último, bien podemos sostener que la Corte Suprema actual ha dejado en evidencia una tendencia restrictiva en la concesión de las vías para ocurrir ante ella.

A la utilización creciente del *certiorari* negativo creado por la ley 23.744, en 1990, se ha sumado el dictado de la acord. CSJN 4/07, que limita formal y materialmente la interposición de los recursos extraordinario y de queja, vías de acceso a la jurisdicción extraordinaria del tribunal, cuestión que ha sido criticada por un importante sector de la doctrina procesal y constitucional, imputándole una indebida limitación del derecho de defensa en juicio.

c) *LA “TENDENCIA FUNDACIONAL”*. La credibilidad de un tribunal y la seguridad jurídica de un país reposa en ciertos principios básicos dentro de los cuales se encuentra el *stare decisis*. Según este principio judicial del derecho anglosajón, un tribunal debe sentirse obligado a fallar conforme a sus propios precedentes, y sólo modificarlos cuando las circunstancias fácticas, históricas o sociales que justificaron su dictado han variado considerablemente y, a mérito del tribunal, resulta oportuno variar la posición sentada en su momento.

Cuando un tribunal no respeta sus propios precedentes, sus fallos no serán acatados por los tribunales inferiores.

²⁰⁸ CSJN, 20/6/06, “Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional y otros”, *DJ*, 2006-2-706, y *RCS*, 2006-VIII-101.

²⁰⁹ *Fallos*, 328:1602, y CSJN, 8/8/06, “Badaro, Alfonso V. c/Anses”, *DJ*, 2006-2-1191.

²¹⁰ CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/PEN -ley 25.873- decr. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, *RCS*, 2009-III-71.

En otras palabras, el efecto horizontal de la jurisprudencia de la Corte Suprema (es decir, la continuidad de la jurisprudencia) influye en el efecto vertical, o sea, el acatamiento por los tribunales inferiores.

Y la necesidad de que la Corte Suprema respete sus precedentes, y sólo los varíe ante situaciones muy justificadas, se acrecienta en el sistema constitucional argentino, en razón de la falta de obligatoriedad legal de los fallos de aquélla²¹¹.

La puja argumentativa en torno a la obligatoriedad, en nuestro sistema jurídico, de la jurisprudencia en general, y en especial de los fallos de la Corte, es de larga data y sobre ella se han explayado muchos autores²¹², habiéndose abordado también en innumerable cantidad de fallos jurisprudenciales de distintas jurisdicciones, fueros e instancias²¹³.

Sin embargo, el tema continúa candente y lo seguirá estando –pese a los enormes esfuerzos de la Corte Suprema por encauzar a los tribunales inferiores en sus líneas doctrinales– mientras el sistema de control de constitucionalidad federal en el país se mantenga bajo las características de judicial, difuso, puro, que hemos adoptado jurisprudencialmente, siguiendo la doctrina de “Marbury v. Madison”.

La manifestación precedente no debe interpretarse como postulación de un cambio radical en el sistema de control

²¹¹ Hemos trabajado este tema en AMAYA, *La doctrina plenaria frente a la doctrina de la Corte Suprema. Sobre las raíces de nuestro sistema constitucional*, DJ, 2008-II-231.

²¹² Ver, entre muchos otros, BIDART CAMPOS, *La jurisprudencia obligatoria*, LL, 2001-F-1492; KAIRUZ, *La obligatoriedad de los fallos plenarios en la Justicia Nacional en lo Penal*, LL, 2006-D-961; RUA, *Obligatoriedad de los fallos de la Corte. Acerca del alcance de la doctrina “Marcilese”*, LL, 2003-B-421.

²¹³ CSJN, 18/7/02, “Melli, Hugo A. c/Banco Río de la Plata. Sucursal Resistencia”, LL, 2002-F-577 y 2003-B-749; CNTrab, Sala I, 16/4/03, DT, 2003-B-1222; TS Córdoba, Sala CivCom, 27/8/02, LL, 2003-B-247, y LLC, 2003-441; CFed Córdoba, Sala A, 3/9/97, LLC, 1997-956; CCivCom 3ª nominación Córdoba, 17/8/94, LLC, 1994-782; CCivCom 6ª nominación Córdoba, 28/6/01, LLC, 2002-354; CCivCom, Fam y Trab RTercero, 6/6/95, LLC, 1995-922; CCivCom y ContAdm VMaría, 22/6/00, LLC, 2000-1248; CCivCom y ContAdm 2ª nominación RCuarto, 30/10/98, LLC, 2000-75; JuzgCivCom y Familia 5ª nominación RCuarto, 14/9/00, LLC, 2002-139; CCivCom Resistencia, Sala I, 27/2/03, LLLitoral, 2003-1179; id., id., 28/2/03, LLLitoral, 2003-1305.

de constitucionalidad federal hacia modelos concentrados o mixtos, como los adoptados por el resto de Latinoamérica, pero sí corresponde resaltar la evidencia de una realidad jurídica argentina cada vez más presente, en torno a las consecuencias que para los justiciables individualmente, y para su desarrollo estructural, se derivan de la falta de uniformidad de las decisiones judiciales, producto de la adopción de un sistema de control al estilo estadounidense, en un modelo de derecho continental, que no visualiza ni siente como obligatoria la doctrina del precedente.

Los interminables debates y sus interesantes argumentaciones en torno a la constitucionalidad de los fallos plenarios son un fiel ejemplo del sentimiento de autonomía e independencia judicial que muchos de los integrantes del sistema defienden apasionadamente²¹⁴. La negación o duda de parte de la doctrina, en torno a si la jurisprudencia es fuente de derecho en nuestro sistema jurídico, constituye otro aspecto de la misma cuestión²¹⁵.

Ahora bien, ¿no ha conspirado la falta de uniformidad de las decisiones judiciales contra el principio de igualdad, particularmente ante situaciones graves y comunes a la sociedad? ¿No atenta esta realidad contra la seguridad jurídica en momentos donde este valor es reclamado por la inversión nacional y la extranjera? Seguridad jurídica, por otra parte, que edifica decisivamente los índices del riesgo país.

La Corte Suprema constituye el intérprete final de la Constitución²¹⁶ y su doctrina es el paradigma del control de constitucionalidad, en cuanto a la modalidad y alcance de su ejercicio²¹⁷. Y es en virtud de su autoridad, y de la vigencia del sistema federal que impone dar preeminencia a las normas constitucionales y a la interpretación que de

²¹⁴ Ver, por ejemplo, el debate en torno al plenario "Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación" (CNCasPen, 17/8/99, JA, 1999-III-606).

²¹⁵ Se cuestiona si la jurisprudencia es fuente de derecho. Las posturas se encuentran divididas en la doctrina y, si bien ciertos autores le reconocen el carácter de fuente subsidiaria, son muchos los que se pronuncian en contra de esa afirmación, aduciendo fundamentalmente la delegación impropia de facultades del Congreso al Poder Judicial y su falta de publicidad.

²¹⁶ *Fallos*, 310:771.

²¹⁷ *Fallos*, 311:2478.

ellas realiza la Corte Suprema, que el tribunal se arrogó cierta obligatoriedad en sus decisiones.

Mientras inicialmente habló del “deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos”²¹⁸, posteriormente generó mayor fortaleza a su línea interpretativa, al sostener que para apartarse de sus fallos es necesario controvertir sus fundamentos²¹⁹, dando nacimiento a lo que se definió como la tesis del *deber institucional*²²⁰.

Así se ha establecido que los tribunales inferiores para poder apartarse de la doctrina por ella fijada deben invocar nuevos argumentos que no hayan sido tratados por ella²²¹. De este modo la Corte, ante el conflicto que surge entre la libertad de juicio y la autonomía y la fuerza de sus decisiones, se ha inclinado por salvaguardar esta última a excepción de la existencia de argumentos nuevos invocados por los jueces, que no hayan sido tratados al sentarse la doctrina.

Sin embargo, todos sus esfuerzos por encolumnar a la judicatura detrás de sus fallos, se minimizan, a nuestro criterio, si la Corte varía sus precedentes sin fuertes razones y no se siente atada a sus ciento cincuenta años de historia jurisprudencial.

Nuestra sensación –compartida por otros autores²²²– es que la Corte en su composición actual ha variado su jurisprudencia en forma muchas veces innecesaria y sin justificación suficiente, desoyendo los parámetros que ella misma pretende imponer a los tribunales inferiores.

Así, en el ámbito del derecho penal, en “Simón”²²³ y “Mazzeo”²²⁴ abandonó “Camps”²²⁵, y otros muchos fallos, como

²¹⁸ Fallos, 25:368.

²¹⁹ Fallos, 212:59.

²²⁰ SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. 1, p. 184 y ss.; BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, t. 1, p. 351 y siguientes.

²²¹ Fallos, 303:1769 y 311:1644, entre otros.

²²² Ver, en general, MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*.

²²³ CSJN, 23/12/04, “Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, *EDCO*, 2005-257.

²²⁴ CSJN, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L., y otros”, *JA*, 2007-III-573.

²²⁵ Fallos, 310:1162.

“Raffo”²²⁶, “Mecca”²²⁷, “Sánchez”²²⁸, “Riveros”²²⁹, entre otros. En derecho laboral, en “Aquino”, “Milone” y “Castillo” abandonó casi diez años de jurisprudencia convalidatoria de la ley de riesgos de trabajo, para declarar inconstitucionales varias de sus normas²³⁰; en seguridad social, en “Itzcovich”²³¹, “Sánchez”²³² y “Badaro”²³³ abandonó “Chocobar”²³⁴.

En torno a la emergencia que se derivara de la pesificación de la economía, en “Bustos” y “Massa” abandonó “Smith” y “Provincia de San Luis”²³⁵. También en el ámbito de la doctrina de la emergencia, en “Galli” abandonó “Nordensthol”, donde había decidido que aun en el marco de una emergencia las normas deben ser razonables y el tribunal puede ejercer ese control de razonabilidad²³⁶.

En “Cabrera” abandonó la doctrina jurisprudencial según la cual el sometimiento a un determinado régimen legal no implica consentir su constitucionalidad, si ello es el único camino para poder ejercer un derecho²³⁷. Respecto del control judicial de los laudos arbitrales, en “José Castellone c/Hidronor” abandonó lo decidido en “Fibraca”²³⁸.

²²⁶ Fallos, 310:600.

²²⁷ Fallos, 311:742.

²²⁸ Fallos, 311:743.

²²⁹ Fallos, 311:709.

²³⁰ CSJN, 29/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, RCS, 2004-542; íd., 26/10/04, “Milone, Juan A. c/Asociart SA ART”, DJ, 2004-3-735; íd., 7/9/04, “Castillo, Ángel S. c/Cerámica Alberdi SA”, LLGC, 2004-862.

²³¹ Fallos, 328:566.

²³² Fallos, 328:1602.

²³³ CSJN, 8/8/06, “Badaro, Alfonso V. c/Anses”, DJ, 2006-2-1191.

²³⁴ Fallos, 319:3241.

²³⁵ CSJN, 26/10/04, “Bustos, Alberto R., y otros c/Estado nacional y otros s/amparo”, JA, 2004-IV-257; íd., 27/12/06, “Massa, Juan A. c/Estado nacional”, JA, 2007-I-187; íd., 12/2/02, “Smith, Carlos A. c/Estado nacional”, JA, 2002-I-237; íd., 5/3/03, “Provincia de San Luis c/Estado nacional”, ED, 201-377.

²³⁶ CSJN, 5/4/05, “Galli, Hugo H., y otro c/PEN”, JA, 2005-II-376; íd., 2/4/85, “Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires”, ED, 113-301.

²³⁷ CSJN, 13/7/04, “Cabrera, Gerónimo R., y otro c/Estado nacional”, JA, 2004-III-186.

²³⁸ CSJN, 1/6/04, “José Castellone Construcciones Civiles SA c/Hidroeléctrica Norpatagónica SA”, DJ, 2004-2-1115; íd., 7/7/93, “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Constructora de Salto Grande”, JA, 1993-IV-471.

Alrededor del derecho de asociación, en “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual” abandonó “Comunidad Homosexual Argentina”²³⁹.

Respecto de la competencia originaria de la Corte Suprema, en “Matadero y Frigorífico Merlo”, “Tecpetrol c/provincia de Neuquén” y “Barreto” abandonó largas tradiciones jurisprudenciales en esta materia, acotando en demasía la competencia originaria del tribunal²⁴⁰.

Finalmente, en “Villacampa” abandonó “Montalvo”, cambiando la doctrina sentada en torno a la tenencia de estupefacientes²⁴¹.

Interpretamos que la Corte Suprema argentina, en su composición actual, ejerce un “rol fundacional” de una nueva jurisprudencia y de una nueva imagen institucional, frente a la sociedad y frente a los poderes políticos del Estado.

Con independencia de la opinión favorable o desfavorable que tengamos en cada caso respecto de la jurisprudencia anterior o de la nueva, es deseable que el alto tribunal se sienta obligado a fallar según sus precedentes y a abandonarlos sólo cuando hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias jurídicas que rodearon la adopción de un determinado criterio.

Cabe recordar que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase.

§ 55. **CONCLUSIONES.** – La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina edificó su estructura judicial y su primera jurisprudencia alrededor del modelo estadounidense de control judicial difuso de constitucionalidad de las normas. Así, como pretorianamente la Corte estadounidense, en “Marbury v. Madison”, gestó el control judicial difuso, la Corte argentina hizo lo mismo en los señeros casos “Sojo”²⁴² y “Elortondo”²⁴³.

²³⁹ CSJN, 21/11/06, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/IGJ”, *DJ*, 2006-3-1011; *id.*, 22/11/91, “Comunidad Homosexual Argentina”, *LL*, 1991-E-679.

²⁴⁰ CSJN, *Fallos*, 327:1789; 328:1580; *id.*, 21/3/06, *LL*, 2006-B-391.

²⁴¹ CSJN, *Fallos*, 313:1333.

²⁴² *Fallos*, 32:120.

²⁴³ *Fallos*, 33:162.

Sin embargo, contrariamente al sistema estadounidense, inmerso en la tradición jurídica anglosajona, la argentina-española edificó su sistema infraconstitucional siguiendo el modelo civil o continental, cuyos fundamentos filosóficos difieren notoriamente de aquellos que conforman la tradición del derecho común (*common law*).

El desarrollo económico de ambas naciones durante el siglo xx se inició durante los primeros años por caminos paralelos, tomando rumbos diferentes –por todos conocidos– bastante antes de la finalización de la primera mitad del siglo. El desarrollo constitucional no transcurrió por sendas muy diferentes. La doctrina de la “emergencia económica”, presente en el sistema estadounidense con las políticas keynesianas del *new deal*, propuestas por la presidencia de Franklin D. Roosevelt, fue finalmente controlada a partir del equilibrio y resguardo de los derechos individuales.

En cambio, en nuestra Argentina efervescente, la llegada moderada de la doctrina de la emergencia económica en la década del veinte fue creciendo desmesuradamente hasta desbordar los derechos constitucionales de manera permanente y continua, habiéndose instalado en el sistema jurídico de tal modo que resulta difícil concebirla como un elemento temporal y anómalo (tal lo que es) y no como una realidad estable (como lamentablemente parecería ser).

Esta situación fáctica jurídica produjo, en la línea argumental de aquellos autores que sostienen la inversión de las identidades de los tribunales constitucionales europeos, una conducta de la Corte Suprema argentina contraria a sus raíces, adentrándose de manera natural en una tendencia institucional de deferencia al Legislativo y, principalmente, al Ejecutivo, en razón del sistema fuertemente presidencialista que domina el espectro constitucional del país.

La composición actual de la Corte Suprema argentina no ha podido escapar a esta tendencia. Sin perjuicio de lo cual hemos identificado otros roles políticos, como los que calificamos bajo la denominación de “democrático”, “contramayoritario”, “de equilibrio” y “custodio de la responsabilidad internacional del Estado”²⁴⁴, señalando nuestra preo-

²⁴⁴ Algunos de estos roles fueron también identificados por GELLI, *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del Tribunal (2004-2009)*,

cupación por el cambio de doctrina que ha seguido esta composición del alto tribunal en muchos ámbitos, lo que hemos definido como una tendencia a un *rol fundacional*, bajo la expectativa de elevar su imagen y la del Poder Judicial todo, ante la sociedad civil y política.

E) TENSION SOBERANA. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

§ 56. *INTRODUCCIÓN.* – ¿Puede la Constitución ser inconstitucional? ¿No implica este interrogante una contradicción? En caso de que optáramos por la afirmativa, ¿a qué órgano del Estado correspondería dicha declaración?

¿Al Poder Legislativo, como sede de la soberanía popular? ¿A un órgano especial? ¿Puede el Poder Judicial declarar la inconstitucionalidad de alguna parte de la Constitución y del procedimiento previsto para su reforma?

En una palabra, ¿pueden los jueces, en gran parte de América, decirnos a los ciudadanos lo que es constitucional y lo que no? ¿Pueden imponernos su concepto y su visión de la Constitución?²⁴⁵.

El tema ocupa y preocupa a los estudiosos de la ciencia política y constitucional, y genera enormes debates que se han ido acrecentando en razón del notorio avance del Poder Judicial (en aquellos países que han depositado en la judicatura el control de constitucionalidad) en virtud de la interpretación y el control constitucional sobre los actos de los órganos políticos democráticos.

Activismo que bien podemos ejemplificar en el progresivo abandono, en muchos países americanos, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, entre las cuales el control del procedimiento y contenido de una reforma constitucional se erige como uno de sus puntos más álgidos.

ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009.

²⁴⁵ Respecto de esta cuestión, ver AMAYA, *Visiones de una Constitución*.

Esta cuestión enfrenta conceptos profundos de teoría constitucional y de teoría procesal constitucional y –dentro de ellas– de la teoría del poder constituyente, del control de constitucionalidad y de los derechos fundamentales.

La posibilidad de control de una reforma constitucional y su eventual declaración de inconstitucionalidad nos remite a puntos de enorme importancia, como la cuestión del examen del procedimiento seguido para realizar las modificaciones (aspecto formal de la reforma), el contenido de éstas (aspecto sustancial de la reforma) y el órgano habilitado para ejercer el control (aspecto competencial de la reforma).

La Constitución constituye, en el sistema jurídico de un país, la norma básica o la regla de reconocimiento de aquél. Las constituciones occidentales incorporan la democracia, garantizando la participación libre, igual y plural de todos los ciudadanos.

Asimismo, las constituciones programan y regulan los poderes constituidos y el procedimiento para su reforma. El hecho de que la Constitución no sea eterna –es decir, de que ella misma prevea su reforma parcial o total– implica la reglamentación de un procedimiento para modificarla que atribuye competencia formal y material a los órganos designados por ella misma para la revisión y, por consiguiente, limitaciones a dicha competencia.

Por lo tanto, el proceso de definición de una reforma puede dar lugar a inconstitucionalidad al caer en inobservancia su aspecto formal, es decir, el procedimiento seguido para efectuar las modificaciones, las reglas que estipulan qué sujetos se hallan facultados o qué actos deben cumplirse para que la modificación sea válida constitucionalmente.

La invalidez de una reforma también puede surgir por el incumplimiento de un límite material, tema en el cual se profundizan los debates y las posiciones encontradas.

Por otra parte, uno de los problemas trascendentes de la democracia constitucional se centra en los límites de las mayorías; sin embargo, se ha dicho con acierto que, aunque se pudiera lograr, en teoría, un acuerdo unánime de todos los ciudadanos respecto de un punto determinado, él no formaría jurídicamente una voluntad estatal si no se ha realizado y manifestado en los modos y condiciones previstas en

la Constitución. La voluntad de los miembros de la Nación sólo es operante, como voluntad del órgano, en cuanto se ejerce de conformidad con el orden jurídico establecido en el Estado²⁴⁶.

En este entendimiento, algunas constituciones incluyeron distintos mecanismos, entre los que encontramos la creación de un Poder Judicial de los denominados “contra-mayoritarios”, destinados a restringir la capacidad de acción del poder de la mayoría en cuestiones que pudieran incidir negativamente en la conservación del proceso democrático, la protección de la autonomía individual, los derechos de las minorías y la continuidad de la práctica constitucional²⁴⁷. Se trataría de ejecutar en nombre del pueblo los límites que él ha ordenado para las instituciones de un gobierno limitado²⁴⁸.

En la doctrina estadounidense la cuestión está dividida; TRIBE se inclina por rechazar la revisión judicial²⁴⁹, otros autores, como DELLINGER, sostienen que los tribunales deben asegurar que el proceso de reforma se lleve a cabo en la forma que establece la Constitución²⁵⁰.

Lo mismo sucede en la doctrina argentina; SPOTA y OYHANARTE se alzan contra la posibilidad de control judicial de la reforma²⁵¹, la tesis contraria ha sido adoptada y defendida por BIDART CAMPOS y EKMEKDJIAN, entre otros²⁵².

En la esfera de la Constitución federal –como veremos al analizar el caso argentino–, el tema ha tenido un recorrido breve pero controvertido. El tratamiento de la cuestión

²⁴⁶ CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, p. 1115.

²⁴⁷ CNElectoral, 14/9/06, “Patti, Luis A. s/acción de amparo”, n° 3741/06, consid. 22.

²⁴⁸ BICKEL, *The least dangerous branch*, p. 16 y 17, haciendo referencia a MARSHALL, citado por NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 684.

²⁴⁹ TRIBE, *Constitutional choices*, p. 22.

²⁵⁰ DELLINGER, *The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, “Harvard Law Review”, 97-1983-1984-386.

²⁵¹ Cfr., en general, SPOTA, *Origen y naturaleza del poder constituyente*, y LO POLÍTICO, *lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*; OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*.

²⁵² En general, BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*; EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, en especial, t. III.

en torno al derecho público provincial ha sido más activo, tanto por parte de la Corte Suprema como de la justicia local, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de varios artículos de constituciones provinciales²⁵³ e ingresado en el análisis de varios procesos de reforma²⁵⁴.

Dejamos aclarado, de inicio, que aquí sólo abordaremos el análisis de casos acontecidos en países que han depositado el control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial, ya sea de manera concentrada o difusa, dado que aquí es donde se presenta –con mayor fortaleza– el enfrentamiento entre los órganos democráticos de legitimación directa y el Poder Judicial, con el arrastre de su siempre renovada crítica contramayoritaria.

§ 57. *EL CONTROL DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. REFLEXIONES PREVIAS.* – Reconocida la diferenciación entre poder constituyente y poderes constituidos y los principios políticos en los que esta distinción se apoya, cabe la interrogación acerca de varias cuestiones de índole constitucional, procesal constitucional y política²⁵⁵.

¿Es admisible el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, sin que ello recorte hasta límites intolerables para la soberanía popular las atribuciones reformadoras?

Suponiendo una respuesta afirmativa al interrogante anterior, y con independencia de que nos encontremos ante constituciones rígidas o flexibles, ¿qué aspectos de la reforma resultarían revisables? ¿El procedimiento y contenido de la declaración de necesidad de la reforma? ¿La integración de la convención y el procedimiento –reglamento incluido– seguido en aquélla? ¿Los contenidos de la reforma?

²⁵³ Por ejemplo, en CSJN, 17/6/86, “Ormache, José E.”, *LL*, 1986-D-400, donde el alto tribunal consideró que el art. 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del Poder Judicial local, era contraria a los arts. 14, 16 y 33 de la Const. federal.

²⁵⁴ CS Tucumán, 6/4/90, “Gutiérrez, José, y otros c/HCCCT”, *ED*, 138-621.

²⁵⁵ Este tema es de una enorme envergadura y excede la interpretación jurídica de las normas que regulan el proceso de reforma constitucional, dado que, de modo sustantivo, involucra los principios del sistema político y el proceso democrático.

¿Hay un órgano –distinto del que ejerce el poder constituyente– que tenga capacidad para controlar a éste?

Encontrar soluciones teóricas que avalen el control, y particularmente el control judicial, implica necesariamente asumir una posición ideológica alrededor de los conceptos y contenidos de constitución y democracia.

Depende de la extensión que le demos a estos conceptos y del rol que le reservemos a los tribunales con funciones constitucionales dentro del sistema jurídico. Es que el control constitucional de una reforma es el punto de mayor sensibilidad del control de constitucionalidad.

Si la democracia constitucional, en sentido estricto, es la forma de gobierno en la que los órganos del poder democrático, además de encontrarse articulados según el principio de separación o división de poderes, están explícitamente vinculados en su actuación por la norma constitucional que los obliga al respeto y a la garantía de los derechos fundamentales, necesariamente debemos inclinarnos por aceptar el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, dado que, tratándose de la actuación del poder constituyente reformador o derivado éste, se encuentra limitado, como hemos revisado en parágrafos precedentes.

Ahora bien, sin pretender simplificar un tema de tamaño envergadura, procuraremos revisar conceptualmente, a partir de dos visiones teóricas que suministra la doctrina constitucional²⁵⁶ (el parámetro del valor constitucional implicado y el rol institucional del órgano de control) los interrogantes de cuáles serían los aspectos de la reforma que resultarían revisables y de si existe un órgano distinto del que ejerce el poder constituyente que pueda controlar a éste y cuál debería ser su rol.

§ 58. *EL PARÁMETRO DEL VALOR CONSTITUCIONAL IMPLICADO.* – Un punto de vista para analizar esta tensión examina el va-

²⁵⁶ Hemos elegido estas perspectivas, porque entendemos que se adecuan a la línea de razonamiento que venimos desarrollando en este trabajo. Otros modelos teóricos que justifican o inhiben el control constitucional sobre la reforma pueden verse en GAONA RODRÍGUEZ, *El control constitucional a la reforma de la Constitución*.

lor constitucional implicado en el control, es decir, la defensa de los derechos fundamentales o el sistema democrático.

El tema –en ambos sentidos– nos remite a la extensión del “coto vedado” de GARZÓN VALDÉS²⁵⁷. Dilucidar esta cuestión implica procurar dar respuesta a cuáles serían los aspectos revisables.

Cualquier versión que adoptemos del modelo democrático constitucional lleva a concluir que inevitablemente el ejercicio del “autogobierno” debe estar limitado por la frontera de ciertos derechos fundamentales.

Para algunos autores todos los derechos fundamentales son cartas de triunfo ante la democracia y actúan como corazas protectoras contra la amenaza mayoritaria. Es la garantía constitucional contra la “regla de la mayoría” lo que les imprime fundamentalidad.

Para esta posición, todos los derechos fundamentales deben estar sustraídos a la regla de la mayoría; al menos para su negación o suspensión a un grupo de personas o un individuo. Una manera de blindarlos ha sido la de los pactos internacionales, pues de esa manera el Estado queda atado a su inviolabilidad por una obligación impuesta y vigilada por la comunidad de naciones. Así, el poder constituyente derivado tendría en tales derechos un límite a su poder de reformar la carta fundamental del Estado.

Si se quiere preservar la democracia y, por consiguiente, el ejercicio del “autogobierno” popular, que se expresa con extrema intensidad en el poder constituyente derivado, se debe aceptar que la legitimidad formal de las decisiones depende de que se encuentren garantizados los derechos que sustentan a los procedimientos democráticos.

Una decisión será democrática y constitucionalmente legítima si ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos democráticos (legitimidad formal) y al mismo tiempo respeta los límites de contenido impuestos por la constitución (legitimidad sustancial).

Ambas posiciones, en torno al parámetro del valor constitucional implicado, es decir, aquella que se edifica sobre

²⁵⁷ En general, GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*.

la teoría y defensa de los derechos fundamentales, o la otra que antepone la teoría y defensa del sistema democrático, conducen a concluir –según nuestra posición– que los derechos políticos constituyen vínculos y limitaciones férreas para el ejercicio del autogobierno, porque de otra manera no sería posible su ejercicio, y deben ser considerados como “cartas de triunfo” –utilizando la terminología de DWORKIN²⁵⁸– ante cualquier decisión democrática, como sería el proceso de reforma constitucional.

§ 59. *EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU ROL INSTITUCIONAL.* – El otro aspecto de la cuestión indaga en torno al órgano competente y al papel institucional que asume al ejercer el control; esto es, protector de garantías o guardián del proceso político (esta posición sigue las ideas de ELY en torno a la legitimación de los jueces –ver § 37, a–).

Dilucidar esta problemática implica procurar dar respuesta a la existencia y rol del órgano revisor. Como podemos advertir, el rol que asuma el órgano revisor está relacionado con el parámetro del valor constitucional implicado.

Si se constituye como *protector de garantías*, tendrá tendencia a edificarse como defensor de derechos fundamentales; si se considera *guardián del proceso político*, su tendencia será a resguardar el sistema democrático.

En el esquema de la división de poderes, la independencia judicial va indisolublemente ligada a la idea propia del liberalismo del control de los abusos del poder, de la protección de las minorías y de los derechos individuales. La creación del juez MARSHALL en “Marbury v. Madison”, el cual dio origen al control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial, se fundamentó, justamente, entre otras razones, en el control del poder y en la necesidad de proteger a las minorías frente al gobierno mayoritario.

El protagonismo de la jurisdicción está basado en la creencia de su mayor aptitud respecto de otros órganos, básicamente en razón de la preparación de sus miembros. Esta concepción quedó plasmada por HAMILTON en el n° 81

²⁵⁸ En general, DWORKIN, *Los derechos en serio*.

de *El Federalista*²⁵⁹. Este modelo es la versión más fuerte de la confianza jurisdiccional.

Así, como poder del Estado, la Corte Suprema, por medio de sus fallos, no sólo decide en el sentido judicial del término, sino que además gobierna, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos de América (ambos países adoptaron jurisprudencialmente el modelo judicial difuso de control de constitucionalidad) ha reconocido casi pacíficamente a la Corte Suprema como una institución política.

La idea tradicional que edificó la justificación del control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema la constituyó como protectora de derechos sustantivos violados, y como último *forum* de principios.

Según la teoría, el tribunal ejerce el control de constitucionalidad en casos en que debe acudir a restaurar un derecho fundamental reconocido por la constitución, que ha sido violado, y puede basar su decisión para sentar un principio de largo plazo.

Otra teoría sostiene que hay épocas en que la paz social requiere que el alto tribunal asuma compromisos. Una Corte Suprema tiene que saber cuándo su decisión debe ser una decisión pragmática y tiene que reconocer los límites prácticos de su poder, consideraciones que a veces chocan con el desarrollo de principios.

Por ello, para esta posición, el papel más importante de la Corte Suprema no es el de decidir cuestiones de dere-

²⁵⁹ En una postura crítica, esta posición se relaciona con la comprensión paternalista de la jurisdicción constitucional que hace HABERMAS y que se nutre de una desconfianza muy extendida entre los juristas contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo. Conforme a esta concepción, la jurisdicción creadora del derecho que ejerce el tribunal constitucional se justifica tanto por la distancia de éste respecto de la política, como por la superior profesionalidad de los discursos profesionales (*Facticidad y validez*, p. 339).

chos fundamentales, mediante principios de largo plazo, sino el de ser guardiana del proceso político.

La Constitución, por consiguiente, no debe ser leída como un documento de protección de derechos sustantivos, sino como el instrumento básico de gobierno que regula el proceso político y el proceso por el cual los individuos pueden participar y ser afectados por tal proceso.

Según este punto de vista, la libertad de expresión, por ejemplo, no está incluida en la Constitución por ser un valor en sí mismo o porque los individuos tienen un derecho inherente de expresarse. Está porque es necesaria para el mantenimiento del proceso democrático. Por lo tanto, las violaciones más importantes a la libertad de expresión tienen que ser, para un tribunal, las que limitan la expresión política.

Esta teoría procura eliminar el problema de apreciar el rol del Poder Judicial como el de un poder que actúa contra los principios de la democracia representativa, por el hecho de que sus miembros no son elegidos por el voto popular.

Si el Poder Judicial, en su función de control de constitucionalidad, solamente actúa cuando hay una amenaza al proceso democrático, cuando declara la inconstitucionalidad de una acción nacida de un poder más representativo lo hace para mantener la representatividad del sistema, no para privar al pueblo de su derecho de autogobernarse.

Al analizar la constitucionalidad de un acto legislativo, el control por parte del Poder Judicial tiene que ser más riguroso cuando se trata de juzgar legislación que exhiba una tendencia a limitar el proceso político, o cuando se trata de legislación que tiende a restringir los aspectos del proceso político que protegen minorías²⁶⁰.

²⁶⁰ MILLER, *Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia*, ED, 120-919. Según este autor, un fallo estadounidense típico que muestra esta función del Poder Judicial es "Baker v. Carr", donde la Corte decidió que era una cuestión justiciable el hecho de que la Legislatura del Estado de Tennessee no hubiese modificado la composición de los distritos electorales durante sesenta y un años, frente al evidente crecimiento y movimiento de la población.

Como vemos, el modelo estadounidense, tomado casi textualmente por la República Argentina, asigna a la cabeza del Poder Judicial un universo mucho más vasto que el que ofrece su función como tribunal de justicia. Asomarse al comportamiento de la Corte Suprema implica tomar contacto con una realidad polifacética que, por su trascendencia, merece una meditación detenida. No en vano ha dicho FREUND que entender a la Corte es un asunto que obliga a los abogados a convertirse en filósofos²⁶¹.

Más allá de las funciones de la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución (posición asumida por el alto tribunal desde el fallo “Benjamín Calvete”²⁶², de 1864), que le ha permitido dar forma y contenido a las cláusulas constitucionales que requerían integración y convertirse, por medio de sus fallos, en el más grande monumento del derecho constitucional argentino²⁶³; del ejercicio del control de constitucionalidad en cuestiones de protección de derechos individuales y en cuestiones de carácter institucional; de interpretar la Constitución de modo tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente²⁶⁴; de supremo custodio de las garantías constitucionales²⁶⁵; de creadora de derecho²⁶⁶; de poseedora –para algún sector de la doctrina– de facultades constituyentes²⁶⁷, es una permanente e inevitable creadora de políticas y esto ha sido uno de los motivos de cuestionamiento permanente a su legitimación para hacerlo.

Asimismo, la Corte Suprema ha entendido a la división de poderes –a lo largo de su historia– no como un sistema de confrontación con el poder político, sino como un

²⁶¹ FREUND, *On understanding the Supreme Court*, p. 7.

²⁶² *Fallos*, 1:340.

²⁶³ VANOSI, *Teoría constitucional*, t. II, p. 97.

²⁶⁴ *Fallos*, 137:212, 181:343 y 209:28, entre otros.

²⁶⁵ *Fallos*, 279:40 y 297:338, entre otros.

²⁶⁶ Por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho tanto que el indulto puede ser otorgado a favor de procesados como que no puede serlo, lo que resulta una muestra de clara creación de normas jurídicas por vía judicial.

²⁶⁷ BIANCHI, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LL, 1997-B-994.

elemento de apoyo hacia aquél. Y esto ha sido una constante verificable a lo largo de todo su camino.

§ 60. *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.* – Analizaremos los precedentes más importantes.

a) “*HOLLINGSWORTH V. VIRGINIA*”. Éste es el primer caso de control jurisdiccional de una reforma a la Constitución de los Estados Unidos de América y se suscitó con motivo de la undécima enmienda, según la cual, “el Poder Judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”²⁶⁸.

En cumplimiento de la enmienda, la Corte procedió a desestimar todas las demandas de ciudadanos de un Estado en contra de otro. El actor tenía una demanda en contra de Virginia, la cual solicitó la desestimación sobre la base de la nueva enmienda. Sin embargo, el actor esgrimió que ésta no había sido adoptada constitucionalmente, por no haber sido aprobada por el presidente de los Estados Unidos de América, en los términos del art. I, secc. 7, de la Constitución (procedimiento de veto)²⁶⁹.

De la lectura del artículo invocado parecería que la intervención del Presidente es necesaria, no obstante la Corte resolvió que la disposición relativa al veto sólo era aplicable a la legislación ordinaria.

Pese a que la Corte no ofreció los razonamientos que justifican el fallo, es interesante destacar que diferenció en-

²⁶⁸ 3 US (3 Dall) 378, 1798, www.findlaw.com. Para todos los artículos de la Constitución estadounidense seguimos la traducción al español que figura en el apéndice de *El Federalista*.

²⁶⁹ “Toda orden, resolución o votación para la cual sea necesaria la concurrencia del Senado y la Cámara de Representantes (salvo en materia de suspensión de las sesiones) se presentará al presidente de los Estados Unidos y no tendrá efectos antes de ser aprobada nuevamente por dos tercios del Senado y de la Cámara de Representantes, en el caso de que la rechazare, de conformidad con las reglas de limitaciones prescriptas en el caso de un proyecto de ley” (art. I, secc. 7, Const. Estados Unidos de América).

tre el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes y el procedimiento especial para la enmienda constitucional. Un factor de peso que contribuyó a la solución del fallo fue el hecho de que las enmiendas anteriores no habían sido sometidas al Presidente.

El máximo tribunal sostuvo su competencia para la revisión judicial de las enmiendas, sin implicar que un caso de tal envergadura le fuese ajeno por ser una cuestión política.

Por consiguiente, este caso aporta un dato de suma relevancia: el control de una enmienda a la Constitución no es ajeno a la revisión judicial, a pesar de haber sido el caso una negativa al control constitucional.

b) “*HAWKE v. SMITH*”. El caso surgió con motivo de la ratificación de la enmienda decimoctava²⁷⁰; el fallo tocó las importantes cuestiones de la participación de las legislaturas de los Estados en la ratificación de una enmienda y el efecto que las disposiciones constitucionales locales pueden tener en el procedimiento del art. V de la Constitución federal²⁷¹.

Se discutió, concretamente, si un Estado podía someter a referéndum la ratificación de una enmienda, o sea, si la disposición de la Constitución de Ohio, que extendía el referéndum a la ratificación por la Asamblea General de las enmiendas propuestas a la Constitución federal, estaba en conflicto con el art. V de la Const. de los Estados Unidos de América²⁷².

²⁷⁰ “*Sección 1ª*. Un año después de la ratificación de este artículo quedará prohibida la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos y de todos los territorios sometidos a su jurisdicción, así como su importación a los mismos o su exportación de ellos, con el propósito de usarlos como bebidas.

Sección 2ª. El Congreso y los diversos Estados poseerán facultades concurrentes para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.

Sección 3ª. Este artículo no entrará en vigor a menos que sea ratificado con el carácter de enmienda a la Constitución por las Legislaturas de los distintos Estados en la forma prevista por la Constitución y dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a los Estados” (enmienda decimoctava).

²⁷¹ 253 US 221, 1920, www.findlaw.com.

²⁷² “Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a

Además, para resolver el punto controvertido, la Corte federal analizó el art. V y fue necesario interpretar el papel de las legislaturas en la ratificación de una enmienda. ¿Qué querían decir los padres de la Constitución al requerir la ratificación por las legislaturas?

La respuesta nos lleva a plantearnos cuál es la naturaleza de la ratificación que hacen las legislaturas, así como la fuente de donde emana la competencia para ratificar una enmienda.

El argumento que sostenía la competencia del Estado para requerir al pueblo la aprobación de la ratificación de una enmienda mediante referéndum fue considerado falaz por la Corte, porque la ratificación de una enmienda constitucional por parte de un Estado no es un acto legislativo en el sentido propio de la palabra, sino la expresión del consentimiento del Estado a la enmienda propuesta.

No es que el referéndum sea improcedente sin más, sino que los preceptos sobre el rito de los actos legislativos estatales no son aplicables a la ratificación de una enmienda.

Esta interpretación parece destruir cualquier posibilidad de reclamar la inconstitucionalidad de una enmienda a partir del incumplimiento del procedimiento estatal vigente. Sin embargo, deja insuficientemente justificada la determinación del momento en que se ha producido el consentimiento estatal, pues éste no es un mero acto de sí o no.

Finalmente, en cuanto al origen de la competencia para ratificar una enmienda a la Constitución se dijo que tiene su fuente en la Constitución federal que el Estado y su pueblo igualmente han consentido. A tenor de los argumentos

solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una Convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta constitución, desde todos los puntos de vista, y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado” (art. V).

expuestos, la Corte procedió a revocar el fallo de la Corte Suprema de Ohio.

c) *LOS CASOS DE LA "PROHIBICIÓN NACIONAL"*. La que fuera una de las enmiendas más controvertidas (la decimoctava –ver punto b–) ya no está en vigor.

Ella había establecido la llamada "prohibición". Nos referiremos en este punto a un conjunto de casos en los que se planteó su inconstitucionalidad²⁷³.

En estos casos encontramos nuevamente un control jurisdiccional de la Corte. Aunque la enmienda no está en vigor, los argumentos de la sentencia siguen siendo útiles para la interpretación de las competencias concurrentes del Congreso y de los Estados. Las conclusiones de la Corte fueron las siguientes:

1) Trata la cuestión de si es necesaria una declaración en la que se indique la necesidad de la propuesta de una enmienda. La adopción por ambas cámaras del Congreso, cada una por el voto de los dos tercios, de una resolución conjunta proponiendo una enmienda a la Constitución, muestra suficientemente que la propuesta fue considerada necesaria por todos los que votaron por ella. Una declaración expresa de que ellos la consideraron necesaria no es esencial. Ninguna de las resoluciones por las que fueron propuestas las enmiendas anteriores contenían dicha declaración.

2) ¿Qué significa el voto de dos tercios de las cámaras necesario para proponer una enmienda? El voto de dos tercios en cada cámara que es requerido para proponer una enmienda es el voto de dos tercios de los miembros presentes, asumiendo la existencia de quórum, y no el voto de dos tercios de todos los miembros, presentes y ausentes.

3) Trata sobre la aplicación del referéndum en la ratificación o rechazo de enmiendas. Las disposiciones de referéndum de las constituciones estatales y de los estatutos no pueden ser aplicadas, consecuentemente con la Constitución de los Estados Unidos de América, en la ratificación o rechazo de enmiendas.

²⁷³ 253 US 350, 1920, www.findlaw.com.

4) ¿El poder de enmienda puede usarse para formular un contenido como el que consagra la enmienda decimoctava? La prohibición de la fabricación, venta, transporte, importación y exportación de licores embriagantes con el propósito de beberse, como está incluido en la enmienda decimoctava, está contenida en el poder de enmienda reservado por el art. V de la Constitución.

5) Trata la constitucionalidad de la enmienda. Por propuesta legal y por ratificación, ella ha llegado a ser parte de la Constitución, y debe ser respetada y aplicada al igual que las otras disposiciones de ese instrumento.

6) Aborda el alcance y los efectos de la enmienda. La primera sección de la enmienda que incorpora la prohibición está vigente y por su propia fuerza invalida cada acto legislativo, sea del Congreso o de una Legislatura estatal, que autorice o permita lo que la sección prohíbe.

7) La segunda sección de la enmienda, que declara que el Congreso y los diversos Estados tendrán competencia concurrente para aplicar este artículo mediante la legislación apropiada, no permite al Congreso o a los diversos Estados hacer fracasar la prohibición, sino solamente hacerla cumplir por los medios adecuados.

8) Las palabras “competencia concurrente” en esta sección no significan *competencia conjunta*; no requiere que la legislación del Congreso, para ser efectiva, deba ser apropiada o sancionada por los diversos Estados o por cualquiera de ellos. Tampoco significa que, para hacerla cumplir, la competencia sea dividida entre el Congreso y los diversos Estados a lo largo de las líneas que separan o distinguen el comercio interior o interestatal de los asuntos interestatales.

9) La competencia confiada al Congreso por esa sección, aunque no exclusiva, es territorialmente coextendida con la prohibición de la primera sección, que abarca la fabricación y otras transacciones interestatales, además de la importación, la exportación, y el tráfico interestatal, y no está en dependencia juiciosa o afectada por la actividad o inactividad de parte de los diversos Estados o cualquiera de ellos.

10) Esa competencia puede ser ejercida en contra de la eliminación de licores fabricados con propósito de usarlos

como bebidas antes de que la enmienda fuera efectiva, tal y como puede ser en contra de la fabricación posterior para esos propósitos. En cualquier caso, es un mandato constitucional o prohibición que está siendo cumplida.

11) Aunque se reconoce que hay límites más allá de los cuales el Congreso no puede ir para tratar bebidas dentro de su competencia, esos límites no están rebasados por la disposición de la *Volstead Act*, en donde los licores que contienen medio porcentaje de alcohol por volumen, y son apropiados para usarlos como bebidas, son tratados dentro de esa competencia.

d) “*DILLON v. GLOSS*”. Éste fue otro caso de impugnación a la enmienda decimoctava que llegó a la Corte por apelación de un fallo que negaba una petición de hábeas corpus²⁷⁴.

La litis surgió con motivo de la aplicación de la *Volstead Act*. Dillon estaba bajo custodia, por los cargos de transportación de bebidas embriagantes y buscó cuestionarlos mediante un hábeas corpus que le fue negado.

En la apelación se hicieron valer, como nuevos argumentos en contra de la constitucionalidad de la enmienda, que ella era inválida porque la resolución del Congreso que la proponía declaraba que sería inoperante, a menos que fuera ratificada en siete años, y que la disposición de la *Volstead Act* con la que había sido acusado Dillon no estaba en vigor en el momento de la violación y mucho menos en el momento del arresto.

El primer argumento aborda el tema de los límites del Congreso en la proposición de las enmiendas. La enmienda en cuestión había sido la primera en la que se había propuesto un período para su ratificación.

Según la decisión de la Corte, la ratificación debe ser suficientemente contemporánea para reflejar la voluntad del pueblo en todas las secciones, relativamente en el mismo período.

La Corte también afirmó que la inferencia justa del art. V es que la ratificación debe hacerse dentro de algún tiempo razonable después de la propuesta.

²⁷⁴ 256 US 368, 1921, www.findlaw.com

En lo que respecta a la facultad del Congreso para fijar un plazo de ratificación de una enmienda, la Corte ratificó dicha facultad, sosteniendo que, si ella existe, no puede cuestionarse si debe o no ser fijado un tiempo específico ni tampoco cuál debe ser el tiempo razonable para su ratificación.

Respecto del segundo argumento, la Corte sostuvo que, a tenor de la Secc. 1 de la enmienda decimoctava, la prohibición sería efectiva un año después de que ésta fuera ratificada. El secretario de Estado había proclamado la ratificación el 29 de enero de 1919. Dillon había sido detenido el 17 de enero de 1920, por lo cual había alegado que la enmienda y la ley con la cual había sido acusado no estaba en vigor.

Sin embargo, la Corte resolvió que no era aplicable la fecha de proclamación del secretario de Estado, sino la fecha en la que se había consumado la ratificación, o sea, el 16 de enero de 1919. Por ende, la enmienda era efectiva a partir del 16 de enero de 1920.

e) *“LESER V. GARNETT”*. En este caso se impugnó la enmienda decimonovena. La controversia surgió con motivo del registro de dos ciudadanas como votantes en la ciudad de Baltimore²⁷⁵.

Leser y otros solicitaron la remoción del registro, bajo el argumento de que la Constitución de Maryland limitaba el sufragio a los hombres y las solicitantes eran mujeres. Sin perjuicio de que la Legislatura no había ratificado la enmienda decimonovena, se adujo que ésta no formaba parte de la Constitución federal por los siguientes argumentos:

1) Al no contar la enmienda en cuestión con el consentimiento del electorado del Estado, no resultaba aplicable y no integraba la Constitución federal.

2) En la Constitución de varias de las treinta y seis entidades, nombradas en la proclamación del secretario de Estado, había disposiciones que hacían inoperante la ratificación realizada por las legislaturas. En virtud de tales disposiciones, éstas carecían de competencia para ratificar la enmienda.

²⁷⁵ 258 US 130, 1922, www.findlaw.com.

3) Las resoluciones de ratificación de Tennessee y Virginia del Oeste eran inoperantes, porque fueron adoptadas con violación a las normas del procedimiento legislativo de dichos Estados.

La opinión de la Corte estuvo a cargo del juez BRANDEIS. El primer motivo de impugnación tenía un cariz sustantivo, pues atacaba el contenido de la enmienda que, al extender el voto a las mujeres, destruía la autonomía del electorado como cuerpo político.

La destrucción de la autonomía política se produciría porque no medió consentimiento del Estado de Maryland, que había rechazado la enmienda decimonovena.

La Corte dijo que la enmienda era igual en su carácter y fraseología a la enmienda decimoquinta. Así, "una no puede ser válida y la otra inválida". Sobre esta base, la enmienda decimoquinta era válida a pesar de que fue rechazada por seis Estados. Luego, entonces, la enmienda decimonovena también lo era, aun cuando no hubiera mediado el consentimiento de Maryland.

La segunda impugnación ya había sido tratada en los casos "Hawke v. Smith", en el sentido de que las disposiciones estatales no son aplicables al proceso de enmienda del art. V de la Constitución.

El último motivo de impugnación fue resuelto a pesar de que resultaba abstracto por la ratificación de dos Estados más (Conecticut y Vermont).

La Corte resolvió que la notificación oficial de que se ratificó una enmienda al secretario de Estado, por parte de la legislatura de Tennessee, era definitiva para él y que su proclamación de la ratificación de una enmienda era definitiva para las legislaturas.

Empero, dicho acto no podía tener el efecto de dar por constitucionales los procedimientos de las legislaturas estatales.

Pensar lo contrario implicaba sostener que el secretario decidía la validez de la adopción de una enmienda, vinculando a las legislaturas, que ya no podían estudiar la cuestión.

Sin embargo, la preocupación por conservar la constitucionalidad de las enmiendas terminaría por llevar a la Corte a excluirse del control jurisdiccional.

f) “*UNITED STATES v. SPRAGUE*”. Éste es otro caso de impugnación de la enmienda decimoctava, pero en esta ocasión los argumentos cuestionaron la procedencia de los métodos del art. V de la Constitución²⁷⁶.

La Corte de Distrito había anulado una acusación formal contra la demanda por transporte y posesión de licores embriagantes, en violación de la prescripción fijada en la Constitución desde 1919, al sostener que la enmienda decimoctava no había sido ratificada para formar parte de la Constitución. Los acusados esgrimieron los siguientes argumentos:

1) A pesar que la literalidad del art. V confiere al Congreso la elección del método de ratificación, la enmienda decimoctava sólo podía ser ratificada mediante convenciones y no por acción de las legislaturas.

2) Fue intención de los “padres fundadores” requerir que las enmiendas que confirieran a los Estados Unidos de América nuevas competencias directas sobre los individuos fueran ratificadas mediante convenciones. Esto en virtud de que los constituyentes pensaron que la ratificación de la Constitución debería ser hecha por el pueblo reunido en convenciones y no por las legislaturas, que eran incompetentes para rendir las libertades personales del pueblo al nuevo gobierno nacional. Además, se adujo que la enmienda décima aclaraba cualquier duda con respecto a esta interpretación²⁷⁷.

3) Pueden existir enmiendas de diferentes tipos (p.ej., aquellas que constituyan meros cambios de la maquinaria federal, o que afecten la libertad de los ciudadanos). Las del primer tipo pueden ser ratificadas por las legislaturas; las segundas, sólo por el pueblo, porque las legislaturas carecen de competencia para ratificar, por la duda de si representan realmente al pueblo.

4) En esta tesitura, si las legislaturas fueron incompetentes para rendir las libertades del pueblo, cuando la rati-

²⁷⁶ 282 US 716, 1931, www.findlaw.com.

²⁷⁷ “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo” (enmienda décima).

ficación de la Constitución estaba en juego, con mayor razón son incompetentes para realizar una concesión posterior, como sucede en el caso.

Los Estados Unidos de América, como apelantes de la decisión de la Corte de Distrito, argumentaron que el art. V era claro y que la Corte de Distrito había recurrido en su fallo a la ciencia política para declarar que la convención era el método apropiado para ratificar una enmienda como la decimoctava.

La Corte resolvió el problema en la inteligencia de que el art. V no pretende delegar ninguna competencia gubernamental a los Estados Unidos de América ni retenerlo de éste. Por el contrario, como fue señalado en "Hawke v. Smith", este artículo es una concesión de autoridad del pueblo al Congreso, y no a los Estados Unidos de América. Fue presentado al pueblo reunido en convenciones como parte del borrador original de la Constitución. Ellos deliberadamente hicieron la concesión de competencia al Congreso respecto de la elección del modo de ratificación de las enmiendas.

Por otro lado, hasta que el artículo sea modificado por una enmienda, el Congreso debe funcionar como el agente delegado del pueblo en la elección del método de ratificación.

Lo dicho confirma que es un órgano constituido quien se encarga de la enmienda de la Constitución. Se puede apreciar que, para el máximo tribunal estadounidense, el art. V, relativo a la enmienda, puede ser modificado.

En este tenor, el poder de enmienda no encontraría más restricción que el cumplimiento del procedimiento constitucional. Observado que sea éste, es posible modificar cualquier disposición constitucional, incluyendo la que consagra el propio procedimiento de enmienda.

Con relación al apoyo interpretativo de la décima enmienda que los acusados plantearon, la Corte afirmó que ella tuvo el propósito de confirmar el entendimiento del pueblo en la época en que la Constitución fue adoptada, pero no añadió nada ni tampoco limitó la delegación del art. V.

Finalmente, se revocó la decisión de la Corte de Distrito al reiterar lo que fue dicho en los casos de la "prohibi-

ción nacional”, en cuanto a que la enmienda, por propósito y ratificación legal, ha llegado a ser parte de la Constitución.

g) “*COLEMAN V. MILLER*”. La litis surgió con la ratificación de la enmienda de trabajo infantil en el Estado de Kansas²⁷⁸, que jamás llegó a formar parte de la Constitución²⁷⁹.

En enero de 1925, la Legislatura adoptó una resolución en la que rechazaba la enmienda propuesta. Una copia certificada fue remitida al secretario de Estado de los Estados Unidos de América. En enero de 1937 se presentó ante el Senado otra resolución que ratificaba la enmienda propuesta.

Veinte senadores votaron a favor y veinte en contra. Para decidir el empate, el vicegobernador que presidía el Senado dio su voto a favor de la enmienda, la cual fue adoptada posteriormente por la cámara baja con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. Los senadores que votaron en contra y unos pocos representantes impugnaron el derecho del vicegobernador a emitir su voto y buscaron obligar al secretario del Senado a borrar la aprobación de la resolución e impedir la firma por parte de los funcionarios del Senado y de la Cámara de Representantes.

Asimismo argumentaron que en el periodo comprendido entre junio de 1924 y marzo de 1927 la enmienda fue rechazada por ambas cámaras de las legislaturas de veintiséis Estados, habiendo sido ratificada tan sólo en cinco de ellos, y que, por tal razón, así como por la falta de ratificación

²⁷⁸ 307 US 433, 1939, www.findlaw.com. Este caso ha constituido un *leading case* que ha merecido nutridos comentarios. Cfr. BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, 2, p. 197 y 198; PRITCHETT, *La Constitución americana*. Es célebre el debate que libraron DELLINGER, *The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, “Harvard Law Review”, 97-1983-1984-386 a 432, y TRIBE, *Constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role*, “Harvard Law Review”, 97-1983-1984-433 a 445.

²⁷⁹ La enmienda expresaba: “Sección 1^ª. El Congreso tendrá competencia para limitar, regular y prohibir el trabajo de las personas menores de dieciocho años.

Sección 2^ª. La competencia de los distintos Estados no será alterada por este artículo, excepto cuando la operación de las leyes estatales deba ser suspendida hasta el punto necesario para dar efecto a la legislación promulgada por el Congreso”.

dentro de un plazo razonable, la enmienda había perdido vigencia.

La Corte estatal intervino en la acción, aceptando la legitimidad de los impugnantes, pero rechazando el *writ of mandamus* solicitado, tendiente a lograr el objetivo planteado. Sostuvo que el vicegobernador estaba autorizado para emitir el voto decisivo y que la enmienda conservaba su vigencia original. El caso llegó por *certiorari* a la Corte Suprema federal, que el 5 de junio de 1939 confirmó la sentencia de la Corte de Kansas.

En la sentencia del máximo tribunal se apeló a las *political questions*²⁸⁰. En cuanto a la participación del vicegobernador, la Corte Suprema no expresó su opinión, por ser una cuestión en la que sus miembros estaban divididos. Sin embargo, anuncia una cuestión fundamental del fallo, como lo es la distinción entre cuestiones justiciables y políticas.

En lo concerniente al efecto del rechazo previo de la enmienda y al plazo transcurrido, se consideró que, de acuerdo con los precedentes, la cuestión de la eficacia de las ratificaciones por las legislaturas, a la luz de rechazos previos, debía ser visto como una cuestión política, cuya última autoridad era el Congreso, en ejercicio del control sobre la promulgación de la enmienda adoptada.

La determinación del plazo razonable por parte del tribunal implicaría la valoración de una gran cantidad de condiciones políticas, sociales y económicas, que sería una extravagante extensión de facultades judiciales. O sea que la cuestión acerca de lo que es un período razonable corresponde –por consiguiente– al Legislativo federal.

Por estos fundamentos la Corte consideró que corresponde al Congreso, en ejercicio de su facultad de control sobre la promulgación de la adopción de una enmienda constitucional, la decisión definitiva acerca de si, por el transcurso del tiempo, la enmienda por él propuesta ha per-

²⁸⁰ El *chief justice* HUGHES redactó lo que en el fallo es denominado “voto del tribunal” (al que se adhirieron los jueces STONE y REED); hubo disidencia de argumentos de los jueces BLACK, ROBERTS, FRANKFURTER y DOUGLAS, por una parte, y de los jueces BUTLER y McREYNOLDS, por otra.

dido su validez con anterioridad a que se reuniera la cantidad necesaria de ratificaciones.

h) “*GOLDWATER, BARRY Y OTROS V. CARTER, JAMES E., PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS Y OTROS*”. En el caso, un grupo de congresales sostuvo que la conducta del presidente Carter de denunciar un tratado de defensa con Taiwán los privó de desempeñar su papel constitucional, en lo que se refiere a una modificación a la ley suprema del territorio²⁸¹.

La terminación del tratado de defensa con Taiwán era un incidente necesario para que el Poder Ejecutivo procediera al reconocimiento del Gobierno de Pekín, ya que por entonces Taiwán era la única autoridad política reconocida en China.

El voto de la mayoría adoptó la postura que sostenía que la facultad del presidente para revocar un tratado se refiere a las facultades del primer mandatario en la conducción de las relaciones exteriores y que, por lo tanto, era una cuestión “política” no judicialable y que tenía que ser sometida a resolución del Ejecutivo y del Legislativo. La Corte afirmó esta postura con remisión al precedente “*Coleman v. Miller*”.

A la luz de la ausencia de disposición constitucional que rigiera el modo de terminación de los tratados, y considerando que ciertos procedimientos de terminación se aplican para diversos tratados, esta cuestión debe estar necesariamente dentro de parámetros “políticos”.

§ 61. *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA*. – Siendo, quizás, uno de los países sudamericanos con mayor tradición en materia de control de constitucionalidad de las leyes, el modelo colombiano recibió la influencia estadounidense y, más tarde, la influencia del diseño kelseniano, consolidado definitivamente en la Constitución de 1991.

Sin embargo, Colombia ha sido destacada por la acción popular de inexecutable o de inconstitucionalidad. Esta acción creada en 1910 permite a cualquier ciudadano solicitar el control de constitucionalidad de las leyes y decretos.

²⁸¹ 444 US 996, 1979, www.findlaw.com.

Las peculiaridades de la acción se desenvuelven en diferentes sentidos; ellos son en el sujeto legitimado y en los efectos de la declaración.

Los únicos legitimados son los ciudadanos, lo que separa la acción del modelo estadounidense, que hace gravitar el sistema en la afectación que recibe un agraviado específico. Esto se justifica por el hecho de que el control está asegurado a partir de la supremacía constitucional y no desde la afectación a los intereses particulares de una persona.

Al prosperar la acción se procede a anular la norma contraria a la Constitución. La anulación tiene efecto *erga omnes* y la sentencia que la contiene proyecta su fuerza hacia el futuro.

La cuestión del control jurisdiccional de la reforma constitucional siguió en Colombia un camino contrario al estadounidense. Es decir, primero se negó su procedencia y después se aceptó por el órgano competente, hasta llegar a su consagración²⁸².

a) *LOS PRIMEROS CASOS.* La demanda del ciudadano Germán Molina Callejas contra los actos legislativos 1, del 18 de junio de 1953, y 1, del 30 de julio de 1954, de la Asamblea Nacional Constituyente, es el primer antecedente en que se impetró la inconstitucionalidad de un acto legislativo.

La Corte rechazó la demanda por considerarse incompetente, distinguiendo entre la competencia del poder constituyente y de los poderes constituidos, sosteniendo que los actos del constituyente no pueden ser sometidos a control de los poderes constituidos.

En la demanda del ciudadano Pedro del Rueda Uribe contra los decrs. 0247 y 1251, de 1957, la Corte sigue el criterio anterior, inhibiéndose de intervenir, pero el caso adquiere importancia por la existencia de una minoría que vota a favor de la procedencia del control.

b) *LOS CASOS SIGUIENTES.* El primer caso en que se reconoce expresamente la procedencia del control es la demanda de los ciudadanos Carlos Moreno Novoa y Álvaro Echeverri U. contra el acto legislativo 2 del 19 de diciembre de 1977.

²⁸² SÁCHICA, *La Constitución colombiana cien años haciéndose*, p. 64 a 86.

En la sentencia de la Corte Suprema se aborda la naturaleza del poder de reforma, la competencia de la Corte para controlar la reforma y los límites al ejercicio del poder de reforma (la facultad en cabeza de la Corte Constitucional nace con la Constitución de 1991).

Para resolver la naturaleza del poder de reforma, la Corte sostiene que todos los poderes son poderes de derecho, o sea, constitucionalizado y nunca supra o metaconstitucional, dado que esta característica sólo es propia del poder primario, por lo que se concluye que el poder de reforma es un poder constituido y, por consiguiente, limitado por la Constitución.

En lo que respecta a los límites al ejercicio al poder de reforma, se sostiene que el Congreso no puede subdelegar el poder de reforma que le fue dado por el constituyente, pues sólo puede hacer lo que le está atribuido expresamente. Por ende, no procedería derivar del Congreso una Asamblea Constitucional, como había sido convocada en el acto legislativo cuestionado.

Una vez sentado este precedente, la Corte continuará su sendero de control jurisdiccional sobre los actos de reforma a la Constitución. Así, por ejemplo, en la demanda de los ciudadanos Manuel Gaona Cruz y otros contra el acto legislativo 1, de 1979, la Corte declaró inexecutable en su totalidad el acto legislativo.

La Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991 consagró en el art. 241 el examen de las reformas²⁸³. Éste viene a significar la culminación de un proceso de control basado en una cláusula formal de validez.

La etapa de un control material o sustantivo aún no aparece de manera expresa. La Constitución, en el artículo citado, aclara que el control del proyecto de revisión está limitado al examen de los vicios de procedimiento en su formación.

²⁸³ “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (art. 241).

§ 62. *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO.* – Contrariamente a los primeros casos transitados en los Estados Unidos de América y en Colombia, en México se planteó desde el inicio el control material de la reforma.

a) *“BANCO DEL ATLÁNTICO Y OTROS V. CONGRESO DE LA UNIÓN”*. La reforma tocó expresamente un artículo de la parte dogmática de la carta magna²⁸⁴, modificando una disposición contenida en la enumeración de derechos fundamentales²⁸⁵.

Si bien esto haría presuponer un ataque a las libertades, lo cierto es que no apareció una afectación directa, sin perjuicio de lo cual quedó planteado el interrogante en torno a si una reforma podía producir, como resultado, una afectación a un derecho fundamental.

Las instituciones afectadas interpusieron demanda de amparo en contra de la reforma, planteando que las garantías individuales deben considerarse límites implícitos a la acción del poder reformador. La reforma vendría a ser un caso de reforma inconstitucional. Se señaló que siempre han existido límites a la acción del poder revisor. En esta tesitura existirían tanto límites formales como materiales.

La Corte Suprema de Justicia no se pronunció respecto del fondo de la cuestión, pues sólo resolvió cuestiones de técnica del amparo. No obstante, los argumentos esgrimidos por los amparistas fueron de gran importancia como antecedente y para la comprensión del problema.

b) *“MANUEL CAMACHO SOLÍS V. CONGRESO DE LA UNIÓN”*. *PRIMER CASO.* – En este segundo precedente sí hubo discusión en la Corte, aunque el resultado fue rechazar la demanda por parte del juez de Distrito, contrariamente a lo sucedido en el precedente anterior²⁸⁶.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ GAONA, *El control constitucional a la reforma de la constitución*, p. 83.

²⁸⁵ Se trataba de la modificación del art. 28, cuya redacción no está en vigor. Esta norma contiene genéricamente una prohibición de monopolios y la norma de reforma cuestionada introducía una excepción a la prohibición antedicha.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ GAONA, *El control constitucional a la reforma de la constitución*, p. 90.

La litis trató sobre la iniciativa y la reforma del 22 de agosto de 1996. El actor pretendía postularse como candidato a jefe de gobierno del Distrito Federal, no obstante que el art. 122 de la Constitución había sido modificado, en el sentido de que, para ocupar dicho cargo, se requería no haberlo desempeñado anteriormente con cualquier carácter (lo que había sucedido en el caso del actor).

Luego de un debate en la Corte Suprema en torno a la procedencia del amparo, los puntos centrales abordaron la naturaleza del poder de reforma consagrado en el art. 135 de la Constitución mexicana, entre los extremos de si se trata de poder constituyente o de poder constituido. Finalmente, el máximo tribunal votó mayoritariamente a favor del poder de reforma como constituido.

Determinada la naturaleza del poder revisor, el paso siguiente fue dilucidar la procedencia del juicio de amparo para cuestionar la reforma constitucional, dado que la carta magna mexicana no contiene disposición expresa que la autorice.

La mayoría justificó la procedencia, siguiendo la ecuación de que el control de la reforma es acorde con la competencia del Poder Judicial Federal para resolver controversias por leyes y actos de autoridad que violen los derechos fundamentales.

Procediendo el juicio, ¿qué es lo que se impugna? Aquí se sostuvo que no es la Constitución, sino los actos de creación de la reforma. Revocado el auto del juez de Distrito que había rechazado el amparo, el caso siguió su trámite hasta llegar nuevamente al máximo tribunal judicial.

c) "*MANUEL CAMACHO SOLÍS V. CONGRESO DE LA UNIÓN*". *SEGUNDO CASO*. La controversia llegó a la Corte, pero no se produjo ninguna anulación de la reforma impugnada. Los puntos básicos del voto mayoritario del precedente anterior fueron reiterados²⁸⁷.

Para la Corte, el interés para deducir el amparo deriva de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto

²⁸⁷ RODRÍGUEZ GAONA, *El control constitucional a la reforma de la constitución*, p. 93.

constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado. Luego, es la norma como tal la que se impugna y, por consiguiente, hay que tomar una postura sobre la validez jurídica que el órgano de control debe justificar.

De los precedentes expuestos emerge en la jurisprudencia de la Corte Suprema mexicana la siguiente doctrina.

1) Cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la carta magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con la reforma, lo que se cuestiona, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante juicio de amparo por violación al principio de legalidad.

2) Se estableció que, aun cuando el proceso de reforma haya sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no puede desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que, de no ser así, no habría posibilidad de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el art. 135 de la Const. mexicana; no podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales, sin oportunidad defensiva.

3) En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable por medio de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado.

§ 63. *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL BRASIL.* – La posibilidad de controlar la constitucionalidad de una enmienda constitucional, tanto en sentido formal como mate-

rial, ha sido reconocida en el sistema brasileño desde 1926. Posteriormente, el Superior Tribunal Federal admitió la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una propuesta de enmienda, incluso antes de su promulgación²⁸⁸.

Se trataba de un *mandato de segurança* (instrumento procesal dirigido a la protección de un derecho concreto y determinado o en la inminencia de serlo por ilegalidad o abuso de poder –similar al amparo–), en el que dos senadores alegaban que las propuestas de enmiendas constitucionales en trámite, ordenando la prórroga del mandato del prefecto o alcalde, viceprefecto y consejeros, eran inconstitucionales, por ser contrarias a los principios republicanos y vulnerar sus derechos subjetivos de no deliberar acerca de temas vedados por la Constitución, conforme a las cláusulas pétreas o límites materiales expresos.

El Supremo Tribunal Federal, aunque desestimó el fondo del asunto, reconoció la posibilidad del control de constitucionalidad en tal supuesto, porque la Constitución entonces vigente prohibía el propio procesamiento de ley o enmienda tendiente a abolir la Federación y la República. Tal decisión, ocurrida aun en el derecho anterior, demuestra que no siempre es imprescindible la existencia formal del texto de la ley y la conclusión definitiva del proceso legislativo para que se instaure el control de constitucionalidad abstracto. Se trataría de un control de la norma en gestación.

Esta amplitud evidenciada por el Superior Tribunal Federal en el ejercicio del control de constitucionalidad, respecto de los procesos legislativos y de enmiendas constitucionales, generó una considerable demanda en las acciones tendientes a este control. De hecho, han sido varias las acciones directas de inconstitucionalidad contra enmiendas a la Constitución propuestas ante el Supremo Tribunal Federal²⁸⁹, una demanda alta que tiene causa, entre otras

²⁸⁸ HC 18.178, de 27/9/26, RF: 47:748-827, y MS 20.257, rel. min. Moreira Alves, RTJ, 99:1040, respectivamente. Cfr. FERREIRA MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 167, citado por VIVEIROS, *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*.

²⁸⁹ Por ejemplo, ADIn 829, 830 y 833, rel. min. Moreira Alves, sobre la constitucionalidad de la EC 2, del 25/8/92, que trataba de la anticipación del

razones, en el excesivo número de enmiendas en los últimos años²⁹⁰, por medio de las cuales los tres últimos gobiernos implementaron las llamadas “reformas del Estado” brasileño²⁹¹.

Mientras la gran mayoría de las acciones tuvieron en mira enmiendas que, según se alegaba, vulneraban el proceso formal de reformas, otras cuestionaban el propio contenido de las propuestas mediante la alegación de vulneración al ámbito material vedado por la Constitución; es decir, las llamadas *cláusulas pétreas*, el núcleo duro inmodificable.

Una acción directa fue propuesta, incluso, cuestionando la constitucionalidad de dispositivos de la propia Constitución de 1988, mediante la alegación de violación de las cláusulas pétreas²⁹². Ella fue rechazada por el Superior Tribunal Federal por imposibilidad jurídica del pedido, pues no admitió la tesis de que había jerarquía entre normas constitucionales originarias.

Según el tribunal, a él le compete la guardia de la Constitución, lo que implica decir que esa jurisdicción le es atribuida para impedir que se incumpla la Constitución como un todo, y no para, con respecto a ella, ejercer el papel de fiscal del poder constituyente originario, a fin de verificar si éste habría violado los principios de derecho suprapositivo que él mismo había incluido en el texto de la Constitución.

plebiscito previsto en el art. 2º del ADCT; la ADIn 913 contra la EC 3/93, que instituyera la acción declaratoria de constitucionalidad (rel. min. Moreira Alves, DJU, 23/8/93, p. 163457) y la ADIn 939 (rel. min. Sanches, DJU, 18/3/94, p. 5165), propuesta contra la EC que instituyera el impuesto provisorio sobre tramitación financiera (IPMF). Cfr. VIVEIROS, *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*.

²⁹⁰ Conforme noticia FERREIRA MENDES, esta práctica se ha tornado tan corriente en la sede del sistema de fiscalización abstracta que sólo en contra de la EC 41/2003, que versaba sobre la reforma de la *previdencia*, fueron promovidas seis acciones directas de inconstitucionalidad ante el STF: las ADIn 3.104-DF; 3.105-DF; 3.128-DF; 3.133-DF; 3.138-DF; 3.143-DF, todas de la relación de la min. Gracie.

²⁹¹ Desde la promulgación de la Constitución conforme a la reforma de 1988 hasta la fecha, fueron aprobadas más de sesenta enmiendas constitucionales.

²⁹² ADIn 815, rel. min. Moreira Alves, propuesta por el gobernador del Estado del Rio Grande do Sul, DJU, 10/5/96; RTJ 163/872-881.

Además, conforme al razonamiento del tribunal, las cláusulas pétreas no pueden ser invocadas para sostener la tesis de la inconstitucionalidad de normas constitucionales inferiores frente a normas constitucionales superiores, puesto que la Constitución las prevé sólo como límites al poder constituyente derivado al reverter o enmendar la Constitución elaborada por el poder constituyente originario, y no como abarcando normas cuyas observancias se impuso al propio poder constituyente originario con respecto a otras normas que no sean consideradas como cláusulas pétreas y, por lo tanto, puedan ser enmendadas.

§ 64. *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA.* – A lo largo de nuestra historia constitucional, la Corte Suprema ha intervenido en casos vinculados con impugnaciones a los procesos de reforma de la Constitución nacional y de constituciones provinciales.

Mayor número de casos se ha dado respecto de intervenciones de tribunales superiores de provincia sobre procesos de reforma constitucional que han acontecido en dichos Estados locales (tanto por aspectos formales como materiales).

Procederemos a revisar sintéticamente los casos paradigmáticos de intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con excepción de la impugnación correspondiente a la última reforma de la Constitución tucumana, resuelta por el Superior Tribunal de Tucumán, en razón de la actualidad del caso y porque entendemos que constituye una derivación de la última doctrina sentada por la Corte nacional en el caso “Fayt”.

a) *EL CASO “SORIA DE GUERRERO”.* Hasta la decisión de este caso, en 1963, nunca la Corte Suprema se había pronunciado sobre si era competente para intervenir en el control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Éste fue un caso de derecho laboral, donde se formuló un planteo de inconstitucionalidad²⁹³. Juana Soria de Guerrero demandó a Bodegas y Viñedos Pulenta y Hnos. SA, su

²⁹³ *Fallos*, 256:556.

empleadora, por haber sido dejada cesante con motivo de su participación en una huelga general por tiempo indeterminado.

El reclamo fue acogido en primera instancia, donde se rechazó un planteo de inconstitucionalidad formulado por la demandada respecto del art. 14 bis de la Const. nacional, la cual había argumentado que dicho artículo no había quedado integrado a ella porque la Convención Constituyente de la reforma de 1957 no había aprobado el acta y la versión taquigráfica de la sanción del artículo, como lo requería el art. 11 del reglamento interno de la Convención.

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia del inferior. Ante esta situación, la causa llegó a la Corte Suprema.

El máximo tribunal, sin acoger la queja, fijó las pautas de la primera doctrina en torno a la intervención del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

El voto de la mayoría (integrada por los doctores ARÁOZ DE LAMADRID, ABERASTURY, VILLEGAS BASAVILBASO, IMAZ, COLOMBRES y BIDAÚ) entendió que las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzaban, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, a fin de resguardar el principio de la separación de poderes, excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.

Así, utilizando este argumento, desestimó la procedencia del control judicial sobre el cumplimiento o no, por parte de la Convención Constituyente, de su reglamento interno.

El fallo tuvo una premonitoria disidencia del doctor BOFFI BOGGERO, quien sostuvo que el caso en examen, lejos de encuadrarse en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, debía ser materia de abordaje por la Corte Suprema²⁹⁴.

²⁹⁴ La sustancia de los argumentos de esta disidencia serán recogidos años después por parte del juez FAYT en "Gascón Cotti" y en "Romero Feris", para consolidarse en el caso "Fayt".

Sostuvo que en el esquema de la división de poderes corresponde al Judicial decidir las causas mencionadas en la Constitución. Por ello, si una parte niega la existencia de un precepto constitucional, por no haberse respetado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, la materia es claramente justiciable.

b) *EL CASO "GASCÓN COTTI"*. Esta causa se edificó a partir de una demanda de inconstitucionalidad planteada ante la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires por Alfredo Gascón Cotti, y otras personas, contra la ley provincial que había dispuesto someter a plebiscito el trámite de reforma constitucional, para que el pueblo provincial se pronunciara respecto de los puntos de reforma fijados por la Legislatura²⁹⁵.

La acción fue rechazada por la Corte Suprema provincial y, llegada a la Corte Suprema federal, el tribunal también desechó la acción, por medio del rechazo de la queja.

El voto de mayoría (formada por los doctores OYHANARTE, PETRACCHI, LEVENE, BARRA, NAZARENO y BELLUSCIO), edificado a través de varios votos particulares, básicamente coincide con los argumentos del tribunal superior de la provincia.

Lo interesante del fallo radica en los argumentos esgrimidos por el voto conjunto de los doctores LEVENE y OYHANARTE y por la disidencia del doctor FAYT.

Los primeros jueces, con cita del precedente "Soria de Guerrero", sostuvieron que era, en principio, aplicable la regla por la cual el tribunal no tiene facultades jurisdiccionales para examinar la validez del procedimiento seguido en la formación y sanción de las leyes y en el de reforma constitucional.

Pero agregaron que, si bien dicha regla se refirió a la reforma de la Constitución federal, también debía aplicarse a las enmiendas de las constituciones provinciales, dado que la no justiciabilidad depende de la naturaleza del acto sobre el cual recae.

Por su parte, el doctor FAYT, en su disidencia, sostuvo que no era admisible que la causa escapara al control judi-

²⁹⁵ Fallos, 313:594.

cial, por revestir el acto carácter preconstituyente. La facultad de reforma constitucional es una competencia con base en el derecho constituido, regulada de manera detallada en la Constitución nacional y en las constituciones provinciales.

c) *EL CASO "RÍOS"*. Contra la sentencia del Superior Tribunal de la provincia de Corrientes que había rechazado la demanda interpuesta por Antonio J. Ríos, a fin de que se declarase la nulidad parcial de la reforma de la Constitución de Corrientes, por haber excedido la Asamblea Constituyente provincial el temario de puntos sujetos a modificación establecido por la ley declarativa de la reforma, se presentó queja ante la Corte Suprema nacional.

El alto tribunal federal rechazó el recurso, sosteniendo que la cuestión remitía al estudio de un tema de derecho local que, en principio, era ajeno a su conocimiento. Asimismo, entendió que la cuestión había sido resuelta en sede provincial sin arbitrariedad, dado que la Convención había obrado dentro del marco fijado por la ley 4593, declarativa de la reforma²⁹⁶.

Si bien la Corte Suprema tampoco ingresó en este caso en el juicio de constitucionalidad sobre la reforma, reviste especial interés una afirmación del tribunal dictada *obiter dictum*.

La Corte Suprema sostuvo que "es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia" (consid. 4°).

A ello agregó que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los cuales descansa la Constitución.

d) *EL CASO "POLINO"*. Los casos que abordaremos ahora se originaron a partir de la reforma constitucional que en 1994 tuviera la Constitución federal argentina; sin duda, la

²⁹⁶ Fallos, 313:605 a 611.

más profunda y consensuada que se practicara respecto de su texto. Sin embargo, a pesar de que fuera sancionada por una importante mayoría, tanto en su faz preconstituyente como en su faz constituyente, fue la reforma que mayores impugnaciones constitucionales despertó, por lo cual dedicaremos mayor extensión al análisis de los casos que la circundaron.

En el primero de ellos, Héctor Polino y Alfredo Bravo, diputados nacionales por la Capital Federal (Partido Socialista Democrático - Unidad Socialista), promovieron el 3 de enero de 1994 una acción de amparo, invocando su condición de ciudadanos y de diputados de la Nación, y solicitaron la nulidad del proceso preconstituyente, cuya fase concluyó con la sanción de la ley 24.309, que declaró la necesidad de reforma de la Constitución y del decr. de promulgación 2700/93, que además fijó la fecha del 10 de abril de 1994 para que se celebrase la elección de convencionales constituyentes.

Solicitaron asimismo prohibición de innovar, a fin de que el Poder Ejecutivo se abstuviera de realizar las acciones destinadas a llevar a cabo las elecciones de convencionales.

Los amparistas invocaron su calidad de ciudadanos y diputados nacionales. Como ciudadanos, alegaron agravios a sus derechos políticos y, como representantes del pueblo, a sus derechos de formular en la Cámara de Diputados los planteos pertinentes que el trámite irregular de la aprobación de la ley 24.309 les impidió presentar, pues sostuvieron que el Congreso había omitido cumplir con el trámite constitucional en la sanción de la ley de declaración, violando la normativa del entonces art. 71 del texto constitucional vigente.

El tribunal de primera instancia negó legitimación a los actores, pues en cuanto ciudadanos –consideró– no invocaron la violación de un derecho o interés propio y, en cuanto a su condición de diputados, la Constitución los habilita para cumplir con sus funciones defendiendo los intereses de los ciudadanos, pero sólo en los límites de las facultades que les asigna la propia Constitución.

Contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que

confirmó la de la primera instancia, con los dos únicos votos emitidos por los doctores BUJÁN y MUÑIZ²⁹⁷, los actores interpusieron el recurso extraordinario federal, el cual fue concedido²⁹⁸.

1) *El voto mayoritario*. La mayoría –que declaró improcedente el recurso extraordinario concedido por la Cámara en sentencia de fecha 7 de abril de 1994– se conformó con el voto de los doctores BELLUSCIO, BOSSERT, LEVENE (H.), LÓPEZ y PETRACCHI.

En una escueta sentencia de dos carillas, la Corte Suprema optó por encuadrar el planteo llegado a sus estrados, en la existencia o no de “causa” o “controversia”, ante la presencia o no de un interés “concreto, inmediato y sustancial”, concluyendo que la inexistencia de este “interés” –en su invocación general como ciudadanos– impide la configuración de “causa” en el orden federal.

El alto tribunal se preocupó en señalar seguidamente que la exigencia de una “causa” o “caso” judicial no implica eludir cuestiones de trascendencia pública, sino que, por el contrario, se sustenta en la necesidad de mantener el principio de división y equilibrio de los poderes, evitando que el Poder Judicial adquiera características legislativas.

En el consid. 6° aborda la pretendida legitimación de los actores como diputados nacionales, rechazándola por ausencia de fundamentación suficiente en el interés alegado, dado que “el contenido del supuesto interés propio consistiría exclusivamente en la posibilidad de reclamar en la Cámara de Diputados el mantenimiento de la reducción a cua-

²⁹⁷ La sentencia integrada con sólo dos votos en un tribunal tripartito, sin perjuicio de que coincidan en la decisión, altera el sistema de mayorías y minorías en la edificación de la resolución, según un importante sector de la doctrina procesal. El doctor BUJÁN entendió que, aunque eventualmente compartiera el criterio de los apelantes, ésta no procedía, porque en el caso de su invocación como ciudadanos no se afectaba un derecho subjetivo concreto. Asimismo, en su calidad de diputados, entendió que los actores representaban los intereses de sus votantes y no del pueblo de la Nación, representación ésta que correspondía a la Cámara en su conjunto. El doctor Muñiz, por su parte, hizo mérito de la inexistencia de causa judicial de carácter contencioso.

²⁹⁸ Fallos, 317:335.

tro años del mandato de los senadores en la previsión del art. 5° contra lo resuelto en la Cámara de Senadores, que dejó la determinación de ese plazo de reducción al libre debate de la Convención Constituyente”.

El alto tribunal encontró una contradicción –que corrobora la falta sustancial del interés propio invocado– entre el interés alegado como legisladores para discutir, en el ámbito de la Cámara, el rechazo de la enmienda aprobada en el Senado, con el interés de que dispondrían como ciudadanos a elegir convencionales que pudieran aprobar o rechazar las propuestas de reforma del “núcleo de coincidencias básicas” por separado.

Vemos, por consiguiente, que el *holding* de la sentencia se edificó alrededor de la falta de agravio suficiente y, por consiguiente, según el razonamiento del tribunal, en la ausencia de “causa”, “caso” o “controversia”.

Como bien han señalado varios autores²⁹⁹, del fallo no emana doctrina acerca de la revisión del proceso preconstituyente –al menos, de manera explícita–, ni se incursiona en la doctrina de las cuestiones políticas, salvo que se entienda que en las “reales” nunca hay “caso” o “controversia”, y que los casos de falta de legitimación son siempre cuestiones políticas porque, al requerírsele a la Corte Suprema una decisión sobre una cuestión en definitiva abstracta –por la falta de interés jurídico concreto en el resultado de la decisión–, se la quiere hacer participar en una materia ajena a su competencia, una materia que es propia del debate político partidario o, en otros casos (decisiones discrecionales de la Administración pública), de la experiencia (siempre con un componente político) de los órganos dotados por el ordenamiento de los recursos necesarios para actuar en tal sentido.

Pero, a la inversa no siempre es así; es decir, no en todas las cuestiones políticas hay falta de legitimación³⁰⁰.

²⁹⁹ GELLI, *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*, LL, 1994-C-291; FERREYRA, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, p. 206.

³⁰⁰ BARRA, *Caso “Polino”*. *La Corte ratifica su papel constitucional*, ED, 157-456.

2) *Los votos concurrentes*. Dos ministros concurrieron con su voto, los doctores NAZARENO y MOLINÉ O'CONNOR.

El doctor NAZARENO coincidió en destacar la falta de interés en el que pudiera basarse un derecho subjetivo, inmediato, concreto y propio del recurrente, en los términos que se exigen para que exista un "caso", en la presentación de los actores en carácter de ciudadanos, y en desestimar la pretensión basada en la calidad de legisladores, "pues el cargo que éste ocupa sólo lo habilita para actuar como tal dentro del organismo que integra; y porque la representación del pueblo la ejerce aquel órgano en su conjunto (art. 37, Const. nacional) y no los integrantes del cuerpo en forma y a título individual".

No obstante ello, incursiona de manera expresa –en los consid. 8° y 9° de su voto– en la doctrina de las "cuestiones políticas", rozando tangencialmente el análisis judicial del procedimiento de reforma constitucional.

Luego de recordar el carácter –en principio no justiciable– del procedimiento de formación y sanción de las leyes, sostiene que, si se entendiera que la cuestión, tal como estaba planteada, podría ser objeto de decisión judicial, "la solución del caso sólo podría concluir con una declaración general y directa de inconstitucionalidad de una norma o acto de un poder distinto del Judicial, con privación de efectos del acto impugnado de modo *erga omnes*, quedando así determinada, en forma contundente, la ausencia de 'caso' en el que debieran intervenir los juzgadores" (consid. 8°).

Por otra parte, afirmó que, si bien la declaración de necesidad de reforma constitucional se instrumentó mediante la forma de leyes, aquella declaración es un acto "preconstituyente" y, por consiguiente, específicamente político y no legislativo, por lo que su examen judicial –si correspondiera– debía abordarse de manera particularmente prudente, cuidadosa y reflexiva.

Por su parte, el doctor MOLINÉ O'CONNOR adicionó en su voto otras cuestiones que merecen ser señaladas, como el encuadramiento que formuló del caso en la doctrina de la gravedad institucional (consid. 4°) y como el carácter de "constituyente" que le asignó al funcionamiento del Congreso (consid. 7°) en el marco de la reforma, al ingresar deci-

didamente en el análisis del proceso, contrariamente a la caracterización de acto preconstituyente que le adjudicó el doctor NAZARENO en su voto.

Destacó que el art. 30 de la Const. nacional establece como único recaudo que la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con la mayoría especial, sin especificar de qué modo debe formularse dicha declaración, por lo que, si el Congreso optó por emitir la declaración bajo la forma de una ley, esto no asimila ese acto, sin más, a los de índole legislativa que el mismo organismo dicta en ejercicio de sus funciones como poder constituido.

Esto permitió que la conclusión de esta etapa del proceso constituyente se efectuara enviando el Senado la remisión del texto de la declaración bajo la forma de un proyecto de ley al Poder Ejecutivo para su promulgación, sin que ninguna de las dos cámaras manifestase cuestionamiento u observación alguna con respecto a la regularidad del procedimiento adoptado.

En tales circunstancias, no había justificación –a criterio del magistrado– para la intervención del Poder Judicial en un proceso seguido y concluido por los poderes políticos, en el que ninguno de ellos evidenció la existencia de conflicto, por lo que, al no exceder el procedimiento el amplio marco fijado por el art. 30 de la Const. nacional, no resulta susceptible de revisión judicial el modo en que el Congreso ha ejercido sus facultades.

La solución contraria importaría alentar a miembros individuales del Congreso a buscar la resolución judicial de estas cuestiones antes de que el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto o admitir que los jueces sean llamados en auxilio de un legislador individual, que en realidad sólo se queja de haber fracasado en persuadir a sus colegas.

3) *Los votos en disidencia.* Ellos correspondieron a los doctores FAYT y BOGGIANO.

El ministro FAYT, quien sería un constante disidente en este tema –preanunciando de alguna manera la posición que asumiría años después en el caso que lleva su nombre–, votó por hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada.

Para arribar a dicha resolución, ingresó decididamente en el control judicial de constitucionalidad sobre el proceso constituyente, considerando que, si bien la Corte Suprema mantuvo tradicionalmente al margen de su conocimiento el examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, condicionó tal conclusión al supuesto de actuación legítima del Congreso dentro de los límites constitucionales. En estos términos, alegando los actores una violación al procedimiento establecido por el art. 68 y ss. de la Const. nacional, la cuestión aparecía como justiciable.

Sentada la justiciabilidad del tema, pasó a analizar el punto referente a la legitimación de los actores, preguntándose si no basta ser ciudadano para tener derecho a reclamar de los jueces el cumplimiento de la Constitución. A su criterio, no estaba en debate el resultado del juego de normas constitucionales, sino las reglas mismas de ese juego, por lo que el problema planteado no era de legitimación corriente sino de la afectación de la propia fuente de toda legitimación.

Contrariamente al razonamiento del doctor MOLINÉ O'CONNOR, para FAYT, escogido el mecanismo de la sanción legislativa para declarar la necesidad de la reforma —exigencia que se deriva del art. 30, Const. nacional, pero que tampoco se prohíbe—, resulta inexcusable la aplicación de las disposiciones del art. 68 y siguientes. Por lo que, en el caso, se habría privado a la Cámara de Diputados de su indispensable intervención en el trámite parlamentario pues, de acuerdo con el art. 71, el senador, al introducir modificaciones, debería haber devuelto el proyecto a la Cámara de origen. Aclaró además que, aunque no se considerara la ley en sentido formal, la declaración requiere una idéntica expresión de voluntad de ambas cámaras, con las mayorías especiales requeridas.

El doctor BOGGIANO entendió admisible el recurso extraordinario, por haberse puesto en tela de juicio la inteligencia de la Constitución nacional, y que la decisión fue contraria a la validez del derecho que se funda en ella (art. 14, inc. 3°, ley 48).

A diferencia del voto mayoritario, este juez sostuvo que no había contradicción en los planteos de los actores cuando

se legitimaron como ciudadanos y como diputados. Ambas fuentes de legitimación son separables, pues la Corte podría o no atender los dos, o sólo uno de ellos, sin que se consagrara contradicción alguna.

Entendió que en la sanción de la ley 24.309, en lo concerniente al tiempo de mandato de los senadores, no se alcanzaron las mayorías exigidas por el art. 30 de la Const. nacional, dado que las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados aprobaron la inclusión de un plazo específico de duración (cuatro años) para el mandato de los senadores. En cambio, la Cámara de Senadores no aprobó ese aspecto del proyecto de los diputados. Por consiguiente, ambas cámaras aprobaron cuestiones distintas.

En tales condiciones hay un claro interés de los actores, dado que fueron privados del derecho que la Constitución les reconoce de concurrir o no con su voto para integrar las mayorías requeridas por ella para la declaración de la necesidad de su reforma.

Con invocación de la doctrina sentada en “Soria de Guerrero” (ver ap. a), el doctor BOGGIANO consideró que no había otro remedio que declarar la inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 24.309, por cuanto incluía el art. 48 de la Const. nacional entre las normas respecto de las cuales se declaró la necesidad de reforma.

e) *EL CASO “ROMERO FERIS”*. Como senador nacional por la provincia de Corrientes, éste inició acción de amparo contra el Estado nacional, en su carácter de convencional constituyente electo, con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que ordenara al Poder Ejecutivo abstenerse de convocar a la Asamblea Constituyente en los términos de las limitaciones contenidas en el art. 5° de la ley 24.309 o, subsidiariamente, para el caso de que ésta hubiera sido ya convocada, que se declarara la nulidad parcial de tal acto, en cuanto se hubiese formulado en los términos de la citada norma legal.

Ello con sustento en la inconstitucionalidad de tal disposición, por cuanto alteraría de manera arbitraria el ejercicio efectivo de sus derechos políticos subjetivos, emanados de su calidad de convencional, al imponerle votar una pluralidad de reformas en conjunto, sin contemplar la possibili-

dad de apoyar unas y desechar otras, lesionando –a su criterio– la libre participación del representante, que conlleva la libertad de expresión, petición, réplica, debate y decisión (voto)³⁰¹.

En resumen, el amparista planteaba que la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° de la ley 24.309 era necesaria para preservar sus derechos políticos del cargo representativo y el procedimiento constitucional de reforma, en los términos del art. 30 de la Const. nacional, al afectar la norma impugnada la distribución de competencias entre el Congreso y la Convención reformadora.

La primera diferencia que cabe destacar con “Polino” es que la presentación de Romero Feris, quien también participó, al igual que los diputados, del trámite de formación y sanción de la ley 24.309, en su carácter de senador, formuló el planteo una vez electo convencional constituyente, a efectos de intentar salvar las objeciones a la legitimación que la Corte Suprema había opuesto a Polino y Bravo³⁰².

Otra particularidad que el caso contuvo fue la solicitud del actor de intervención –como terceros obligados, en los términos del art. 94, CPCCN– de los restantes convencionales electos (lo que fue proveído favorablemente por el juez interviniente), procurando la integración de la litis con terceros claramente interesados, a efectos de que la eventual sentencia los alcanzara como a los litigantes principales, en los términos del art. 96 de dicho ordenamiento.

Una curiosidad más del caso se centra en la irregular tramitación procesal que le imprimió la Cámara de Apelaciones interviniente, dado que, cuando el juez a quo dispu-

³⁰¹ Según el art. 5° de la ley 24.309, “la Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el art. 2° de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes”.

³⁰² La Corte Suprema no incurrió en el análisis de la legitimidad activa del amparista, a pesar de que la sentencia de la Cámara de Apelaciones le negó legitimación, con excepción de la disidencia de FAYT, que desechó dicha objeción, sosteniendo la clara legitimación de Romero Feris para formular los agravios planteados.

so la citación de terceros solicitada y dejó en suspenso el libramiento del oficio de traslado de la demanda, hasta tanto se integrara la litis, se presentó espontáneamente el Estado nacional e interpuso recurso de apelación contra las providencias que habían dado curso al amparo y dispuesto la citación como terceros de los demás convencionales.

Dichos recursos fueron desestimados sin sustanciación, por lo cual el Estado nacional interpuso la correspondiente queja ante la Cámara.

Así, el tribunal de segunda instancia dictó resolución en la que, luego de admitir la presentación directa del Estado, rechazó la acción de amparo, sosteniendo que la citación de terceros en dicho proceso no resultaba procedente y que al suspender la notificación del pedido de informes, hasta tanto se cumpliera con la citación de los terceros, se afectó el derecho de defensa del Estado nacional.

En cuanto a la cuestión de fondo sometida a su conocimiento, sostuvo que, en la especie, no existía causa judicial, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema, pues la demanda no tenía por finalidad tutelar intereses propios de la parte, circunstancia que no podía derivarse de su carácter de constituyente, el que –por lo demás– era meramente conjetural, frente a la eventualidad de que dejara de serlo antes de asumir el cargo.

Contra esta decisión de la Cámara de Apelaciones, Romero Feris interpuso recurso extraordinario, el que, concedido, habilitó el conocimiento del caso por parte de la Corte Suprema³⁰³.

1) *El voto mayoritario*. El más alto tribunal se pronunció el 1º de julio de 1994, apelando nuevamente a un argumento procesal para declarar que resultaba inoficioso pronunciarse sobre el recurso extraordinario deducido. El voto mayoritario fue conformado por los doctores LEVENE (H.), PETRACCHI, NAZARENO, BELLUSCIO y BOSSERT.

En una brevísima sentencia, la Corte Suprema declaró inoficioso pronunciarse sobre el recurso extraordinario planteado.

³⁰³ *Fallos*, 317:711.

Para decidir en tal sentido, consideró que a dicha fecha la Asamblea Constituyente ya se encontraba reunida, y siguiendo la doctrina que dice que, a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, debe atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, al haber regulado la Convención el modo de votación, adoptando en su reglamento interno (art. 127, párr. 1º) la materia sobre la que versaba la impugnación, resultaba abstracto el juzgamiento relativo al art. 5º de la ley 24.309.

Como acertadamente se ha dicho³⁰⁴, la Corte encontró un buen atajo procesal para evadir el análisis del tema, mas estas cuestiones fulminan el proceso, pero no el problema (los límites de las mayorías en el marco del proceso de reforma constitucional que regla el art. 30, Const. nacional).

¿Estaba diciendo la Corte Suprema que, como la Convención se había abocado al tema, la cuestión se tornaba fuera del control judicial? ¿Debió el alto tribunal incursionar en el examen del art. 127 del reglamento interno de la Convención, que reprodujo textualmente la norma impugnada? ¿Correspondía a la Corte Suprema clarificar el proceso reformador delimitando las competencias?

Como surge de esta tesis, no compartimos los criterios del alto tribunal y sí, plenamente, la disidencia del doctor FAYT, que revisaremos más adelante.

La cuestión merecía un análisis estricto de razonabilidad, porque los derechos políticos invocados por quienes constituían minorías ajenas al acuerdo político que facilitó la reforma debieron ser preservados en el libre ejercicio del voto comprometido con sus electores. Este aspecto se relaciona con las propias reglas del juego democrático.

También hubiera sido deseable que el tribunal sentara doctrina en torno a los límites del Congreso, en ejercicio de las facultades regladas del art. 30 de la Constitución.

El voto concurrente –en *obiter dictum*– nos suministra un aspecto más para la reflexión.

2) *El voto concurrente*. Los doctores LÓPEZ y MOLINÉ O'CONNOR conformaron el voto concurrente con el de mayo-

³⁰⁴ FERREYRA, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, p. 210.

ría. En los consids. 3° y 4° compartieron la visión del voto mayoritario, en cuanto a que no corresponde emitir pronunciamiento cuando la cuestión se ha tornado abstracta, y que tal situación se había configurado, en atención a que la Convención Constituyente había procedido a regular la materia sobre la que versaba el planteo del actor, disponiendo el modo de votación de los temas incluidos en el art. 2° de la ley 24.309.

Reiterando la posición sentada en “Polino”, en el voto del doctor MOLINÉ O’CONNOR se insistió, en el consid. 5°, en que –en las circunstancias descritas– no había justificación para admitir la requerida intervención del Poder Judicial en un proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercían el poder constituyente, en el que ninguno de éstos evidenció la existencia de conflicto.

Se agregó a ello “que de no adoptarse tal temperamento, un miembro individual de cualquiera de esos órganos se hallaría en situación de obtener la resolución judicial de cuestiones propias de la esfera del poder político, antes de que éstas fuesen decididas dentro de su cauce específico o –como acontece en el caso– después de haber sido resueltas mediante el procedimiento político normal, logrando de tal modo el auxilio de los jueces para imponer una postura individual, de cuyo acierto no pudo persuadir a sus colegas” (consid. 6°).

La concurrencia, por consiguiente, destacó la ausencia de disparidad entre los dos órganos intervinientes en el proceso de reforma constitucional, pues a la hora de resolver el modo de votación del “núcleo” ambos adoptaron el mismo sistema.

Requerir el auxilio de la justicia ante esta situación de ausencia de conflicto político en el proceso reformador implicaría, de triunfar, la imposición de una postura individual que no fue exitosa en el debate político.

Para esta concepción claramente “mayoritaria” del proceso democrático, la participación de las minorías parecería estar limitada al éxito o fracaso del debate en el ámbito de los órganos políticos.

No compartimos esta postura y creemos que el voto en concurrencia no enfrentó las cuestiones medulares que plan-

teó el caso, es decir, el cumplimiento de las reglas del debate democrático; de la representación, y de los límites del Congreso en ejercicio de las facultades regladas del art. 30. La cuestión no se limitaba a la opinión individual de un convencional sobre la modalidad de la reforma.

En torno a las atribuciones de la Convención, en punto a escoger un sistema distinto de votación del dispuesto por el Congreso, nada se dice en el voto en concurrencia.

3) *El voto en disidencia.* La disidencia correspondió, como era de esperar, al doctor FAYT, quien en este caso profundizó los argumentos que expusiera en “Polino” y que lo condujeran a afirmar una “dudosa constitucionalidad” de la cláusula cerrojo.

Aquí –casi tres meses después del primer fallo–, ingresando en el fondo de la cuestión, se inclinó por sostener que el alto tribunal tenía “la obligación ineludible de decidir que el art. 5° de la ley 24.309 quebranta los procedimientos regulares que legitiman la reforma, hace abrasión del sistema representativo, con violación de lo expresamente determinado en los arts. 1° y 30 de la Const. nacional” (consid. 21, párr. último).

El doctor FAYT declaró inadmisibles las apelaciones del Estado nacional contra las decisiones que había tomado el juez de grado, haciendo lugar al recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia de Cámara, con fundamento en la falta de competencia de dicho tribunal para acoger la apelación intentada por el Estado, con base en la doctrina de la arbitrariedad.

Luego de censurar los argumentos que utilizó la sentencia de Cámara para rechazar el amparo, el juez disidente, reafirmando su doctrina en torno a la legitimación esbozada en “Polino”, afirmó que era clara la legitimación de Romero Feris, en tanto su pretensión implicaba el derecho fundamental a que la Constitución se mantuviera, reiterando que no estaba en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las propias reglas de ese juego.

Aun desde el ángulo corriente de la legitimación –reiteró luego–, el planteo era formulado por quien revestía el carácter de convencional constituyente electo, el que resultaba suficiente a fin de reconocerle legitimación y entender

que en el caso se estaba en presencia de una causa, en los términos del art. 2º de la ley 27, más considerando que la cuestión de fondo planteada en la demanda se relacionaba con la forma en que los representantes habían de ejercer su mandato.

Afirmó que la Constitución reconoce al pueblo como depositario único de la soberanía, cuya voluntad se manifiesta mediante el sufragio de los electores.

Ingresó, así, en la teoría de la representación política y circunscribió el conflicto a la forma en que los representantes habrían de ejercer su mandato, relevando la evolución de la representación a lo largo de la historia como forma de concluir en el abandono y rechazo del mandato imperativo para arribar a la necesaria libertad del representante, a la que identificó, ante todo, como ausencia de restricciones y como esencial al constitucionalismo moderno.

Encadenando la representación libre y sin ataduras y el procedimiento de reforma, para FAYT, en el sistema institucional argentino, el único límite que el Congreso puede fijar al obrar de la Convención –en ejercicio de las facultades que el art. 30 le adjudica– consiste en establecer las disposiciones que considere que requieren modificaciones.

Estos bordes no debía traspasarlos la Convención, porque sus poderes son limitados, pero dentro de ellos estaba facultada para efectuar la enmienda de la forma y modo que estimara conveniente.

Así, “una interpretación diversa que pretenda en forma oblicua condicionar el sentido de la reforma, a extramuros del poder reformador, equivaldría –más allá de desconocer el carácter de representantes de los convencionales y, de esta forma, violar el sistema representativo de gobierno impuesto por la ley fundamental– a convertir a la convención en un órgano de ratificación de esa misma reforma llevada a cabo no ya por la Convención sino por el Congreso, en violación del art. 30 de la Const. nacional” (consid. 20).

Finalmente, la disidencia consideró que la cuestión no había devenido abstracta por el hecho de que la Convención hubiera regulado el tema por medio de su reglamento interno, adoptando el mismo sistema de votación, pues –a criterio del magistrado– debía descartarse toda interpreta-

ción que postulara la imposibilidad de cuestionar judicialmente normas inconstitucionales por haber sido adoptadas por la mayoría de un órgano deliberativo, máxime cuando, como en la especie, las facultades de ese órgano no son ilimitadas (doctrina del caso “Ríos” –ver ap. c–).

Esta postura llevaría a impedir, lisa y llanamente, el control de constitucionalidad de cualquier ley, pues todas son aprobadas por una mayoría.

Por consiguiente, vemos que –para la disidencia– el art. 5º de la ley 24.309, que imponía a los convencionales votar por sí o por no, en conjunto, los trece temas del núcleo de coincidencias básicas, era abiertamente inconstitucional.

Asimismo, el reglamento interno dictado por la Convención reformadora, que reprodujo la norma inconstitucional bajo la misma redacción, era susceptible de control judicial.

Los interrogantes siguientes, para los que –como hemos dicho con anterioridad– su respuesta profunda excede el objetivo de esta tesis, devienen por decantación.

¿El art. 127 del reglamento interno de la Convención, que estableció un sistema de votación imperativo por sí o por no sobre el conjunto de los trece temas del núcleo de coincidencias básicas, era constitucional?

¿Podía ser exigido a los convencionales que lo impugnaron?

¿Violaba la libertad de debate y voto de los representantes de las minorías?

¿Violaba los principios de la representación política, al impedir a las minorías cumplir con sus compromisos electorales?

El voto del doctor FAYT no se pronunció sobre estas cuestiones, más allá de que podamos inferir algunas aproximaciones (entre ellas, que el juicio –cada vez más amplio– de constitucionalidad sobre los diversos aspectos del proceso de una reforma de la Constitución nacional se aproximaba en la doctrina de la Corte).

f) *EL CASO “FAYT”*. Si bien este caso no se encuentra en línea temporal y material con los planteos formulados en los casos “Polino” y “Romero Feris”, se refiere –como anticipa-

mos— al proceso de reforma constitucional acaecido en 1994 por medio de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma. Data de 1999, es decir, varios años después de producida la reforma.

El caso debe su nombre al juez de la Corte Suprema que planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad contra dos disposiciones, incorporadas por la reforma constitucional de 1994, que entendía que lo afectaban (el art. 99, inc. 4º, párr. 3º, que establecía que para los magistrados de la justicia federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo al llegar a la edad de setenta y cinco años, siendo dicha nueva designación por cinco años, pudiendo repetirse indefinidamente, y la disposición transitoria undécima, que prescribía que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada indicada por el art. 99, inc. 4º, entraría en vigencia a los cinco años de la sanción de la reforma, o sea, el 24 de agosto de 1999).

Luego del recorrido natural por las distintas instancias de la justicia federal, el caso arribó a la Corte Suprema³⁰⁵, que se pronunció el 19 de agosto de 1999, haciendo lugar a la demanda y declarando la nulidad de la reforma introducida por la Convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4º, párr. 3º, y en la disposición transitoria undécima al art. 110 de la Const. nacional³⁰⁶.

La doctrina fijada en el caso “Fayt” significó que, por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se realizara un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la carta magna. Como es imaginable, el caso dio origen a un debate profundo en la doctrina nacional³⁰⁷.

³⁰⁵ *Fallos*, 322:1616.

³⁰⁶ El art. 110 de la Constitución es el anterior art. 96, que establece los principios de inamovilidad de los jueces en los cargos mientras dure su buena conducta, y la no disminución de sus retribuciones. El fallo fue suscripto por los doctores NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR, BELLUSCIO, LÓPEZ, VÁZQUEZ y BOSSERT, los dos últimos según su propio voto y con disidencia parcial, respectivamente.

³⁰⁷ A favor de la decisión de la Corte Suprema pueden verse, entre otros, FAYT, *El “self moving”*; SÁNCHEZ MARÍNCOLO, *La inconstitucionalidad y*

Por tratarse de una decisión judicial de capital importancia, interesa detenerse, antes que en su crítica, en la descripción de su estructura argumental.

La Corte Suprema comenzó por afirmar el carácter justificable de la cuestión al existir "causa", pues el actor invocó ante el Poder Judicial la protección de un derecho (el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez del tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución nacional y de acuerdo con alcance que dicha garantía le reconocía el consid. 5°. Habiendo el Estado nacional resistido dicha pretensión, se configuró una controversia entre partes que remitió al estudio de puntos regidos por normas constitucionales.

Seguidamente, el alto tribunal afirmó que su control de constitucionalidad correspondía, aunque "lo atinente al contenido de una reforma constitucional haya sido atribuido válidamente a un poder distinto del Judicial, pues aun en

nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional, LL, *Actualidad*, 2/11/99, p. 1; MIDÓN, *Los límites del poder constituyente. A propósito del caso "Fayt"*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 169, p. 6; GIL DOMÍNGUEZ, *El caso "Fayt": una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 170, p. 4; GARCÍA BELSUNCE, *La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional-Implicancias de su declaración*, "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", anticipo de *Anales*, año XLV, 2ª época, n° 38, p. 175. Se debe sumar a este sector de la doctrina a SPOTA, quien así se manifestó en su intervención en el debate celebrado en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, con motivo de la reunión convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mar. 2000. En contra de la decisión de la Corte Suprema, HERNÁNDEZ, *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*; SABSAY, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", n° 3, 1999, p. 119 a 137; COLAUTTI, *Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial*, JA, 1999-IV-647; GARCÍA LEMA, *Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99 inciso 4° de la Constitución nacional*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 172, p. 10; SERRANO, *El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 167, p. 2 y 3; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 364. Se debe sumar a este sector de la doctrina a FRÍAS, SAGUÉS, JIMÉNEZ y ARMAGNAGUE, quienes así se manifestaron en sus intervenciones en el debate celebrado en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, con motivo de la reunión convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mar. 2000.

tales hipótesis siempre este departamento, a la luz de la Constitución, está habilitado para juzgar en los casos que se le planteen, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a las que está sujeto... Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (*Fallos*, 137:47) y es el resorte de esta Corte juzgar 'la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' (*Fallos*, 210:1095) y 'excedencia de sus atribuciones' en los que éstos puedan incurrir (*Fallos*, 254:43)".

Posteriormente, en el consid. 6º, la Corte Suprema pronunció una de sus principales proposiciones. Dijo allí que la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución fue elaborada por el tribunal hace más de treinta años, surgiendo de la recta interpretación de la sentencia dictada en "Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA"³⁰⁸.

En este precedente se aplicó a la actividad de una Convención reformadora, el principio jurisprudencial que limitaba las facultades jurisdiccionales respecto del procedimiento de formación y sanción de las leyes. Sin embargo, se afirmó que esa regla general sólo cedería si se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionaron la sanción de la norma constitucional reformada.

Lo cierto es que nunca, hasta "Fayt", la Corte Suprema se había referido explícitamente a la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución, más allá de que veamos que en "Soria de Guerrero" el alto tribunal trazó una línea al respecto.

Seguidamente, en el consid. 7º, el tribunal recordó la doctrina citada en "Ríos"³⁰⁹, en cuanto a que la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación constitucional sobre la que descansa.

³⁰⁸ *Fallos*, 256:556.

³⁰⁹ *Fallos*, 313:605.

Consecuentemente, en la adecuación o en el exceso respecto de esos límites residía la cuestión a resolver en el *sub lite*, y el tribunal dijo centrar su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora.

En esta comprensión la Corte Suprema afirmó, en el consid. 13, que si bien el art. 2º, inc. a, de la ley 24.309 habilitó a modificar el art. 99 –numeración anterior a la reforma– del Capítulo I, Sección Tercera, Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución nacional, y si bien el art. 2º, inc. c, de la ley que se examinaba, autorizó la incorporación de un nuevo artículo en ese capítulo, que (como se dijo) está dedicado a tratar la naturaleza del Poder Judicial de la Nación, ello sólo se correlacionaba con el ap. H del Núcleo de Coincidencias Básicas y respondía a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura, cuyo rol institucional y atribuciones conciernen al Poder Judicial de la Nación.

Luego, en el consid. 14 sostuvo que no podía admitirse razonablemente que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional (a saber, la intervención del presidente en la designación de magistrados federales –art. 99, inc. 4º–), materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5º, del texto anterior había sido incluido en el art. 2º, inc. a, de la ley 24.309, la Convención reformadora incorporara una cláusula notoriamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía a favor de la totalidad de los habitantes.

Lo expuesto llevó al alto tribunal a la conclusión, fijada en el consid. 15, de que “esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no

reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado del Núcleo de Coincidencias Básicas incorporado a la ley 24.309– el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo”.

Ahora bien, la sentencia de la Corte Suprema en este caso constituye una verdadera declaración de política judicial, no sólo porque efectúa control jurisdiccional sobre el procedimiento de la reforma constitucional –como lo afirma expresamente el alto tribunal–, sino porque, al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces, sesgó el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el tribunal lo negara expresamente en el consid. 16³¹⁰.

Por último, no podemos dejar de lado la formulación de un comentario en torno a la parte resolutoria de la sentencia que dispuso la nulidad de la disposición normativa. ¿Por qué nulidad y no declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso?

El modelo de control de constitucionalidad argentino, tomado del estadounidense, dispone la inaplicabilidad de la norma al caso concreto y no su expulsión del sistema, en el cual mantiene su vigencia general.

No obstante, en “Fayt” todo parece sugerir que las intenciones del tribunal fueron expulsar del sistema las reglas enjuiciadas, con independencia de que carezca de potestades para hacerlo, conforme a las características del sistema de control de constitucionalidad vigente³¹¹.

³¹⁰ En los consid. 6° y 8° se había preanunciado una expresa referencia sobre el control judicial al proceso de reforma y se referenció a que la característica de la Convención reformadora era la de contar con poderes limitados. En el consid. 16, la Corte Suprema sostuvo que la sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial–, sino la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora.

³¹¹ La disidencia parcial del doctor BOSSERT propuso la confirmación de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, en cuanto hacía lugar a la acción declarativa para el caso concreto.

Si a ello sumamos que los ministros que suscribieron la sentencia no se vieron motivados a excusarse cuando, en atención al fondo de la cuestión, tenían un claro interés en la solución del caso, comprendemos el cúmulo de razones por las cuales el caso “Fayt” se ha constituido como centro de debate de la doctrina constitucional y como un precedente abierto.

g) *EL CASO “COLEGIO DE ABOGADOS DE TUCUMÁN”*. El caso se produce en el marco de la reforma que sufriera la Constitución de la provincia de Tucumán en el año 2006, la cual se encuadra en la segunda ola reformista del derecho público provincial, desde la recuperación de la democracia en la década de los ochenta³¹².

El Colegio de Abogados de Tucumán promovió demanda de inconstitucionalidad contra la Convención Constituyente de Tucumán (luego encauzada contra el Gobierno de la provincia, en atención al cese de las funciones de la Convención) por cinco pretensiones procesales, de las cuales finalmente la Corte Suprema tucumana acogió dos, declarando la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción de la reforma incorporada a los arts. 155 y 166 de la Const. tucumana (introducción del sistema de enmienda constitucional), así como la nulidad e inconstitucionalidad parcial de la sanción de la reforma incorporada a los arts. 101, inc. 5º, y 162, y del decr. 1820/14 del Poder Ejecutivo provincial (introducción de un Consejo Asesor de la Magistratura, bajo la dependencia del Poder Ejecutivo)³¹³.

El fallo es extenso, polémico y aborda gran cantidad de conflictos constitucionales; entre otros, el examen de cons-

³¹² CContAdm Tucumán, Sala II, 5/2/08, LLNOA, 2008-85, confirmada parcialmente por CS Tucumán, Sala Lab y ContAdm, 8/9/08, LLNOA, 2008-844.

³¹³ El tribunal de grado había hecho lugar a un tercer pedido de inconstitucionalidad (la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción de la reforma incorporada al art. 129 de la Const. de Tucumán –Jurado de Enjuiciamiento–), declarando que la incertidumbre sobre la constitucionalidad de este artículo se superaba válidamente, en tanto la representación legislativa en el Jurado de Enjuiciamiento se integrara con la participación de dos legisladores –como mínimo– que no pertenecieran al bloque oficialista ni a bloques del partido o alianza política con representación mayoritaria en la Legislatura.

titucionalidad de los *interna corporis*, algunos problemas que todavía circundan alrededor de la legitimación, la extensión de la cláusula de garantía federal del art. 5° de la Const. nacional y, particularmente, los alcances de la sujeción de la Convención Constituyente a la ley de habilitación.

El conflicto constitucional –al igual que en “Fayt”– se generó entre la interpretación del contenido y los alcances de la ley declarativa que habilitó la reforma (ley 7469) y la actuación normativa de la Convención.

Respecto de esta cuestión, reconociendo la idea de que la “soberanía” de la Convención ha perdido la intensidad que tenía en otros tiempos, hay un parámetro general que resulta claro y medianamente pacífico a la luz de la jurisprudencia actual, y es que la propuesta de reforma de la norma de habilitación no es vinculante para el órgano reformador, en el sentido de que lo obligue a tratar todos los temas previstos, pero que la Convención Constituyente no puede efectuar la reforma fuera de los puntos habilitados.

A criterio del fallo, la habilitación de una “modificación” genérica a determinados artículos de la Constitución de Tucumán no alcanzaba para habilitar inequívocamente la incorporación específica de innovaciones no comprendidas en el texto preexistente, siendo necesaria la identificación conceptual de las innovaciones institucionales para que quedara habilitada su incorporación.

En resumen, se descalificó el instituto agregado en razón de que la “enmienda” no estaba prevista –de antemano– en el listado de agregados habilitados por la ley, no había sido mencionada en la deliberación preconstituyente y no figuraba, por ende, en el temario publicado, basado en el cual se convocó a elegir convencionales constituyentes.

Según el criterio de control, la Convención se arrogó una innovación de enorme trascendencia constitucional, como es la introducción de un nuevo sistema de reforma constitucional, no prevista en la fuente puntual de competencia, alterando la esencia de los puntos especificados o la frontera del art. 152 de la Constitución provincial, en cuanto establece que “la Convención no podrá comprender en la reforma otros puntos que los especificados en la ley de convocatoria”.

La inconstitucionalidad parcial de la sanción de la reforma incorporada a los arts. 101, inc. 5, y 162, y del decr. 1820/14, del Poder Ejecutivo provincial (introducción de un Consejo Asesor de la Magistratura, bajo la dependencia del Poder Ejecutivo), generó mayores dudas que certezas sobre el modo en que ha sido utilizada por el tribunal la herramienta del control constitucional, más allá de que compartimos los valores y principios que rodean la conformación constitucional que se plantea del instituto.

En este caso, se reconoce expresamente que el mecanismo se encontraba dentro de la habilitación para “incorporaciones”, cuya conveniencia debía juzgar la Convención reformadora, eliminando de plano el vicio de competencia que justificó la declaración de inconstitucionalidad respecto de la introducción del instituto de enmienda.

Sin embargo, se hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad, argumentando que la incorporación se encontraba viciada por el hecho de que el Consejo Asesor de la Magistratura se ubicaba bajo la organización del Poder Ejecutivo y no del Judicial, como correspondía –a criterio del tribunal–, atento a la naturaleza de la institución.

Cabe interrogarse sobre si la sentencia –en muchos de sus pasajes– no refleja la visión particular de los jueces de la arquitectura social, corriendo el riesgo de tornarse autocontradictoria, al enfrentarse con los mismos principios de separación de poderes que pretenden proteger.

Desde otra óptica, constituyó un enorme esfuerzo de interpretación constitucional, tendiente a ajustar el movimiento político mayoritario de la provincia de Tucumán a los límites que la Constitución local, y el bloque de constitucionalidad federal impone, tarea que encierra –más allá de su acierto o error– la defensa de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad tucumana y la preservación institucional de la provincia, frente al proceso de desconstitucionalización que progresivamente vive la República.

CAPÍTULO V

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

§ 65. *INTRODUCCIÓN.* – La lucha del constitucionalismo por la limitación del poder y el reconocimiento y vigencia de los derechos del ser humano aspira –en su largo derrotero desde el siglo XVII– a la integración de un derecho universal o *ius commune universalis*, que se funda en los valores que emanan de la dignidad humana a través de su denominación moderna de derechos humanos, que recuerda al derecho natural, como expusiera DE VERGOTTINI¹.

Así, los derechos han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo. El derecho constitucional ha estado y sigue estando, con mayor o menor intensidad en distintos países del mundo, motivado por la idea de que sólo el Estado de derecho, es decir, sólo un Estado organizado con sujeción a la ley y fundado en la soberanía popular, puede garantizar la libertad y los derechos.

Esta aspiración, que sufrió duros embates por los regímenes totalitarios en nombre de la soberanía estatal absoluta, generó –luego de la catástrofe de la Segunda Gran Guerra– un orden caracterizado por la internacionalización de los derechos en los ámbitos regionales (en América la Organización de Estados Americanos –OEA–) y en el universal (las Naciones Unidas –UN–), lo que provocó la apertura y universalización del derecho constitucional y su integración con el derecho internacional, para dar nacimiento a

¹ DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales.*

una nueva disciplina: el denominado derecho de los derechos humanos.

Esta nueva disciplina nos ha traído diversas técnicas normativas, ya sea de declaración, de interpretación e incluso de constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, creando un espacio común de los derechos. Se ha configurado así lo que ha dado en llamarse –siguiendo a CAPPELETTI– la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel meta nacional y uniforme².

Como consecuencia de esta situación, los tribunales nacionales argentinos (a partir de la ratificación legislativa de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– acaecida en 1984) tienen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose, por consiguiente, la necesidad de congeniar la jurisprudencia nacional con la internacional emanada de los órganos creados por la CADH para la protección de los derechos que ella enumera: la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Consolidando la tendencia que venimos exponiendo, nuestra Corte Suprema de Justicia, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”³, estableció la subordinación del derecho interno argentino al derecho internacional, la cual –según esta sentencia– existía desde que la Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴, y en 1994 la reforma constitucional además de ratificar en el art. 75, inc. 22, la doctrina sentada en “Ekmekdjian”, estableció también que ciertos tratados sobre derechos humanos –entre ellos, la CADH– “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”.

La frase “en las condiciones de su vigencia” da motivo a posiciones encontradas. Sin embargo, en este punto, nada mejor que seguir la opinión de los constituyentes. RODOLFO

² Cfr. HITTERS - FAPPIANO, *Derecho internacional de los derechos humanos*.

³ *Fallos*, 315:1492.

⁴ Firmada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por ley 19.865. Entró en vigor para nuestro país el 27 de enero de 1980.

C. BARRA, miembro informante de la mayoría en el tratamiento del art. 75, inc. 22, decía: “Quiero señalar que con las reformas que vamos a introducir a la Constitución y con las cláusulas que no hemos modificado ni vamos a modificar, los tratados ingresan a nuestro ordenamiento jurídico interno y obligan al país con el exterior sólo cuando son aprobados por ley del Congreso y ratificados con el depósito que debe hacer el Poder Ejecutivo, como corresponde, según las normas del derecho internacional. Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros”⁵.

A su vez, HORACIO ROSATTI, vicepresidente primero del bloque mayoritario de la Convención, sostiene: “me consta que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ –referida a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos– fue considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘tal como los incorporó el orden jurídico argentino’, o sea, en su caso, con sus declaraciones interpretativas o sus reservas. Pero hoy el Poder Judicial entiende la expresión en sentido bien distinto, como un equivalente de ‘tal como los interpretan los tribunales internacionales’. ¡Y los jueces dicen que ello surge de la opinión de los convencionales!”⁶.

Se lee que “fruto de este nuevo orden constitucional –integrado desde 1994 por un texto múltiple y abierto, susceptible de ser ampliado sin necesidad de convocar a una convención constituyente⁷– la Corte Suprema, prime-

⁵ BARRA, en la Sesión 3ª, Reunión 23 del 3/8/94, *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, p. 2947 a 3090. Cfr. BIANCHI, *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, LL, *supl. Derecho Constitucional*, sep. 2010, y LL, 2010-E-426.

⁶ Prólogo a AMAYA, *Procesos mayoritarios y minorías políticas*.

⁷ Este inciso abrió la puerta a la flexibilidad de la Constitución al disponer que “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”, pues de tal manera el Congreso se ha convertido en una convención constituyente. Así lo había advertido VANOSI apenas

ro en ‘Ekmekdjian’ y luego, como veremos, en ‘Mazzeo’⁸, incorporó la doctrina del llamado ‘control de convencionalidad’, al que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando resuelve casos contenciosos. Definido sin dar muchos rodeos, se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial”⁹.

§ 66. **EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SUS CAMBIOS. INCORPORACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA AL SISTEMA INTERAMERICANO: EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** – El principio de supremacía constitucional hasta la reforma de 1994 estaba definido, principalmente, por los arts. 27 y 31 de la Const. nacional, que establecían la prioridad del derecho federal, constituido por la Constitución, las leyes federales y los tratados con potencias extranjeras, sobre el derecho local. Este contexto del derecho federal era considerado como “la ley suprema de la Nación”.

Aplicando una teoría dualista, la CSJN tenía establecido desde 1947, en el caso “Merck Química”¹⁰, que el derecho interno se priorizaba sobre el derecho internacional en épocas de guerra y viceversa en épocas de paz.

Efectivamente, antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, la República Argentina había declarado formalmente la guerra a las potencias del Eje Berlín-Tokio. Como consecuencia de ello, el Poder Ejecutivo de facto había dictado diversos decretos leyes para vigilar, incautar y disponer de bienes de la “propiedad enemiga” radicados en el país, soslayando los procedimientos judiciales ordinarios y por aplicación de la teoría de los poderes de guerra.

sancionada la reforma constitucional, en *La constitución evanescente (Una reforma espasmódica)*, LL, 1994-E-1246.

⁸ Fallos, 330:3248.

⁹ Cfr. BIANCHI, *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, LL, supl. Derecho Constitucional, sep. de 2010, y LL, 2010-E-426.

¹⁰ Fallos, 211:162 y 193.

Según el Gobierno nacional, tales poderes eran discrecionales y, por consiguiente, no estaban sujetos al control judicial.

En el caso, la actora era una importante empresa química, de origen alemán, radicada en la Argentina que decidió recurrir a la justicia por lo que entendía era una flagrante violación de la Constitución y los tratados a los que había adherido la República, ya que se le conculcaba principalmente el derecho de propiedad y la garantía de defensa en juicio. Habiendo obtenido un fallo adverso de la Cámara Federal de la Capital, apeló por vía extraordinaria.

La importancia de este decisorio de la CSJN radicó en el reconocimiento de la primacía del derecho internacional por sobre el derecho constitucional interno cuando se trata de *casus belli*.

Dejó sentado expresamente que en estado de paz ningún tratado puede serle opuesto a la República, que no estuviese “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en (la) Constitución” (art. 27, Const. nacional). “Pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia –eventualidad extraña a la reglas del art. 27, Const. nacional– la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados”.

La CADH, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, junto con los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano, la Comisión y la Corte, fue ratificada legislativamente por la Argentina en marzo de 1984, por ley 23.054, pasando a integrar, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la Const. federal, la ley suprema de la Nación junto con la Constitución y las leyes federales y quedando sujeta a la interpretación que el máximo tribunal interno del país tenía establecida en torno a la jerarquía del derecho internacional.

La Argentina reconoció –por el art. 2º de la ley ratificatoria– la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

El primer indicio en la priorización definitiva del derecho internacional sobre el interno se da, como vimos, en 1992, cuando la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” falló: “Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹¹.

En junio de 1988, el señor Dalmiro Sáenz expresó algunas frases en una presentación televisiva que involucraban a Jesucristo y la Virgen María. El recordado maestro del derecho constitucional Miguel Ekmekdjian, al sentirse “profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos” por dichas frases, dedujo una intimación dirigida al conductor del ciclo –Gerardo Sofovich– para que en el mismo programa se diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Dalmiro Sáenz.

Ante la negativa del conductor del programa de leer la carta documento, el accionante inició un juicio de amparo fundado en el derecho de réplica basándose para ello en el art. 33 de la Const. nacional y en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica¹².

En primera instancia, el juez rechazó la demanda bajo los argumentos de que no tenía lugar el derecho de réplica por no haber mediado una afectación a la personalidad, y que el derecho de réplica no podía considerarse derecho positivo interno porque no había sido aún reglamentado. La Cámara de Apelaciones resolvió en igual sentido que el juez de primera instancia.

Como consecuencia de estos rechazos, el actor dedujo recurso extraordinario ante la Cámara pero no le fue concedi-

¹¹ CSJN, 7/7/92, *Fallos*, 315:1492, consid. 21. La sentencia se dictó con mayoría muy ajustada, ya que los ministros PETRACCHI, MOLINE O’CONNOR, LEVENE y BELLUSCIO votaron en disidencia por confirmar la sentencia del inferior.

¹² Art. 33, *Const. nacional*. – *Derechos y garantías implícitos*. “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Art. 14, *CADH*. – “*Derecho de rectificación o respuesta*. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

do, lo que motivó que Ekmekdjian presentara una queja por denegación de recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

La Corte hizo lugar a la queja declarando procedente el recurso extraordinario, al manifestar que debía pronunciarse por tratarse de una cuestión federal en cuanto se cuestionaban cláusulas de la Constitución (art. 33) y del Pacto de San José de Costa Rica (art. 14). Interpretó que al expresar el Pacto de San José (art. 14) “en las condiciones que establezca la ley”, se refería a cuestiones tales como el espacio en que se debe responder o en qué lapso de tiempo puede ejercerse el derecho, y no –como se había considerado en jurisprudencia anterior de la Corte– que la frase se refería a la necesidad de que se dictara una ley que estableciera que el derecho de réplica fuera considerado derecho positivo interno¹³.

Por lo tanto, el derecho de réplica integraba nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que se dictara ninguna ley.

Para fundamentar estas conclusiones, la Corte se basó en el art. 31 de la Const. nacional y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde se confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. En consecuencia, se resolvió hacer lugar al derecho de réplica ordenando la aclaración inmediata y gratuita en el mismo medio en el cual se habían vertido las manifestaciones cuestionadas.

Dos años más tarde, en 1994, al reformarse la Constitución federal, la CADH obtiene su certificado de mayoría o un salto cualitativo en su normatividad constitucional y en la de los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano: la Comisión y la Corte. Por dicha reforma, y conforme al art. 75, inc. 22, la CADH y por consiguiente todo el sistema interamericano que ella organiza, adquiere –junto con otros diez tratados de derechos humanos– jerarquía constitucional.

Es decir que hoy el principio de supremacía constitucional en la Argentina se integra en su cúspide por una doble

¹³ Nos referimos al caso de la CSJN, 1/12/88, “Ekmekdjian c/Neustadt”.

fuente (interna e internacional): la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos que recibieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional, o aquellos que el Poder Legislativo le otorgó u otorgue en el futuro dicha jerarquía a través del procedimiento legislativo de ratificación con mayoría calificada. Esta doble fuente que integra la supremacía constitucional argentina se denomina “bloque de constitucionalidad federal”¹⁴.

Por debajo del bloque todo es derecho infra constitucional, dejando aclarado que el derecho internacional se prioriza sobre el derecho interno en atención a lo dispuesto por la propia Constitución en la norma citada.

§ 67. **OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ADECUARSE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.** – En consonancia con esta entrada en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, los Estados se comprometieron a acatar las decisiones del sistema interamericano y, por el otro, a cumplimentar políticas que tiendan al desarrollo del marco de protección.

De hecho, el sistema democrático y republicano de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos presupone la existencia de un contorno normativo que engloba al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

§ 68. **OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS.** – Como principal obligación del Estado, surge la de respetar los derechos consagrados en la Convención, situación básica de pertenencia al sistema, integrándolas al derecho positivo. Así fue consagrado que: “De la obligación general que tiene el Estado, a la luz del art. 1.1 del Pacto de San José, de garantizar el respeto de los derechos humanos deriva el deber instrumental de proveer a la persecución de una conducta ilícita que contravenga las normas del Pacto y lesione bienes jurídicos tutelados bajo el concepto de derechos humanos. Es evidente que esta persecución (que puede reflejarse en una serie de actos del Estado: tipificación, enjuiciamien-

¹⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental*, t. I-A, cap. V, p. 398 a 473.

to, sentencia, ejecución, con notorio alcance en materia penal, pero aplicaciones relevantes en otros espacios del sistema de previsiones públicas frente a comportamientos ilícitos) debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende. Si no lo fuese dejaría de cumplir esta función garantizadora y se traduciría en inobservancia de una obligación estatal que no puede ser atendida de cualquier manera, en forma arbitraria o irracional”¹⁵.

Se colige que el Estado pasa a constituirse en el primer garante de los derechos de las personas, estando comprometido a instrumentar los medios para que los derechos no sólo sean reconocidos, sino también respetados: “la Corte recuerda que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la persona, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional”¹⁶.

En el caso “Fornerón vs. Argentina”, la Corte ratifica y complementa la posición asumida: “Este tribunal ha afirmado en otras oportunidades que ‘en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas’. En la Convención Americana este principio es recogido en su art. 2, que establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos”¹⁷.

¹⁵ CIDH, 26/9/06, “Vargas Areco vs. Paraguay”, voto razonado de SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, párr. 9.

¹⁶ CIDH, 24/11/06, “Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú”, párr. 66.

¹⁷ CIDH, 27/4/12, “Fornerón vs. Argentina”, párr. 130.

§ 69. **OBLIGACIÓN DE ORGANIZAR LAS ESTRUCTURAS DEL PODER PÚBLICO.** – La obligación no se circunscribe exclusivamente al respeto de los derechos, compeliendo al Estado a reestructurar la funcionalidad del poder público, adecuándolas a un conveniente cumplimiento. En el caso “Sawhoyamaya”, la Corte refería: “Finalmente, debe recordarse que, con fundamento al art. 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁸.

En el caso Suárez Peralta vs. Ecuador (2013), ponderaba:

“Al respecto, esta Corte ha sostenido que, en aplicación del art. 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados se comprometen no sólo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). En este sentido, la Corte ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁹.

§ 70. **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.** El concepto de control de convencionalidad es una noción edificada progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue descubriéndose paulatinamente hasta su actual consolidación.

La Corte IDH, desde sus albores, ha proclamado la idea pero sin tipificarla con la denominación que hoy se la conoce. Así, en la opinión consultiva 2/28, de 1982, sienta la postura que los Estados una vez que aprueban un tratado

¹⁸ CIDH, 29/3/06, “Sawhoyamaya vs. Paraguay”, párr. 142; también 17/6/05, “Yakye Axa vs. Paraguay”, párr. 153.

¹⁹ CIDH, 21/5/13, “Suarez Peralta vs. Ecuador”, párr. 127.

internacional se someten a un orden legal, donde asumen obligaciones en beneficio del bien común, contrayendo responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción, no pudiendo esgrimir obstáculos para su aplicabilidad práctica. Refleja una noción de antaño, más precisamente desde los orígenes de la jurisdicción internacional sostenida en la Convención de Viena, aunque no conocida por aquel entonces con el nombre que se la identifica en la actualidad.

Existe consenso entre los doctrinarios en otorgar la paternidad de la expresión “control de convencionalidad” a GARCÍA RAMÍREZ (México), ex juez y presidente de la Corte IDH, que la utiliza por vez primera en un voto razonado emitido en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, suponiendo una institución de origen reciente y en plena etapa de consolidación y afirmación²⁰. En el marco de esta primera casuística, afincó dicha expresión que poco a poco fue utilizada en los demás casos posteriores.

Desde aquel momento comienza a construirse una secuencia evolutiva del “control de convencionalidad” que se desarrolla en fallos posteriores. Así, en el año 2006, al resolver el caso “Almonacid Arellano y otros” respecto del Estado de Chile, el tribunal declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “el [Poder] Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “el [Poder] Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”²¹. Si bien la Corte declaró “[ser] consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, [...] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, recordó que

²⁰ CIDH, 25/11/13, “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, voto concurrente de GARCÍA RAMÍREZ, párr. 27.

²¹ CIDH, 26/9/06, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, serie C, n° 154, párr. 123.

“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad[o]s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Para ello, el tribunal indicó que el Poder Judicial debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana.

Aunado a ello, el tribunal estableció que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²². Como fundamento de tal afirmación, la Corte citó su opinión consultiva sobre la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, recordando lo dispuesto por el ya citado art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²³.

Casi dos meses después, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)”, respecto del Perú, la Corte enfatizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ya no “un cierto” control conforme se indicó en “Almonacid Arellano y otros”, sino un control “de convencionalidad”²⁴.

En este ejercicio de precisión del concepto, la Corte Interamericana se refirió a algunas características específicas de dicho control.

a) Es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales co-

²² CIDH, 26/9/06, “Almonacid Arellano y otros, vs. Chile”, serie C, n° 154, párr. 124.

²³ CIDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), opinión consultiva OC-14/94, 9/12/94, serie A, n° 14, párr. 35.

²⁴ CIDH, 24/11/06, “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, serie C, n° 158.

rrespondientes”. En ese sentido, esta “función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

b) Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna.

c) Es de aplicación también en un eventual “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales”.

En su voto razonado a dicha sentencia, el entonces juez del tribunal, GARCÍA RAMÍREZ, señaló que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al “control de convencionalidad” teniendo a la vista “la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana”, “la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”. Cita a modo de ejemplo, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada²⁵.

²⁵ CIDH, 24/11/06, “Trabajadores cesados del Congreso”, voto razonado de GARCÍA RAMÍREZ, párr. 2. Al respecto, SAGÜES ha señalado que queda “la incógnita de determinar si en verdad la Corte Interamericana ha querido conscientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado”. Para dicho autor, “un punto que merece en el futuro de una pronta y clara explicitación por parte de [la] Corte, ya que involucra temas tales como si todos los tratados de derechos humanos tienen para los países ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica rango supraconstitucional, y si es obligación –o no– de todos los jueces del área inaplicar, incluso de oficio, las reglas locales que lo contradigan” [*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, “Revista Estudios Constitucionales”, vol. 8, 2010 (1), p. 126 y 127].

Conforme lo señaló GARCÍA RAMÍREZ, “de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”²⁶.

§ 71. *LA INTERRELACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES EXTRANJEROS. EL LLAMADO DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL.* De la conformación de un “bloque de constitucionalidad” integrado por normas de derecho interno e internacional, y por órganos de igual carácter, emerge la problemática de la priorización y armonización de fuentes. El hecho de que un tribunal haga referencia o cite a la jurisprudencia de otro tribunal –algo habitual en la estructura de la jurisprudencia– no constituye de por sí un diálogo interjurisdiccional. Esto solamente ocurre cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente, y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso.

La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia a través de

²⁶ Esta jurisprudencia fue reiterada en “Boyce y otros”, respecto del Estado de Barbados, 20/11/07, serie C, n° 169, párr. 79. En 2008, los estándares sobre “control de convencionalidad” fueron citados en la causa “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, 12/8/08, serie C, n° 186, párr. 180, “Rosendo Radilla Pacheco vs. México”, 23/11/09, serie C, n° 209, párr. 339. En 2010, “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, 26/5/10, serie C, n° 213, párr. 208; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 24/8/10, serie C, n° 214, párr. 311; “Fernández Ortega y otros vs. México”, 30/8/10, serie C, n° 215, párr. 234; “Rosendo Cantú y otra vs. México”, 31/8/10, serie C, n° 216, párr. 219; “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, 1/9/10, serie C, n° 217, párr. 202; “Vélez Lóor vs. Panamá”, 23/11/10, serie C, n° 218, párr. 287; “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, 24/11/10, serie C, n° 219, párr. 106, y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26/11/10. En 2011, los estándares sobre el “control de convencionalidad” fueron citados en cuatro sentencias en los casos “Gelman vs. Uruguay”, 1/7/11, serie C, n° 227, párrs. 164 a 171; “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, 1/7/11, serie C, n° 227, párrs. 164 a 171; “López Mendoza vs. Venezuela”, 1/9/11, serie C, n° 233, párrs. 226 y 227; y “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, 29/11/11, serie C, n° 238, párr. 93. Cfr. IBÁÑEZ RIVAS, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, “Anuario de Derechos Humanos 2012”, p. 108 a 111, www.anuarioicdh.uchile.cl.

un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial. De esta forma, la jurisprudencia recibida produce una fertilización en la receptora²⁷.

¿A habido algún diálogo interjurisdiccional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina? ¿En caso afirmativo, cómo se ha dado y con qué valor?

Nos referiremos tanto al diálogo vertical, es decir, al mantenido con los tribunales internos del país en su carácter de máximo tribunal del sistema jurídico interno, como al horizontal, o sea, al sustentado con tribunales extranjeros, que pueden ser de igual jerarquía (cortes supremas o tribunales constitucionales de otros países) o de diferente jerarquía, como el desarrollado entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la evolución de su jurisprudencia.

§ 72. *EL MONÓLOGO REFERENCIAL CON LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.* – Bueno es recordar, previamente, dos características del sistema de gobierno argentino: su carácter federal, donde cada Estado parte o provincia dicta su propia Constitución que debe garantizar su administración de justicia, pero que la organiza en forma autónoma; y las particulares características de su sistema de control de constitucionalidad vigente desde los albores de la organización nacional, que es judicial y difuso, a similitud del modelo estadounidense nacido a partir del famoso *leading case* “Marbury v. Madison”, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1803²⁸.

El control de constitucionalidad, mecanismo institucional que tiene por objeto garantizar el principio de supremacía de la Constitución frente al resto de las normas internas, se presenta en el mundo occidental por medio de dos

²⁷ Cfr. AYALA CORAO, *Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, paraninfo del Palacio de las Academias, Caracas, Venezuela, 8/3/12.

²⁸ AMAYA, *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*.

grandes modelos, que muchos países en América han utilizado y combinado: el modelo concentrado y el modelo difuso.

Recordemos que en el modelo concentrado, típicamente europeo, la revisión es hecha exclusivamente por un Tribunal Constitucional diseñado para tales fines y la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada. En el difuso, en cambio, corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal último por vía de un recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la norma fundamental. La sentencia de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o inter partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso.

Por consiguiente, en la Argentina, al igual que en los Estados Unidos, todos los jueces de cualquier jurisdicción y competencia son jueces constitucionales, es decir, tienen la facultad de dejar sin validez pero con efecto para el caso concreto, cualquier norma de cualquier jerarquía, en la medida en que la encuentren repugnante frente a la Constitución nacional.

Otra característica interesante referida al control de constitucionalidad en el marco de análisis es que, al contrario del modelo estadounidense, en el país, como ya hemos visto, no rige la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis*, ya que no existe norma legal ni costumbre pacífica que establezca la obligación de los tribunales inferiores de acatar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, más allá de que ellos son seguidos habitualmente en razón de su valor moral, al ser la Corte Suprema el máximo intérprete de la Constitución federal.

En el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –como anticipamos–, denominamos a su proceso de evolución en el intercambio dialogal con otros tribunales “del monólogo referencial del control de constitucionalidad al

diálogo bidireccional del control de convencionalidad”. Trataremos de explicar esta afirmación²⁹.

Desde su instalación en el año 1863, el máximo tribunal de la Nación se sintió obligado –como forma de fundamentar sus fallos– a hacer referencia argumentativa directa a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en razón de la similitud de los modelos constitucionales, ya que, como bien dijo el principal redactor de la Constitución de 1853, el texto constitucional argentino había sido vaciado en el modelo estadounidense³⁰.

La Corte, por muchos años y aún hoy pero en forma muy atenuada, invocó la jurisprudencia de la Corte estadounidense, aunque más que una situación dialogal en este caso podríamos hablar de una situación de monólogo referencial, ya que esta relación se daba exclusivamente en una sola dirección y sin efectuar –la mayoría de las veces– un proceso razonado y profundo de la jurisprudencia del tribunal emisor, sino más bien a través de la descripción breve del caso extranjero aplicable al caso argentino en razón de la similitud del modelo constitucional.

Desde esta situación de monólogo unilateral o referencial hasta la actualidad, la Argentina ha recorrido un largo camino en lo que hace a la incorporación de normas internacionales a su derecho interno y al consecuente diálogo interjurisdiccional con tribunales extranjeros.

§ 73. *EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CON LA CORTE INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SUS DISTINTAS INTENSIDADES.* ¿Cuál ha sido la evolución de la Corte Suprema argentina en el diálogo interjurisdiccional luego de la relación histórica

²⁹ Esta posición fue sostenida por nosotros en el Primer Encuentro Italo-Argentino-Brasileño de Derecho Constitucional, 5 al 8 de marzo de 2013, Parma-Ravenna-Bologna, organizado por la Università Degli Studi di Bologna – Università Degli Studi di Parma – Instituto Iberoamericano de derecho constitucional (Sezione Italiana).

³⁰ El principal redactor de la Constitución Argentina de 1853 fue BENJAMÍN GOROSTIAGA. Sobre similitudes o diferencias con la Constitución de los Estados Unidos puede verse el conocido trabajo de VANOSSE, *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*, en AMAYA (coord.), “Visiones de una Constitución”.

con la Corte Suprema estadounidense, considerando que desde 1994 posee jerarquía constitucional la CADH y, por consiguiente, las decisiones de la CIDH constituyen –a priori– una pauta vinculante en su carácter de máximo intérprete de los derechos enumerados en la Convención?

El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema comenzó progresivamente desde los años noventa³¹, y si bien hoy sus fallos y jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales argentinos, teniendo éstos la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de ellos ha hecho la Corte, incluso de oficio, es decir, sin necesidad de que exista petición de parte, el proceso de reconocimiento y aceptación de esta postura no ha sido fácil ya que la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad de factores vinculados con la falta de información, incompreensión, factores psicológicos y habitualmente ideológicos, etcétera³².

§ 74. **LA CUESTIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** – Esta Corte ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia, por lo cual ella no configura una cuarta instancia de apelación.

³¹ En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011, ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000 y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre medidas provisionales dictadas hasta 2011 en más de 110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 opiniones consultivas dictadas desde 1982.

³² Cfr. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, p. 247 y siguientes.

Por ello, ha establecido en el caso “Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú”³³ que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada” y que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”³⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú con el fin de que la Corte decidiera si el Perú era responsable por la violación del art. 25.2.c (protección judicial) de la Convención Americana, y por el incumplimiento de la obligación general dispuesta en el art. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de ella. Los hechos expuestos en la demanda se refieren al supuesto incumplimiento de sentencias emitidas entre 1996 y 2000 “proferidas por jueces de la ciudad de Lima, la Corte Superior de Justicia de Lima en segunda instancia” y el Tribunal Constitucional del Perú por vía de acción de amparo. Según la Comisión, en dichas sentencias se ordenó a la Municipalidad de Lima que “reintegre a los trabajadores [de la referida Municipalidad] despedidos por no haber concurrido a las evaluaciones que convocó esta municipalidad o no haberlas superado quienes la presentaron, ... a aquellas personas que fueron cesadas por participar en la huelga organizada por el sindicato que fue declarada ilegal [, y a] quienes fueron cesados como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Servicios Municipales de [Limpieza de Lima]”. Asimismo, según la Comisión no se cumplieron las sentencias que ordenaban “el pago a estos trabajadores de lo correspondiente a las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones,

³³ CIDH, 7/2/06, “Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú”, serie C, n° 144, párr. 167.

³⁴ CIDH, 15/9/05, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, serie C, n° 13, párr. 198; íd., 22/11/05, “Palamara Iribarne vs. Chile”, serie C, n° 135, párr. 121.

gratificaciones y demás beneficios que les fueron reconocidos en los acuerdos con el sindicato durante [1989 a 1995], así como... la entrega del local del sindicato en beneficio de los trabajadores... y ... la adjudicación y el registro sobre los terrenos de la Molina que fueron donados al sindicato para un programa de vivienda". La CIDH dispuso que el Estado debía, en el plazo de un año, garantizar a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcadas, a través de la efectiva ejecución de las sentencias de amparo. A su vez, el Estado debía, en el caso de la falta de cumplimiento de las sentencias que ordenan reponer a trabajadores en sus cargos o similares, en el plazo de un año, restablecer en dichos puestos a las víctimas y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. Si no fuera posible reponer en sus puestos o en otros similares a los trabajadores, el Estado debía proceder al pago de una indemnización por concepto de terminación de las relaciones laborales por causa injustificada. El Estado debía pagar a los trabajadores cesados respecto de quienes no se han cumplido las sentencias de amparo que ordenaron su reposición o a sus derechohabientes, en el plazo de 15 meses, una indemnización por concepto de los ingresos dejados de percibir, en los términos de los párrs. 304, 307, 319, 323, 327 y 328 de esta sentencia. El Estado debía determinar, de acuerdo al derecho interno y a través de los mecanismos correspondientes, quiénes eran las víctimas que tenían derecho a la jubilación, ya sea por su edad o salud o por cualesquiera otras circunstancias prescritas en la ley interna. En el caso de las víctimas fallecidas, las autoridades estatales competentes debían determinar, de acuerdo al derecho interno y a través de los mecanismos correspondientes, quiénes eran los beneficiarios de la correspondiente pensión por muerte.

Como vemos, esta doctrina legal tolera indirectamente la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica y ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque en los últimos tiempos ha sido acatada totalmente.

Una vez sancionada la reforma de 1994, la Corte sostuvo en el caso "Girolodi"³⁵ que "la jurisprudencia de los tri-

³⁵ CSJN, 7/4/95, *Fallos*, 318:514.

bunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”³⁶.

Un tribunal oral de la Capital Federal condenó al imputado a la pena de un mes de prisión en suspenso. Contra dicho pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de casación, fundándose a los fines de su admisibilidad en la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2º, del Cód. Proc. Penal por contrariar el derecho a la doble instancia consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Rechazado el recurso, se interpuso el remedio federal, cuya denegación dio origen a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto el pronunciamiento. Entendió que correspondía declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto por el inc. 2º del art. 459 del Cód. Proc. Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, en tanto ella no resulta adecuada a la exigencia de doble instancia contenida en el art. 8, inc. 2º, ap. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad, de las sentencias que se dicten, sobre los puntos que

³⁶ La CSJN en el caso “Jáuregui” (*Fallos*, 311:274) había resuelto que el requisito de la doble instancia se acataba con la posibilidad de incoar el recurso extraordinario federal. La Comisión Interamericana contradujo esas pautas y sostuvo en el caso “Maqueda” que el aludido remedio no cumplía con el requisito de la doble instancia (Informe de la Comisión, caso 11.086, 9/2/94). MAQUEDA intervino en el movimiento sedicioso de “La Tablada”, en el que los rebeldes tomaron una unidad militar. Por ello fue condenado en 1990 por la Cámara Federal de San Martín en virtud de un procedimiento especial regulado por la ley 23.077, que imponía el juzgamiento por dicho órgano en instancia única. Interpuso ante ese tribunal el recurso extraordinario federal, que fue rechazado, por lo que llegó en queja ante la Corte federal, la que en 1992 la repelió; por lo que el afectado llegó a la Comisión considerando que se había violado el aludido art. 8.2.h. El cuerpo interamericano emitió su informe, sosteniendo que efectivamente el Estado argentino infringió tal norma. El afectado inició –por medio de la Comisión– una demanda ante la Corte regional, y el caso terminó en una solución amistosa (previa conmutación de la pena), por lo que la Comisión desistió de la pretensión incoada. Cfr. HITTERS, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, nº 10, jul.-dic. 2008, p. 131 a 156.

hacen a su competencia, tanto de los tribunales orales en lo criminal como en lo correccional. El recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima para toda persona inculpada de delito. Como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde a la Corte Suprema, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso "Acosta", la Corte Suprema denota un claro retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones de los órganos del Pacto de San José, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno³⁷.

Efectivamente, sostiene la Corte: "Al respecto cabe destacar que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales, equiparable al recurso de revisión, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional" (consid. 13).

La Argentina fue condenada por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2002 en el caso "Cantos", por violentar los arts. 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante³⁸. Ese tribunal man-

³⁷ CSJN, 28/12/98, *Fallos*, 321:3564.

³⁸ CIDH, 28/11/02, "Cantos".

dó a la Argentina a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

En dicho asunto, la Corte no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de derecho interno. Dijo, por ejemplo, que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de defensa. Sin embargo, la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad por ser vinculante.

A comienzos de la década de 1970, el señor José María Cantos era dueño de un importante grupo empresarial en la provincia de Santiago del Estero de la República Argentina. Las empresas mencionadas eran fuente de trabajo para más de 700 personas. En marzo de 1972, la Dirección General de Rentas de la Provincia realizó una serie de allanamientos en las dependencias administrativas de las empresas por presunta infracción a la ley de sellos. En esos procedimientos se secuestró, sin inventariar, la totalidad de la documentación contable, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago de dichas empresas con terceros y firmas proveedoras, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles. A partir de ese momento, se produjo un perjuicio económico debido a la imposibilidad de operación de las mencionadas empresas por falta de los títulos correspondientes, y también por la imposibilidad de oponer defensas ante ejecuciones judiciales intentadas por terceros exigiendo el pago de obligaciones ya canceladas. Desde marzo de 1972 el señor Cantos planteó distintas acciones judiciales en defensa de sus intereses. Cantos llegó a un acuerdo con el Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero, el 15 de julio de 1982, en el que este último reconoció una deuda para con un grupo de empresas de aquél, fijando un monto indemnizatorio y una fecha de cumplimiento de la obligación. Con motivo de las acciones judiciales intentadas por el señor Cantos, éste fue objeto de "sistemáticas persecuciones y hostigamientos por parte de agentes del Estado". Así, el señor Cantos fue detenido e incomunicado en más de treinta ocasiones por agentes policiales. Los hijos del señor Cantos, menores de edad en aquella época, fueron detenidos en varias oportunidades. Incluso, la residencia de la familia Cantos tuvo apostados agentes de policía de manera permanente para impedir la entrada o salida

de cualquier persona. Según el registro de antecedentes diligenciado por la Policía de la Provincia de Santiago del Estero, entre 1972 y 1985 abrieron contra José María Cantos diecisiete causas diferentes por los delitos de estafa, defraudación y falsificación. El imputado fue sobreseído en todos los casos. El 3 de septiembre de 1996 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia rechazando la demanda e imponiendo el pago de las costas del juicio al señor Cantos. La CIDH resolvió que el Estado debía abstenerse de cobrar al señor Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de ella; que el Estado debía fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C-1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; que el Estado debía asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero quienes trabajaron en el caso; que el Estado debía levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que habían sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor José María Cantos para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados; que el Estado debía pagar a los representantes de la víctima la cantidad total de US\$ 15.000 por concepto de gastos causados en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; que el Estado debía rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento esta sentencia cada seis meses a partir de su notificación.

En el año 2003, en el caso “Bulacio”³⁹, la CIDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los arts. 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares⁴⁰.

³⁹ CSJN, 21/8/03, expte. 1307/03.

⁴⁰ Se trató de una privación de libertad en una detención masiva realizada por la policía en la ciudad de Buenos Aires, en perjuicio del niño Walter David Bulacio, de 17 años de edad. Después de su detención fue golpeado y permaneció bajo condiciones de detención inadecuadas. Debido al mal trato que sufrió fue llevado a un hospital donde falleció poco tiempo después.

Finalmente y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, el Poder Ejecutivo dispuso por un decreto que, por intermedio de la Se-

La Corte –en un interesantísimo decisorio y por entonces con una nueva integración– cambió de criterio y acató totalmente la sentencia⁴¹, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (comisario Espósito), disponiendo que se lo juzgue nuevamente⁴².

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un nuevo posicionamiento en la jurisprudencia interna. En efecto, la Corte Suprema sostuvo por mayoría que “la decisión de la CIDH... resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Sostiene que la jurisprudencia de la CIDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por el máximo tribunal, dado que en un primer momento se refería a una *guía*, y ahora a una *imprescindible pauta de interpretación*.

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el caso “Simón”⁴³, vinculado con delitos de la humanidad, donde el más alto tribunal interno decidió la inconstitucionalidad de dos leyes que consideró de impunidad, como las llamadas leyes de “obediencia debida” (ley 23.521) y “punto final” (ley 23.492), flexibilizando principios constitucionales como la irretroactividad de la ley penal (en este

cretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se llevarían a cabo las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a las sentencias (decr. 1313/08).

⁴¹ CSJN, 23/12/04, “Espósito, Miguel Á. s/incidente de prescripción”, *Fallos*, 327:5668.

⁴² Todos los integrantes de la Corte nacional (con algunas variantes argumentales) acataron el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella, como parte del Estado, debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque –en este caso– tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tiene raigambre constitucional.

⁴³ CSJN, 14/6/05, “Simón, Julio H., y otros”, *Fallos*, 328:2056. Véase nuestro análisis crítico de este fallo en AMAYA, *Ideologías políticas e ideologías judiciales: Reflexiones sobre la doctrina de la Corte Suprema argentina en torno a los delitos de lesa humanidad*, “Revista Jurídica de la Universidad de Jaén”, segunda época, n° 8, 2008.

caso, en perjuicio del reo), cosa juzgada y prescriptibilidad de las acciones⁴⁴.

La decisión que ordenaba el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón llegó a la Corte Suprema de Justicia proveniente de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Se imputaba al entonces suboficial de la Policía Federal Argentina el secuestro de José Poblete, su esposa Gertrudis Hlaczik, y la hija de ambos, Claudia Poblete, el día 27 de noviembre de 1978. Todos ellos habrían sido llevados a un centro clandestino de detención, donde el matrimonio habría sido torturado por Simón y luego trasladado sin que se conozca hasta el momento su paradero. La mayoría de los jueces declararon la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida y la constitucionalidad de la ley anulatoria que había dictado el Congreso federal, pero no todos lo hicieron sobre la base de los mismos argumentos. Debe resaltarse que cada uno de los ministros de la Corte Suprema redactó su propio voto, lo que refleja la complejidad del asunto tratado y permite concluir que no existe doctrina de la Corte en materia de inconstitucionalidad de las leyes impugnadas o en lo relativo a la constitucionalidad de la ley anulatoria del Congreso Nacional, sino diferentes doctrinas propias de cada uno de los votos, en alguna medida divergentes. El fallo se fundó principalmente en la normativa internacional e interamericana de derechos humanos, y en principios generales de derecho internacional público. Sin excepción, los jueces hicieron uso de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, entre otras, así como de las decisiones emanadas de los órganos supranacionales contralores de estos instrumentos.

§ 75. **LA OBLIGATORIEDAD PARA TODOS LOS PODERES PÚBLICOS DE LOS ESTADOS: EFECTOS “ERGA OMNES”.** – Como vimos, la CIDH, refiriéndose al derecho interno peruano en los casos “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta”, puso énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso

⁴⁴ Ver PIZZOLO, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal*, LL, 2006-D-1022.

Perú, comportándose así como un Tribunal Constitucional, anulando las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes* y amplificando su doctrina legal, sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia) a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares⁴⁵.

En el primer caso, los hechos del caso fueron los siguientes. El 3 de noviembre de 1991, aproximadamente a las 22:30 horas, seis individuos, miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, fuertemente armados y encubiertos con pasamontañas, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta n° 840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo y dispararon indiscriminadamente, matando a quince personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Investigaciones judiciales e informes periodísticos revelaron que el “Grupo Colina” llevaba a cabo su propio programa antisubversivo, en posible represalia contra presuntos integrantes de Sendero Luminoso. El Senado de la República designó a un grupo de senadores para integrar una Comisión Investigadora de los hechos, la cual no concluyó su investigación, pues el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, que se inició el 5 de abril de 1992, disolvió el Congreso y el “Congreso Constituyente Democrático” elegido en noviembre de 1992 no reanudó la investigación ni publicó lo ya investigado por la Comisión senatorial. Mientras las autoridades judiciales investigaban el caso, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, lo que derivó en el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal por la masacre.

En “Tribunal Constitucional vs. Perú”, los sucesos fueron los siguientes. El 2 de julio de 1999, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión IDH sometió a la Corte una

⁴⁵ CIDH, 14/3/01, “Barrios Altos vs. Perú”, serie C, n° 75; íd., 31/1/01, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, serie C, n° 71; íd., 26/11/06, “La Cantuta vs. Perú”.

demanda contra la República del Perú que se originó en la denuncia n° 11.760, recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de junio de 1997. La Comisión manifestó que el objeto de la demanda era que la Corte decidiera si el Estado había violado, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, los arts. 8.1 y 8.2.b, c, d y f (Garantías judiciales), 23.1.c (Derechos políticos) y 25.1 (Protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de ella. Igualmente, solicitó a la Corte que ordenara al Perú “reparar integral y adecuadamente” a dichos magistrados y reintegrarlos en el ejercicio de sus funciones, y dispusiera que se dejaran sin efecto las resoluciones de destitución 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR del 28 de mayo de 1997. La Comisión solicitó, como parte de la reparación, la indemnización de los beneficios salariales que las supuestas víctimas dejaron de percibir desde su destitución hasta la fecha de su efectiva reincorporación, así como el pago por los daños y perjuicios morales. Finalmente, la Comisión pidió que se condenara al Perú al pago de las costas y gastos “razonables” en que incurrieron las supuestas víctimas y sus abogados en la tramitación del caso en la jurisdicción peruana y ante la Comisión y la Corte Interamericanas.

En el caso, “La Cantuta vs. Perú”, los hechos fueron los siguientes. El 14 de febrero de 2006, en los términos de los arts. 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión IDH sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú, la cual se originó en la denuncia n° 11.045, recibida en la Secretaría de la Comisión el 30 de julio de 1992. En su demanda la Comisión solicitó que el tribunal declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los arts. 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 8 (Derecho a las garantías judiciales) y 25 (Derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de ella, en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. A su vez, la Comisión solicitó que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los arts. 5 (Derecho a la integridad personal),

8 (Derecho a las garantías judiciales) y 25 (Derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de ella, en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que declare que el Estado ha incumplido los arts. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención, en perjuicio de las presuntas víctimas. La demanda se refiere a la presunta violación de los derechos humanos de los mencionados, así como de sus familiares, por el supuesto secuestro de las presuntas víctimas, que se indica sucedió en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, Lima, en la madrugada del 18 de julio de 1992, el cual habría contado con la participación de efectivos del Ejército peruano, “quienes [supuestamente] secuestraron a las [presuntas] víctimas para posteriormente desaparecerlas y ejecutar sumariamente a algunas de ellas”; así como por la alegada impunidad en que se encuentran tales hechos al no haberse realizado una investigación diligente. La Comisión alega que “el caso refleja los abusos cometidos por las fuerzas militares, así como la práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, realizados por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales, como ha sido resaltado por la Comisión Interamericana desde comienzos de la década de los 90 y por la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú”. Asimismo, la Comisión sometió a conocimiento de la Corte el supuesto perjuicio que ha ocasionado el Estado a los familiares de las presuntas víctimas y solicitó al tribunal que, de conformidad con el art. 63.1 de la Convención, ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda. Por último, solicitó a la Corte que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Este temperamento ha sido receptado también por nuestra Corte Suprema, en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, en los casos “Arancibia Clavel”, “Simón”, “René Derecho” y “Mazzeo”, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales⁴⁶.

⁴⁶ CSJN, “Arancibia Clavel”, *Fallos*, 327:3312; íd., 11/7/07, “René Derecho”, *Fallos*, 330:3074; íd., 13/7/07, “Mazzeo”, *Fallos*, 330:3248.

Los hechos del caso “Arancibia Clavel” fueron los siguientes. Arancibia Clavel fue condenado a la pena de reclusión perpetua y accesorias por considerarlo partícipe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert y como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita integrada por diez o más personas con una organización de tipo militar e integrada por oficiales o suboficiales de las Fuerzas Armadas, quienes disponían de armas de fuego y explosivos y recibía apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos; entendidos a estos partícipes como miembros del gobierno de facto de Augusto Pinochet en Chile, más la colaboración de personas o funcionarios públicos argentinos en carácter de informantes o meros partícipes logísticos. El homicidio se cometió en la República Argentina por ciudadanos chilenos contra ciudadanos chilenos.

Asimismo, se acreditó que el condenado había formado parte de la la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional de Chile, facción exterior), dependiente del gobierno ya mencionado de 1974 a 1978. Dicho cuerpo constituía una asociación ilícita integrada por más de diez miembros cuya finalidad consistía en la persecución en todo el mundo de los opositores políticos exiliados y miembros del gobierno chileno derrocado, también exiliados, cuyo fin fue la persecución, la privación ilegítima de la libertad, las lesiones por medio de torturas, la sustracción de documentos para su falsificación y reutilización, como amedrentar a los exiliados que tomaren conocimiento de dichas actividades, con el fin de que estas personas exiliadas no se organizaran políticamente.

Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta falló implementando el criterio de aplicar los tratados internacionales y el *ius gentium*. La CSJN en el fallo en que se juzga a Arancibia Clavel, al referirse a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad dice: “Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial ‘es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal’. Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar

que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno”.

Así, se puede entender que el *ius cogens* o costumbre internacional estaría incluso por encima de la Constitución nacional misma, toda vez que al ser ésta aceptada por el Estado nacional, la obliga en forma automática, dejando de aplicarse el derecho interno para pasar a aplicar el *ius cogens* internacional automáticamente, o sea, en forma operativa, incluso antes de que se incorpore una convención al derecho interno, ya que la fuente sería la costumbre misma.

Respecto del fallo “René Derecho”, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, se refirió a un conjunto de circunstancias denunciadas por el señor Bueno Alves y reconocidas por el Estado argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre las que se incluye una causa en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había confirmado la decisión de declarar la prescripción de la acción penal respecto del imputado René Jesús Derecho, con relación a los hechos ilícitos de detención ilegal, aplicación de golpes y privación de medicamentos. El tribunal interamericano dispuso que el Estado argentino debía realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado, la Corte Suprema argentina, con remisión a lo resuelto en el precedente “Espósito” (*Fallos*, 327:5669) resolvió hacer lugar al recurso de revocatoria articulado por el querellante, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplieren las pautas fijadas en dicho fallo.

Los hechos del caso “Mazzeo” fueron los siguientes. Se había dictado sobreseimiento definitivo a favor del imputado por presunta participación en hechos de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas, lesiones y violaciones de domicilio, en distintas épocas y con la concurrencia de personas que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado, con sustento en que había sido indultado por decr. 1002/89. Diecisiete años después, a partir de una

presentación conjunta de diversas personas, el juez federal actuante declaró la invalidez constitucional del decreto y privó de efectos al sobreseimiento, auto que fue revocado por la Cámara de Apelaciones. Luego, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto, decisión que motivó recurso extraordinario de la defensa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el remedio federal confirmando la sentencia del inferior.

El aspecto más sustancioso del caso “Mazzeo” no se centra en el control de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre la facultad presidencial de indultar, la cual podría aparecer debilitada frente al carácter de delito de lesa humanidad adjudicado por la Corte, sino en lo que consideramos un “último giro” que el tribunal imprime a su doctrina judicial en torno a la interpretación que cabe dar a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad, y los resultados prácticos que tal jerarquía provoca sobre la efectividad y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa, legalidad y debido proceso.

Según este último giro que hemos referido, la Corte Suprema flexibiliza las garantías de cosa juzgada y *ne bis in idem*. El voto de la mayoría en este punto justifica la omisión de estas garantías sosteniendo que “en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia tanto al definir la garantía de *ne bis in idem* como la cosa juzgada. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso (consid. 35).

Refiere entonces la Corte Suprema al articulado de los estatutos de tribunales internacionales encargados de juzgar, entre otros, delitos de lesa humanidad que admitirían el desplazamiento de las dos garantías en cuestión, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de

no someter al acusado a la acción de la justicia. En igual sentido, cita jurisprudencia de la Corte IDH cuando señala que: “En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el art. 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: *I*) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; *II*) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o *III*) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”. Una sentencia pronunciada en las condiciones indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

Por otro lado, la misma Corte IDH considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos y, más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem*.

Por consiguiente, la Corte Suprema concluye que “los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad” (consid. 37). Muchas consideraciones jurídicas merecerían estos frágiles argumentos de la Corte, pero lo que sorprende decididamente al observador constitucional es el razonamiento que formula el tribunal descalificando su propia autoridad (con otra composición parcial) y ejerciendo una especie de control de constitucionalidad de sus propias decisiones. Los jueces FAYT y ARGIBAY votaron en disidencia en el caso.

La disidencia de la ministra ARGIBAY cuenta –más allá de su autoridad jurídica– con la autoridad moral de haber sido detenida arbitrariamente durante los años de la dictadura militar que provocó el cúmulo de violaciones a los derechos humanos que resultan materia de las sentencias y de estas

reflexiones. Dicha ministra, en el consid. 4º de su disidencia, afirma que “corresponde acoger el agravio referido a la violación de la garantía constitucional de la cosa juzgada”. “Como ya dije, y se desprende de los antecedentes reseñados, la discusión sobre la inconstitucionalidad del indulto a Riveros ha concluido años atrás cuando en este mismo recinto los ministros firmaron la sentencia que desestimó el recurso interpuesto por los particulares damnificados. Pese a que toda la información y hasta declaraciones públicas parecen desatender el punto, entiendo que esta omisión conduce a una visión equivocada de la cuestión. Lo que está en juego en esta causa es, según se dejara ya aclarado, el principio de cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento, tema que paso a considerar” (consider. 5º del voto disidente).

“Pero, hay razones aún más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de derecho, que no me permiten seguir a la mayoría en un caso como éste. Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver *Fallos*, 308:1150, consid. 4º, 319, 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver *Fallos*, 315:2406, consid. 7º) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos.

Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e

irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes.

La excepción a la regla que asigna efectos irrevocables a un fallo judicial, conocida como ‘cosa juzgada írrita’, no tiene absolutamente nada que ver con el acierto de los jueces que lo dictaron, sino, principalmente con su decencia y su libertad de conciencia. Es la desviación en el cumplimiento de sus deberes, por dolo o coacción, lo que les quita el carácter de jueces y, por ende, la importantísima atribución de resolver con carácter definitivo las causas sometidas a su decisión. Nada más alejado de la situación que se presenta aquí.

No está en duda la honradez de los jueces que dictaron el sobreseimiento en esta causa hace ya diecisiete años, juicio que no puede verse alterado por las profundas diferencias jurídicas o intelectuales que mantengo con esa decisión. Tampoco hay lugar para pensar en que hayan actuado bajo el influjo de alguna restricción a su independencia. A punto tal que, incluso en el pronunciamiento que hoy estamos dictando, aquella resolución que cerró el caso es defendida en su voto disidente por el juez FAYT quien, junto al juez PETRACCHI, formaba parte de la Corte Suprema al momento de dictarse la resolución que, al rechazar el recurso extraordinario, dejó firme el pronunciamiento apelado en torno a la validez de los indultos y al sobreseimiento definitivo del imputado” (consid. 6° del voto disidente).

“Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado de derecho basado en nuestra Constitución nacional. De esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos” (consid. 7° del voto disidente).

La contundencia y claridad de los conceptos expresados por la jueza disidente –con los cuales coincidimos– nos eximen de todo comentario.

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” de aplicación –digamos– obligatoria no sólo para los delitos de lesa humanidad, sino para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios.

Cuando la Corte Suprema sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible pauta de interpretación”, está diciendo –desde la perspectiva del derecho interno– que ellos tienen valor de doctrina legal.

Esto ha sido reconocido en el caso “Verbitsky”, donde la CSJN, siguiendo los pronunciamientos de la Corte IDH, ordenó a un Poder Judicial estadual adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido⁴⁷.

Los hechos del caso “Verbitsky” fueron los siguientes. El 15 de noviembre de 2001 una organización no gubernamental (el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires acción de hábeas corpus, en defensa de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. La acción de hábeas corpus requería al Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires que se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de esas personas en las condiciones descriptas, y que ordenara el cese de esa situación. Para ello, solicitó al Tribunal el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse –y someterse al control del Tribunal– el modo en que la administración haga efectivo el cese de esas condiciones de detención. Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por apelación extraordinaria, ésta dictó sentencia haciendo lugar a la acción de hábeas corpus interpuesta por el CELS. Sustancialmente, la mayoría de la Corte da por probados los hechos alegados, y

⁴⁷ CSJN, 3/5/05, “Verbitsky, Horacio”, *Fallos*, 328:1146.

considera que la situación presentada constituye una violación a las normas constitucionales y a las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. La mayoría hace hincapié en los estándares aplicables al caso, y señala que parte de la situación de superpoblación carcelaria, a su vez causante de la situación de alojamiento de detenidos en espera de ser juzgados en comisarías, se debe a la modificación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación y de las normas que disciplinan el régimen penitenciario –por lo que, presumiblemente, esas normas incumplirían con los estándares constitucionales e internacionales relevantes–. Afirma además que es especialmente intolerable que menores y enfermos estén detenidos en comisarías. Dado que la situación es fruto de la actividad simultánea de los tres poderes del Estado provincial, la parte resolutive de la sentencia es particularmente compleja: 1) declara que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención; 2) dispone que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos; 3) instruye a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal; 4) ordena al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Ordena también que se informe en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada; 5) dispone que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas

que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia; 6) exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales; 7) encomienda al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo de la que deberán participar la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiæ*, sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil. Se debe informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

§ 76. **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ACTUACIÓN DE OFICIO.** – Como se ha visto precedentemente, la expresión control de convencionalidad fue por primera vez acuñada expresamente por la CIDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”⁴⁸. La CIDH consagró que los jueces y tribunales internos no sólo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de estas disposiciones.

Los hechos del caso “Almonacid Arellano” fueron los siguientes. El 11 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile la cual se originó en la denuncia n° 12.057, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de septiembre de 1998. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los arts. 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el art. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de ella, en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió con la obligación emanada del art. 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención. Los hechos expuestos por la

⁴⁸ CIDH, 26/9/06, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, serie C, n° 154.

Comisión en la demanda se refieren a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del *decr. ley 2191*, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. Además, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que, de conformidad con el art. 63.1 de la Convención ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda (*infra* párr. 139). Por último, solicitó a la Corte que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Dos meses después, en la sentencia dictada en “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”⁴⁹, la CIDH formuló algunas especificaciones y adiciones diciendo que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”⁵⁰.

El mensaje de “Trabajadores cesados del Congreso” nos indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe asimismo practicar el de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control que debe aplicar incluso de oficio.

Su aplicación en el derecho interno argentino ha dado lugar a un diálogo bidireccional con la CIDH en el citado caso “Mazzeo”, exponiéndose con claridad el deber de los jueces del Poder judicial de los Estados de ejercer el “control de convencionalidad” teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que de él ha hecho la CIDH.

Tiempo después, el máximo tribunal argentino retomó la cuestión en el fallo “Videla”⁵¹. En esta sentencia sostuvo que “esta Corte ha precisado que a los efectos de resguar-

⁴⁹ CIDH, 24/11/06, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, serie c, n° 158.

⁵⁰ Ver LOIANNO, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina*, “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, en ALBANESE (coord.), “El control de convencionalidad”, p. 114 a 117.

⁵¹ CSJN, 31/8/10, “Videla, Jorge R. y Massera, Emilio E. s/recurso de casación”, *Fallos*, 333:1657.

dar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la CIDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”.

Así, puede leerse que nuestra Corte Suprema ha convalidado el deber de efectuar –para evitar la responsabilidad internacional del Estado– el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional.

El control de convencionalidad desempeñaría un doble papel. Por un lado, un rol represivo que obligaría a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José (CADH) y a la interpretación que de dicho Pacto ha realizado la CIDH. Por el otro, un rol constructivo, que obliga a los jueces a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación hecha por la CIDH. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada a éste por la CIDH. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y a la manera en que fue entendido por la CIDH⁵².

De lo antedicho se interpreta que la misión fundamental de la CIDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad, la cual consiste en “comparar” la norma del derecho interno en relación con la CADH y desentrañar si aquélla violenta a ésta o no. En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes.

⁵² Cfr. SAGÜÉS, *Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano*, LL, 2009-B-1.

Ello a fin de evitar que incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2, CADH).

De todas maneras, resulta necesario remarcar la pauta sobre la importancia que los jueces locales ejerzan esta tarea para evitar que el pleito llegue a la instancia internacional y la consecuente responsabilidad del Estado, ya que la intervención de la CIDH es subsidiaria.

En el ordenamiento jurídico argentino el control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos interpartes. Estos controles tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior.

En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, es evidente la superioridad de la Constitución.

En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto no es tan pacífico y dependerá de la estructura del principio de supremacía.

En el caso argentino se han presentado sintéticamente dos posiciones en torno a la interpretación del art. 75, inc. 22, de la Constitución que consagró la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sosteniendo que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Por un lado, la tesis de los planos intrajerárquicos sostenida por la disidencia del ministro BELLUSCIO en el caso “Petric”⁵³, relacionado con el derecho a réplica, la cual entiende que ante una oposición de normas constitucionales y de la CADH existe una situación jerárquica que privilegia la

⁵³ El actor había iniciado demanda contra el diario “Página 12” al rechazarle el pedido del derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la CADH por un artículo en el cual se le atribuía el carácter de asesor del presidente de la Nación y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia que había admitido la demanda. El diario interpuso recurso extraordinario que denegado motivó el recurso de queja.

La Corte Suprema –por mayoría– hizo lugar parcialmente a la queja, declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia. El juez BELLUSCIO, en su disidencia, reiteró la no operatividad del art. 14.1 de la Convención.

Constitución; y por otro, la tesis de la complementariedad adoptada como doctrina por la Corte Suprema a partir de los fallos “Chocobar”⁵⁴ y “Monges”⁵⁵, la cual sostiene que no se hace viable en ninguna hipótesis el descarte e inaplicación de una norma contenida en uno y más instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, porque lo que es “complementario” de algo nunca puede dejar de surtir sus efectos “complementarios”.

Un tema destacado en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”⁵⁶, que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencias.

Esta doctrina fue avalada por la CIDH en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de Centroamérica para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.

El interrogante se ciñe a si la doctrina de la CIDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable, o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación.

Consideramos que la CIDH, al sentar las bases del control de convencionalidad, interpretó el instituto con un margen de flexibilidad suficiente para que los Estados apliquen su doctrina con una libertad interpretativa y aplicativa sustentada en el principio de proporcionalidad o razonabilidad. Los extremos de esta razonabilidad forman parte del diálogo interjurisdiccional entre la CIDH y los máximos tribunales de cada país.

⁵⁴ CSJN, 27/12/96, *Fallos*, 319:3241.

⁵⁵ CSJN, 26/12/96, *Fallos*, 319:3148.

⁵⁶ SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, p. 222 y siguientes.

Por último, un tema esencial en el ejercicio del control internacional de la convencionalidad tiene que ver con la cuestión de si una ley incompatible con los derechos humanos reconocidos en la CADH puede justificarse en virtud del principio de las mayorías en una democracia, validando esta ley mediante una decisión soberana.

La CIDH, en el caso “Gelman vs. Uruguay”⁵⁷, abordó el tema, afirmando que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza per se el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al derecho internacional de los derechos humanos; y además que, en todo caso, la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el derecho internacional.

Los hechos del caso fueron los siguientes. El 21 de enero de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó, de conformidad con los arts. 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García. El 9 de marzo de 2007 la Comisión adoptó el informe de admisibilidad n° 30/07, en el cual declaró la admisibilidad del caso, y el 18 de julio de 2008 aprobó, en los términos del art. 50 de la Convención, el informe de fondo n° 32/084. Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Clau-

⁵⁷ CIDH, 24/2/11, “Gelman vs. Uruguay”.

dia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la ley 15.848 o ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay. La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado es responsable por la violación: *a)* del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en los arts. 8.1 y 25 en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, y en relación con los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como los arts. 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; *b)* del derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva reconocidos en los arts. 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con los arts. 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de María Claudia García; *c)* de la integridad personal reconocida en el art. 5.1 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; *d)* del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de María Macarena Gelman, y *e)* del derecho a la protección de la familia reconocido en los arts. 17 de la Convención y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares. Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación.

De aquí resulta claro un concepto fundamental que hemos trabajado profundamente: en la configuración del Estado democrático de derecho, es decir, el Estado constitucional, la regla de la mayoría en la democracia es un principio dual de protección de mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos

humanos consagrados en la Constitución de cada Estado y en el sistema internacional⁵⁸.

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos, los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones.

Esta responsabilidad en la argumentación de las decisiones judiciales, no sólo se debe a que en ella se basa la legitimidad de sus decisiones, sino también porque cada tribunal tiene una responsabilidad –local y mundial– de hacer sus aportes a la construcción de un derecho judicial universal al que muchos países democráticos aspiran.

§ 77. **LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN LA VERIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.** La Corte Interamericana realiza un permanente control de convencionalidad al momento de analizar los diferentes casos que se someten a su competencia contenciosa⁵⁹. Sin embargo, cabe destacar lo ocurrido en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”, en el que por primera vez un Estado (México) opuso una excepción preliminar de “cuarta instancia” alegando que había aplicado debidamente el “control de convencionalidad” en la jurisdicción nacional y que la Corte no podía determinar si los tribunales nacionales aplicaron correctamente el derecho interno o si el fallo emitido fue equivocado o injusto y que sólo “debería determinar” si el proceso judicial penal “se apegó a los principios de garantía y protección judicial consagrados en la Convención

⁵⁸ Ver, entre otros, AMAYA, *De mayorías y minorías en la democracia*, “Debates de Actualidad”, año XXI, n° 197, jul.-dic. 2006; *Minorías políticas y procesos mayoritarios* (artículo premiado), “Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, n° 4.

⁵⁹ SAGÜES se ha referido a esta facultad como “control de convencionalidad en sede internacional”, en oposición al “control de convencionalidad en sede nacional” que realizan los órganos estatales competentes [*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, “Revista Estudios Constitucionales”, vol. 8, 2010 (1), p. 120 y 121].

Americana o si existe algún error judicial comprobable y comprobado que acredite una grave injusticia”.

La Corte recordó que si bien no desempeña funciones de tribunal de cuarta instancia, sí le compete “verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia”. “La excepción preliminar presentada por el Estado tomaba como punto de partida que no había existido ninguna violación de derechos humanos..., cuando era precisamente ello lo que se debatiría en el fondo del asunto”.

Sostuvo que allí “se determinaría si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales..., a la luz de la jurisprudencia del tribunal y del derecho internacional aplicable”, desestimando la excepción preliminar⁶⁰.

“Como queda en evidencia, el hecho de que un Estado alegue haber aplicado el ‘control de convencionalidad’ en un caso concreto no constituye una excepción preliminar admisible que afecte la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el fondo del asunto y analizar las presuntas violaciones de derechos humanos involucradas”⁶¹.

⁶⁰ CIDH, 26/11/10, “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, párrs. 12 y 13, 16 y 19, 20, 21 y 22.

⁶¹ Para FERRER MAC-GREGOR, las consideraciones del tribunal frente a dicha excepción preliminar “no otorgan competencia absoluta a la Corte... para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna,... cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla (CIDH, “Cabrera García y Montiel Flores”, voto razonado del juez ad hoc EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT, párr. 9).

Cfr. IBÁÑEZ RIVAS, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, “Anuario de Derechos Humanos”, 2012, p. 112, www.anuariodh.uchile.cl.

CAPÍTULO VI

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS FACULTADES DE INTERPRETACIÓN

§ 78. *LA INTERCONEXIÓN DE LOS MODELOS Y EL ACTIVISMO CONSTITUCIONAL.* – Como hemos analizado a lo largo del libro, el fenómeno de la justicia constitucional, tras la Segunda Guerra Mundial, produce un impacto notable en todo el mundo, no sólo en lo que respecta a la creación de tribunales constitucionales en diversos países europeos y de América Latina, sino en el agregado de un proceso recíproco de incorporación de elementos pertenecientes a los dos modelos originales de control de constitucionalidad de las normas.

Si el carácter normativo de la constitución como norma se anuda en el hecho de que los jueces y tribunales en Europa deben aplicar la ley que se acomode a aquélla, se advierte que ellos también desempeñan una parte considerable del control de constitucionalidad y, en esa medida, buena parte del control antes concentrado se torna difuso y concreto.

Así aparece un papel francamente creativo de los tribunales constitucionales, los cuales abandonan en gran medida su rol de “legisladores negativos” y pasan a desempeñar, cuando asumen como intérpretes y supremos guardianes de la constitución, funciones propias de un legislador positivo, por medio de principios y técnicas sofisticadas de interpretación, que han originado una tipología de sentencias, llamadas *interpretativas*, un género de variantes especies, como las *exhortativas*, hasta las más extremadas, llamadas *sentencias manipuladoras*, de diversificado alcance, las cuales ope-

ran positivamente, modificando e innovando el ordenamiento, con la introducción de normas nuevas o diferentes de las expresadas en el texto enjuiciado¹.

En Latinoamérica, algunas constituciones han recogido esta realidad y le han dado viso constitucional; tal el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela, la cual establece, en el art. 336, inc. 7º, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del Poder Legislativo nacional, estadual o municipal, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Aún más audazmente, la Constitución del Ecuador, en el art. 436, inc. 10, establece: “La Corte constitucional ejercerá las siguientes atribuciones:...

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión, inobservaran en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

De esta manera, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América y en Latinoamérica se configura lo que ha dado en llamarse una “Constitución viviente” (*living Constitution*), necesitada –como en los Estados Unidos de América– de una permanente actualización por parte de la jurisprudencia constitucional, reconocimiento de que en la interpretación constitucional existe un inevitable elemento de creación de derecho (*law making*) y de que el control jurisdiccional de las leyes no puede ser realizado únicamente a partir de criterios formales de hermenéutica jurídica.

Es por ello que algunos autores sostienen que, aun cuando los sistemas de justicia constitucional estadounidense y europeo hubiesen sido creados con miras a causar distintos efectos, la experiencia indica que ambos modelos han desembocado en una práctica casi idéntica, es decir,

¹ SAGÜÉS, *Las sentencias constitucionales exhortativas*, “Estudios Constitucionales”, vol. 4, n° 2, p. 189 a 202.

se han acercado, o para otros –contrariamente a su identidad originaria– los tribunales constitucionales han terminado practicando una conducta hostil en contra del Poder Legislativo, como hemos visto en el § 52.

Hemos sostenido, en reiteradas oportunidades, que también en el caso argentino la Corte Suprema de Justicia ha invertido su rol institucional originario de tribunal “contramayoritario”, para situarse en una posición de deferencia al Legislativo.

Según nuestro parecer, la Corte Suprema ha mantenido, a lo largo de los últimos años, una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático, y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos. La identidad contramayoritaria ha sido ejercida contraintuitivamente, es decir, en señal de apoyo –las más de las veces– del gobierno mayoritario y no en actitud de control.

§ 79. *EL ROL Y EL PERFIL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.* – Asumida la función creadora del juez constitucional, ya sea por disposición de la norma constitucional o por creación pretoriana, pudiendo cuestionar mediante sus resoluciones la capacidad normativa del propio Poder Legislativo hasta el extremo de anular la ley sancionada por la representación popular, complementarla, rectificarla o, incluso –en determinadas situaciones–, sancionarla, cabe preguntarse, por sobre el debate ya referido sobre la legitimidad de la justicia constitucional, si es saludable para el modelo de la democracia constitucional, requerir del órgano con dicha competencia un rol y un perfil determinado y, en caso afirmativo, ¿cuál sería dicho rol y cuál el perfil deseado?

a) *SU ROL INSTITUCIONAL.* Hemos visto que los dos grandes modelos de justicia constitucional asumieron un posicionamiento diferente frente al poder político, representado principalmente en el Poder Legislativo y cómo, para muchos autores, dichas identidades originarias se han ido entremezclando con el paso del tiempo.

Respecto de los dos grandes roles prácticos que puede asumir la justicia constitucional en el mundo moderno, que se derivan del origen o posicionamiento inicial del modelo

estadounidense y el kelseniano, nos remitimos a lo expuesto en los § 47 y 48, donde analizamos aquellos roles que hemos definido como “contramayoritario” y “democrático”.

b) *SU PERFIL*. Nos referiremos aquí a los aspectos vinculados a los requisitos formales exigidos por distintos países para la designación y ejercicio del cargo de los jueces o tribunales responsables de la justicia constitucional.

1) *Aspectos formales*. Para ser designado juez constitucional, todos los ordenamientos exigen el cumplimiento de requisitos que, en general, aparecen recogidos en la correspondiente Constitución. Algunos de los más frecuentes son los siguientes:

a) Límite mínimo o máximo de edad.

b) En la mayoría de los casos se exige que el magistrado sea nacional de origen o nacionalizado (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

c) En muchos países se impone un período mínimo de desempeño de funciones en la judicatura o en el ejercicio profesional, que acrediten la idoneidad para el cargo.

d) En la mayoría de los ordenamientos se exige, lógicamente, ser abogado o licenciado en derecho. En algunos países los designados, o una parte de ellos, deben pertenecer al Poder Judicial.

e) Ausencia de antecedentes penales.

f) Cumplimiento de deberes militares.

g) Inexistencia de cualquier otra causa de incompatibilidad. En este punto, como veremos más adelante, el elenco es más variado.

h) Pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

En la mayoría de los casos, la designación del juez constitucional exige el acuerdo, por mayorías reforzadas, del órgano de representación popular, cuando dicha designación dependa total o parcialmente del Legislativo (Argentina). Es frecuente, también, la intervención del Ejecutivo para conformar la designación, bien sea proponiendo candidatos (Argentina, Colombia, México, Panamá), nombrándolos

(Puerto Rico) o eligiendo a algunos de los miembros (Chile, Ecuador, España y Guatemala).

El Poder Judicial elige directamente a algunos de los magistrados en España, Guatemala y Honduras; propone el nombramiento de parte de ellos en Colombia, Chile y Ecuador, e interviene indirectamente en su elección en Nicaragua (eligiendo a los tribunales de apelaciones y receptores), República Dominicana (al formar parte el presidente y un magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Consejo Nacional de la Magistratura) y Uruguay, donde, transcurridos noventa días sin que la Asamblea General elija al magistrado, será nombrado como tal el miembro más antiguo del Tribunal de Apelaciones.

Por último, cabe señalar que en Ecuador y Guatemala las escuelas de derecho, los colegios profesionales o los sindicatos tienen facultades para proponer candidatos.

El mandato del juez constitucional abarca períodos que varían mucho de un ordenamiento a otro: pueden ir desde los cuatro años de Ecuador, hasta los doce de Venezuela, en los casos de duración determinada. En Argentina, Brasil, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay, la duración del mandato es indefinida, cesando por renuncia, jubilación o destitución del magistrado.

Durante el ejercicio, los jueces constitucionales gozan de inmunidad, más o menos intensa, según los casos, y sólo pueden ser sancionados por alguna de las causas previstas en la ley y de acuerdo con el procedimiento que ella disponga. No obstante, en la mayoría de los casos, los jueces constitucionales son responsables civil, penal y disciplinariamente.

En general, el cargo de juez constitucional es incompatible con las siguientes actividades y situaciones:

a) Con el ejercicio de cualquier otro cargo público, ya sea de naturaleza electiva, funcionarial o contractual.

b) Con el ejercicio de actividades de representación, gestión, asesoramiento o defensa de intereses privados de terceros.

c) Con cualquier cargo directivo en partidos políticos, sindicatos y asociaciones.

d) Con cualquier otra actividad que pueda poner en peligro la independencia y la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones.

e) Con la ejecución de actos que comprometan la dignidad del cargo.

f) Parentesco hasta tercer grado, inclusive, con un miembro de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica y México).

g) Con la condición de ministro de cualquier religión (Guatemala).

h) Con la condición de militar (Nicaragua).

Por regla general, la función de magistrado sólo es compatible con la docencia universitaria, con algunas excepciones, como el caso español, donde únicamente se permite a los magistrados participar esporádicamente en conferencias y eventos puntuales, pero no en el ejercicio continuado de la actividad docente.

Normalmente, el juez constitucional es independiente e inamovible (excepto en la Argentina, Panamá, Ecuador y Puerto Rico, donde pueden ser removidos tras un juicio de naturaleza política), y no puede ser removido sino en supuestos muy concretos, como incapacidad física o legal, condena penal por delito y sanción disciplinaria, o por faltas especiales valoradas por organismos específicos (como el caso de Venezuela). El juez constitucional sólo dejará de serlo por finalización del tiempo del mandato, renuncia o defunción.

El régimen de incompatibilidades que afecta al magistrado durante el tiempo de su mandato suele desaparecer cuando éste concluye. Únicamente en el Brasil (donde no podrán ejercer como abogados ante el Tribunal Federal durante el plazo de tres años a partir de la terminación del cargo como juez constitucional), México (dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, los ministros no pueden actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante el Poder Judicial), Colombia (el Gobierno no podrá conferir empleos a los magistrados de la Corte Constitucional dentro del año siguiente a su retiro, período durante el cual tampoco podrá el magistrado adelantar gestiones, directa o indirectamente, ni a título perso-

nal ni en nombre de terceros, ante la Corte Constitucional) y España (quien hubiere sido magistrado está inhabilitado para actuar como abogado ante el Tribunal Constitucional) queda sujeto el juez constitucional a algún tipo de incompatibilidad posterior.

En la Argentina, España, México y Portugal, el juez constitucional goza de un régimen económico especial una vez que ha abandonado el cargo. En el resto de los ordenamientos no hay previsión o, si la hay, es la aplicación del régimen general de los cargos públicos del Estado.

Si el juez constitucional ocupaba algún cargo público antes de su mandato, podrá volver a él al cesar (no puede hacerlo en Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Puerto Rico ni República Dominicana). Cuando el cargo sea de naturaleza electiva o de designación podrá volver, aunque no de manera automática, pues en ciertos casos será necesario dejar transcurrir un plazo (Costa Rica, Chile y Honduras) y en los demás se exige una nueva elección o designación.

El número de miembros que componen el Tribunal, Corte o Sala Constitucional es muy variable (oscila entre los cuatro miembros de la Corte de Andorra y los dieciséis que forman la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana), situándose el promedio en alrededor de nueve miembros, siendo mayoritarios los países en los que el número de personas que componen el órgano es impar.

Respecto de la composición por géneros, es visiblemente superior la proporción de hombres que de mujeres, pues resulta de cuatro a una, aproximadamente. El único ejemplo de composición paritaria lo aporta el Tribunal Constitucional de Bolivia, siendo varios los casos en los que tal órgano está integrado exclusivamente por hombres.

2) *Aspectos sustanciales.* Nos referiremos en este punto al que consideramos es el perfil esperado del juez constitucional, a su independencia, a su responsabilidad y a la necesidad de interpretar y aplicar los valores jurídicos que el ordenamiento de cada país le impone en el ejercicio de su función.

a) *Del porqué de la justicia constitucional.* ¿Qué es un juez constitucional? ¿Qué hace? ¿Qué alcance tienen sus

decisiones? ¿Cuál es la importancia de un juez constitucional para el ciudadano común? ¿Cuáles sus diferencias con los otros jueces? Si el ciudadano llegara a hacerse estas preguntas, y a acercarse aunque más no sea mínimamente a las respuestas, advertiría la trascendencia que en su vida cotidiana posee la justicia constitucional, como principal guardián de la ley suprema de la Nación².

Se trata, por consiguiente, del órgano del Estado llamado a cumplir las funciones de interpretación de la Constitución y, por consiguiente, a mantener la coherencia del orden jurídico, cuyas decisiones han de satisfacer –siguiendo las líneas discursivas de DWORKIN y HABERMAS– “a criterios de seguridad jurídica a la vez que a criterios de aceptabilidad racional” de una administración de justicia³.

Su misión es garantizar el principio de supremacía constitucional que rige todas las constituciones modernas, a partir de su concepción y de la asunción de su fuerza normativa⁴, de la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en la línea de defensa de los derechos fundamentales, ¿se ha conformado el juez constitucional con las atribuciones legislativas otorgadas?; ¿ha sucumbido a la tentación de asumir su propio patrón de protección, en su innegable tarea de interpretación, mediante los distintos tipos de sentencias que integran o suplen la ley? ¿Cuál ha sido el grado de activismo en la creación del derecho?

En los términos expuestos, la cuestión abierta es cómo un tribunal, que tiene por misión interpretar la Constitución, debe operar dentro de los límites de la división de po-

² Como vimos en el § 20, d, hasta llegar a la situación actual, donde las constituciones establecen cuál es el órgano encargado de su interpretación final, se vivió un largo proceso de discusiones teóricas, entre las que destaca el debate entre SCHMITT y KELSEN a mediados del siglo XX. Para el primero de estos juristas correspondía al jefe de Estado ser el guardián de la Constitución, en cuanto instrumento del poder político; para KELSEN, el custodio debía ser un órgano especializado, al que llamaría Tribunal Constitucional (SCHMITT, *La defensa de la Constitución*; KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*).

³ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 311.

⁴ BIDART CAMPOS, *La Constitución y su fuerza normativa*, en BIDART CAMPOS y otros, “El amparo constitucional”, p. 1 a 18.

deres propia del Estado de derecho, sin invadir competencias legislativas o ejecutivas.

Autores como HABERMAS trazan algunas pautas al respecto, al señalar que, “como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente”⁵.

Esta actuación entraña, sin duda, un marco de discrecionalidad, que la justicia constitucional complementa con la formación técnica e ideológica del juez constitucional. Por eso, el órgano a que aspiró KELSEN era un órgano especializado, integrado por hombres y mujeres prudentes, conocedores del derecho constitucional, conocedores de la sociedad en la que se aplica la Constitución, de su historia y su cultura.

b) *La independencia, la imparcialidad y la responsabilidad.* El principio de la independencia judicial es una idea que surge con la Gloriosa Revolución inglesa de 1688 y, por lo tanto, se encuentra irremediabilmente ligada a los postulados del liberalismo (control de los abusos del poder; protección de las minorías; y consagración de los derechos individuales).

Por consiguiente, en la sociedad democrática constitucional, el principio de la independencia de los jueces constituye un postulado básico y consiste en el derecho-deber de estar sometidos únicamente a la constitución y a la ley cuando ejercen su jurisdicción.

Por otra parte, la independencia de los jueces como derecho-deber de la judicatura constituye una garantía para los ciudadanos de que todos ellos serán examinados basados en el principio de igualdad ante la ley. El no estar sometidos a voluntad o interés ajeno a la constitución y a las leyes que se dictan en su consecuencia, en el ejercicio de la función jurisdiccional, es la base en donde descansa el principio de la independencia del juez.

Dentro de la característica de responsabilidad que debe representarlo en su vida pública y privada, se encuentra prever el impacto jurídico, político, económico y social de

⁵ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 316.

sus pronunciamientos. El juez constitucional debe poseer una visión de Estado, una apreciación general sobre la trascendencia de sus actuaciones, pues sus sentencias, más allá del caso concreto, tendrán relevancia, y en muchos casos serán de aplicación general.

Lo expuesto se aprecia con clara lucidez en el procedimiento para la ratificación de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, guardando –lógicamente– las diferencias procedimentales que pudieran existir en los diferentes países.

En dicho procedimiento, la comisión del Senado que tiene a su cargo el acuerdo para su nombramiento indaga en la vida profesional, los principios, y los valores del nominado; procura hacer un acercamiento del posible juez con la realidad social, política y económica del momento. Investiga los conflictos jurídicos en los que ha participado el candidato, así como su posición frente a determinados temas polémicos, como el aborto, la eutanasia, el terrorismo o la corrupción, así como también lo interroga sobre temas ideológicos y de tolerancia religiosa. Se preguntan temas que interesan al Estado y a la sociedad, como asuntos relativos a la reconciliación nacional, la inclusión social y la equidad.

Los últimos procesos de ratificación para ser juez de la Corte estadounidense son un buen ejemplo al respecto.

Así, en el caso de la jueza SOTOMAYOR (julio de 2009), el proceso se inició con un enconado elogio por parte del presidente del Comité de Justicia del Senado, el demócrata Patrick Leahy, quien manifestó: “A decir verdad, no tenemos que conjeturar acerca de qué tipo de jueza ella va a ser, porque hemos visto el tipo de jueza que ha sido. Ella es una jueza en la que todos los estadounidenses confían”.

A partir de allí se inició un largo escrutinio sobre la ideología de la nominada, cuestionamientos sobre sentencias dadas en el pasado en los respectivos cargos de jueza ocupados. Fue cuestionada por los senadores republicanos acerca de su posición en materia de temas raciales, tomando como parámetro lo dicho en 2002 en la Universidad de Berkeley, cuando expresó: “Yo esperarí­a que una mujer latina con la riqueza de su experiencia a menudo alcance una

conclusión mejor que la de un hombre blanco que no ha vivido esas experiencias”. Se cuestionaba, por ejemplo, el significado de sus expresiones acerca de la aplicabilidad de la ley, cuando “insta a los jueces a ver los casos a través de lentes de género y etnicidad”, expresiones que emitía contrario al carácter literal que –según las encuestas– el común de los estadounidenses exigía en la interpretación de las leyes.

Otros puntos que se discutieron con la jueza SOTOMAYOR estuvieron referidos al valor del precedente jurisprudencial y su posición ante eventuales cambios de visión en la interpretación de unos determinados derechos –como los de la mujer– en el marco de la doctrina de la Corte Suprema. Fue cuestionada, además, sobre su posición con respecto a la influencia del derecho internacional y su carácter vinculante en la esfera del derecho interno. También es emblemático lo que se observó en el proceso de ratificación del juez ROBERTS JR. para ocupar el vacante puesto de presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en septiembre de 2005. El magistrado, al momento de ser nominado, había pasado dos procesos de ratificación para cargos judiciales federales –el último en 2004, para ser consejero asociado de la Corte Suprema–, en los cuales se escucharon profesionales del derecho, adeptos y adversos. Cuando se presentó su nominación para presidir la Corte Suprema, si bien se tomaron en cuenta estas evaluaciones, el Comité se reunió para confrontar nuevamente, haciendo una evaluación complementaria sobre sus cualidades para tan importante puesto, con entrevista a más de ochenta jueces, abogados y miembros de la comunidad, así como la revisión de sus escritos y una entrevista personal televisada con el propio candidato sobre sus posturas con relación a temas importantes para la sociedad estadounidense.

Se le preguntó, por ejemplo, acerca de precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema, su opinión sobre lo acertado o no de la interpretación en materia de indemnización que debía pagar el Estado por el abuso sexual de que fue objeto un estudiante por parte de su profesor y entrenador deportivo, ante la omisión de la ley que autorizara a demandar ante los tribunales federales, y que la Corte Suprema acogió por vía de la cláusula de derechos implícitos.

Un tercer caso paradigmático podemos encontrarlo en la extensa serie de entrevistas a las que fue sometido el juez THOMAS, en 1991, cuando fuera nominado por el ex presidente George Bush, ante la denuncia por acoso sexual que formulara una ex compañera docente de la Universidad de Oklahoma. El Senado finalmente aprobó su nominación en la votación más ajustada de la historia (52 a 48).

c) Preparación académica, trayectoria profesional y conducta personal. El juez constitucional debe contar con una adecuada preparación académica, que –lejos de ser una memorización de códigos y tratados– debe formar a un abogado capaz de interpretar las normas, aplicando el derecho a la realidad, con amplio criterio jurídico y con el claro objetivo de buscar justicia.

Debe tener una profunda formación en derecho público; principalmente, derecho constitucional. Conocer sus reglas, principios y criterios de interpretación. Los abogados formados en esta especialidad poseen una estructura de pensamiento y razonamiento marcada por los principios y valores que han edificado el constitucionalismo, anteponiendo, en todos los casos, los criterios de la Constitución y razonando desde ella como ley suprema y estructura dogmática y orgánica del Estado, que condiciona y controla al poder público.

En términos generales, la distinción entre el razonamiento del juez constitucional que ha sido formado en los principios del derecho privado y aquel edificado en la estructura del derecho público, se advierte con claridad en las sentencias de proyección institucional.

A la preparación académica debemos complementarla, como factor de mayor importancia, con una trayectoria profesional que equilibre el conocimiento teórico y el ejercicio práctico. Dicha trayectoria será un indicador preciso para prever cómo será su desempeño en el cargo.

Por consiguiente, el juez constitucional debe conocer la disciplina tanto desde la actividad teórica como desde la práctica profesional en temas de derecho público, dado que, si bien es cierta la afirmación atribuida a PLATÓN, en cuanto a que no hay nada más práctico que una buena teoría, tampoco es menos cierto que las teorías tienen escaso valor si no son plausibles de ser puestas al servicio del bien común ni del bienestar general.

Por último, y como un factor de mayor importancia, no sólo se trata de experiencia y conocimientos, sino también de haber mantenido una conducta personal acorde con los valores democráticos y republicanos, ya que estará llamado a defender la Constitución.

Esta conducta personal, exigible a todo magistrado, debe también identificarse con los principios de independencia e imparcialidad, a los cuales ya nos hemos referido, y caracterizarse por ser profundamente ética.

No es admisible ningún juez (ningún funcionario público), bajo el Estado de derecho, que no se identifique con una conducta ética en todos los ámbitos de su quehacer.

§ 80. **LOS ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL. FACULTADES Y LÍMITES.** – Las constituciones son documentos complejos y hasta a veces poco comprensibles para el lector no especializado, redactadas muchas veces en términos que admiten diversos significados. Por ello la interpretación constitucional se ha traducido en numerosos estudios al respecto.

En Italia, Alemania y España, por ejemplo, son abundantes los estudios que se han elaborado sobre la interpretación constitucional. En nuestro continente, la labor ha sido desarrollada principalmente por tratadistas estadounidenses, argentinos y mexicanos. En México, FIX-ZAMUDIO y CARPIZO han realizado profundas reflexiones sobre el tema de la interpretación constitucional. De igual manera, en la Argentina, NINO, ALCHOURRÓN, BULYGIN y GUIBOURG incursionaron en la temática, desde la filosofía del derecho.

En términos generales, *interpretar* consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos símbolos o signos (palabras, conductas, cosas). El intérprete es un intermediario entre los símbolos y el destinatario de su actividad. *Interpretandum* lo denomina VERNENGO⁶; *explicandum*, ALCHOURRÓN y BULYGIN⁷. Para VIGO, “la tarea interpretativa supone la existencia de un texto, signo o símbolo que revis-

⁶ VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, p. 61.

⁷ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 29.

te ciertas características pero que, además, requiere por parte del que la desarrolla, la asunción de una determinada perspectiva o punto de vista interpretativo que sea acorde con esas características o naturaleza del objeto a interpretar”⁸.

Emerge de lo dicho que la interpretación jurídica –por consiguiente– tiene por núcleo reconocer o atribuir un significado jurídico a ciertas conductas, palabras, textos y no se agota en el trabajo de exégesis lingüística destinado a saber qué dice el texto, sino que lo que se busca es inferir cuál es la conducta prohibida, obligatoria o permitida.

Nos estamos refiriendo a la interpretación jurídica, entendida como interpretación *del derecho* y no *de derecho*, dado que –como bien señala GIANFORMAGGIO– la referencia es al significado que el derecho tiene no al significado que el derecho es⁹. En este sentido, cuando el jurista interpreta, produce u organiza argumentos, éstos no son válidos o inválidos, sino más o menos fuertes.

En términos de ambigüedad semántica en la interpretación jurídica, hay que tener especialmente en cuenta que en la interpretación jurídica es significativo tanto la relación entre quien emite el texto (legislador) y quien lo interpreta (juez o funcionario), como la relación que el intérprete mantiene con los otros miembros de la comunidad jurídica.

El intérprete no es un intérprete autista, no puede aspirar a un resultado que lo satisfaga sólo a él. Tiene que procurar lograr aceptabilidad general en su resultado interpretativo, dado que, en todo proceso de interpretación, el elemento comunicación que lo integra conlleva, necesariamente, la interacción social (del legislador al intérprete y de éste a la comunidad social y viceversa). Esta interacción se basa en el hecho de que el derecho es un medio autorizado de poder social y los resultados de la interpretación determinan –en algún aspecto– el ejercicio del poder social en una sociedad dada.

En similar sentido, NINO sostiene que el razonamiento del intérprete es justificatorio y le permite inferir un juicio

⁸ VIGO, *Interpretación constitucional*, p. 14.

⁹ GIANFORMAGGIO, *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica, o tomar a los juristas intérpretes en serio*, “Doxa”, n° 4, p. 87 a 108.

valorativo o normativo que evalúa, fundamenta o guía en un cierto sentido a una acción¹⁰. Es que, sin desconocer el importante aporte realizado por la teoría procedimental, que sólo admite una racionalidad, sin asumir compromisos axiológicos relevantes –además de los rasgos racionales–, en la interpretación jurídica se confiere una posición central a la teoría de los valores, especialmente a la teoría de la justicia.

Desde la teoría pura de KELSEN, con su racionalismo en la elección interpretativa, hasta la teoría herculina de DWORKIN, descubridora de la solución correcta para los casos planteados, cada filósofo del derecho –a su modo– ha rechazado la ingenuidad de suponer que el intérprete, cuando aplica la norma jurídica, la repite abstracta o mecánicamente, sin hacer aporte innovador alguno para el ordenamiento jurídico. Asimismo, se ha intentado establecer mecanismos que permitan asegurar cierta razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo.

En este contexto, el equilibrio entre “valoración” y “racionalidad” u “objetividad” en la tarea interpretativa bien puede justificar el desacuerdo o la división entre distintos sectores o integrantes de la comunidad, aunque imaginemos una “idealmente racional”. Esto nos obliga a extremar el equilibrio apuntado en la función interpretativa, pues cada ciudadano tiene derecho a que su demanda de protección jurídica sea respetada por la maquinaria estatal a partir de un ejercicio razonable de la jurisdicción.

Al respecto, Ross decía que sobre el intérprete operan normalmente dos fuerzas motivadoras: la conciencia jurídica formal, o deseo de respetar el contenido de la norma jurídica, y la conciencia jurídica material, o deseo de hacer justicia de acuerdo con la propia concepción del intérprete. Según las diferencias de magnitud de cada una de estas fuerzas, el jurista leerá la ley de un modo literal, le aplicará los principios de leyes análogas, retorcerá sus palabras de tal modo que permitan entender otra cosa o afirmará lisa y llanamente que la norma es inconstitucional y no debe ser aplicada ni obedecida¹¹. Por supuesto que el interrogante

¹⁰ NINO, *La validez del derecho*, p. 52 y siguientes.

¹¹ Ver, en general, Ross, *Sobre el derecho y la justicia*.

que aquí se abre es serio y nos remite a los límites de la interpretación. ¿El derecho es lo que los intérpretes dicen que es? ¿Para qué sirve la ley? ¿No hay límite alguno para la interpretación de la ley?

Sí, lo hay. Y muchas reglas jurídicas y filosóficas convergen en ella. Aunque, cabe reconocer, que su mayor o menor definición estará dada por gran cantidad de factores. HART planteó magistralmente el concepto de elasticidad interpretativa con un ejemplo deportivo; en el mismo sentido, GUIBOURG acude a otra imagen apropiada para comprender la situación. Así, “la goma es elástica; si ejercemos alguna presión sobre ella, cambia de forma. A mayor presión, mayor es la deformación. Pero esta circunstancia también puede leerse a la inversa: cuanto mayor sea la diferencia entre su forma original y la que queramos darle, más presión será necesario ejercer sobre ella. Y, llegado un límite difícil de establecer pero siempre presente, la goma se corta o estalla”.

Los juristas pueden proponer cualquier interpretación de la ley. Algunos, de hecho, sugieren interpretaciones que otros juzgan disparatadas. Pero, en la mayoría de los casos, buscan no traspasar ciertos límites difusos. El abogado plantea sus propuestas de tal modo que el juez pueda ser convencido y, en el peor de los casos, que no suscite sanciones por temeridad o malicia. El juez, de tal manera que el superior no revoque su decisión o, en el peor de los casos, que sus pares no lo critiquen por ignorante o arbitrario. Cuando la motivación es grande (esto es, cuando la conciencia jurídica material de la que hablaba Ross ejerce mucha fuerza), tal vez uno y otro lleguen a arriesgarse mucho más. Pero, en cualquier supuesto, la interpretación elegida tiene un marco social, fuera del cual el abogado es sancionado y el juez puede enfrentar un proceso de destitución y ser juzgado por prevaricato o, al menos, sufrir el descrédito público¹².

a) *EL DILEMA DE LA “VERDAD” CONSTITUCIONAL Y DE LOS MODELOS DESCRIPTIVOS*. En un interesante trabajo, GUIBOURG refle-

¹² GUIBOURG, *Notas publicadas*, supl. “Filosofía y derecho”, www.albrematica.com.ar/dial/.

xiona en torno a las dificultades que para la teoría general del derecho conlleva la ley inconstitucional, como especie del género de casos en los que una norma inferior se halla en conflicto con la superior¹³.

¿Con qué fundamento jurídico postulamos la existencia o validez de una norma que entendemos contraria a la Constitución? ¿Con qué razón entendemos válida una decisión judicial de última instancia que consideramos equivocada? ¿Existe una verdad constitucional?

Muchos filósofos del derecho intentaron resolver estos interrogantes. Para KELSEN, la norma superior establece el modo y el contenido con el que han de crearse las normas inferiores, pero al hacerlo admite siempre una alternativa directa, que goza de preferencia –la expresada en su texto–, y una alternativa débil, implícita o indirecta, que es la clase complementaria de la primera.

Si una norma constitucional da “preferencia” a lo que en ella se lee, pero también admite implícitamente cualquier otro contenido, la diferencia entre ambas alternativas ha de ser relevante o bien la norma superior carecerá de todo significado (en el sentido de que será satisfecha por cualquier estado de cosas). KELSEN encuentra una manifestación de preferencia en que la norma inferior “irregular” (encuadrada en la alternativa implícita) puede ser derogada (anulada, revocada) por los tribunales, pero no considera que la norma “regular” también pueda serlo. Su posición, pues, resulta en la vacuidad completa de la norma superior¹⁴.

Para HART, una vez instituido un órgano con competencia para interpretar la norma superior, el contenido de ésta depende de las decisiones de aquél. Pero tales decisiones, a su vez, se enmarcan en un contexto político que les sirve generalmente de límite. Una interpretación que traspase groseramente aquel marco implica, de hecho, el riesgo de desobediencia o destitución¹⁵.

¹³ GUIBOURG, *Lenguaje, Constitución y modelos descriptivos*, en “Deber y saber”, 1997, p. 137.

¹⁴ KELSEN, *Teoría del derecho y del Estado*, cap. IV.

¹⁵ HART, *El concepto de derecho*, p. 99 y siguientes.

Claro que si ella persiste y es acatada, el órgano interpretador habrá introducido una modificación en las reglas del sistema. La tesis de HART admite el poder acaso devastador que la función interpretativa acuerda al órgano judicial, pero recuerda que el sistema normativo no funciona en el vacío, sino alimentado y condicionado por diversas circunstancias de la vida social.

En cambio, BULYGIN busca un modo de describir la situación a partir del propio sistema jurídico. Para eso distingue el concepto de pertenencia del de aplicabilidad; a veces son aplicables normas que ya no pertenecen al sistema (ultraactividad de leyes derogadas) o que jamás pertenecieron a él (leyes extranjeras en casos regidos por el derecho internacional privado)¹⁶.

Al respecto, el supuesto de la ley inconstitucional es semejante a este último. Ella no pertenece al sistema, que se integra con las normas originarias, que se identifican por enumeración; con las normas delegadas, que se identifican según el criterio de legalidad, y con las consecuencias lógicas del conjunto, que se identifican por el criterio de deducibilidad. Sin embargo, es aplicable en virtud de la decisión de un órgano competente. Si una norma (no originaria) es aplicable, será porque alguna otra norma perteneciente al sistema le otorga tal estatuto, ya sea en general, ya sea para un caso individual.

Y esta circunstancia –que encaja en lo que KELSEN y HART llaman *validez*– no deja, en el esquema de BULYGIN, de depender del contenido de las normas que integran el sistema. Es verdad que el autor citado elimina de su concepto de sistema las normas individuales, por lo que las decisiones aisladas de un tribunal quedarían (sólo por definición) privadas de efecto sobre el sistema mismo. Pero si el órgano fuera un tribunal constitucional, cuyas decisiones surtiesen efectos *erga omnes*, el problema quedaría reinstalado en los términos originales. En suma, la situación de las normas aplicables no es fácilmente escindible de la que rige las normas pertenecientes, y la dificultad consiste, precisamen-

¹⁶ BULYGIN, *Regla de reconocimiento. ¿Norma de obligación o criterio conceptual?* Réplica a J. Ruiz Moreno, n° 9, 1991, p. 311 a 318.

te, en explicar cómo una norma perteneciente al sistema pueda disponer la aplicabilidad de otra no perteneciente, cuando esta última adolece de irregularidad por la autoridad que la promulgó, por el procedimiento con que fue creada o por su contenido incompatible con el de la primera norma.

Pero entonces, si concluyéramos en que no hay una verdad constitucional, ¿depende todo de los juegos del poder? Si existiera esta “verdad”, ¿dependería también de los juegos de poder, al estar condicionada en su validez a la declaración judicial? ¿Es el problema de la ley inconstitucional –como, en general, los que derivan de la tensión entre realismo e idealismo normativos– insoluble, como el autor que seguimos en este punto afirma?

Dijimos oportunamente que el intérprete es un intermediario entre los símbolos y el destinatario de su actividad. Esto requiere de un proceso de codificación en el emisor y otro de decodificación en el receptor. Pero empíricamente sabemos que es raro que dos personas hablen exactamente el mismo idioma; es decir, que asignen los mismos significados a las mismas palabras o símbolos.

Tanto el lenguaje como la ley se conocen mediante la construcción de modelos descriptivos, que procuran clarificar al menos los puntos de la realidad descrita más cercanos a la experiencia o a los intereses del usuario.

El trazado de tales modelos no es arbitrario. Se construyen tomando en cuenta el modo en que los demás hayan construido sus propios modelos equivalentes, así como la eficacia que el modelo elegido vaya demostrando en la explicación y en la predicción de los acontecimientos. Hay, pues, una considerable presión de la vida cotidiana en favor de la coincidencia de los modelos y del consenso que amplíe la intersección de unos con otros.

Tal sería la situación en materia de interpretación constitucional. Hay una Constitución escrita, cuyo texto todos conocemos, que constituye un punto de partida. Las interpretaciones que se hacen de ese texto son tan diversas y cambiantes que calificarlas de verdaderas o falsas, de correctas o incorrectas, se vuelve –más allá de nuestras propias opiniones– más una aproximación estadística que un ejercicio de la razón.

Así, para GUIBOURG, como ocurre con el lenguaje, hay potencialmente tantas “constituciones” (es decir modelos descriptivos de la Constitución) como personas¹⁷. Pero, en su construcción, tales modelos deben ser “razonables”, no arbitrarios, pues el que elijamos debe mostrar alguna aptitud para ser invocado con algún grado de aceptación ante terceros. Esto conduce necesariamente a la edificación de consenso, es decir, a incorporar en el “modelo propio” datos provenientes de “modelos ajenos”.

A partir de estas consideraciones nos surge un interrogante que procuramos dejar planteado junto con algunas reflexiones que sirvan para que el lector construya sus conclusiones.

¿Podemos hablar de un “modelo descriptivo” de la Constitución? O, dicho de otro modo, ¿poseen las constituciones su propio lenguaje? Ajustando el interrogante, ¿contienen las constituciones un modelo descriptivo básico que sustenta los modelos descriptivos “razonables”? Un modelo descriptivo constitucional unitario o personal ¿es “razonable” a partir del consenso que logre reunir o en función de su edificación en torno de determinados componentes básicamente aceptados?

Sin duda, la actividad interpretativa no puede apartarse de las condiciones generales que conforman el ordenamiento jurídico y su desarrollo histórico, pues la labor del intérprete es distinta, según cuáles sean las características del sistema jurídico que aborda y de los principios y valores que consagra y prioriza.

b) *LA INTERPRETACIÓN Y EL PROCESO CONVENCIONAL*. Para el Estado liberal asociado al constitucionalismo, el principal problema ha sido el de los límites. ¿Hasta dónde podía interferir en la vida de los ciudadanos? Libertad de conciencia, de pensamiento, de prensa, inviolabilidad del domicilio, garantías del proceso aparecen como límites esenciales del Estado. En la democracia constitucional se reformulan totalmente los postulados del Estado liberal. Las conquistas sociales son asimiladas y el pluralismo se integra como ele-

¹⁷ GUIBOURG, *Lenguaje, Constitución y modelos descriptivos*. *Deber y saber*, p. 139.

mento esencial, rebasándose progresivamente el aspecto formal del Estado liberal.

Es que el elemento “pluralista” del Estado constitucional conlleva una heterogeneidad que impide considerar el ordenamiento como algo preestablecido. Según BALAGUER CALLEJÓN, “es la constitución ahora la que debe reconducir a unidad esa pluralidad. Es la constitución en definitiva la que permite reconstruir el ordenamiento, de ahí la trascendencia que adquiere en esta nueva situación la interpretación constitucional”¹⁸.

La interpretación constitucional, para esta posición, ya no puede ajustarse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución; ésta es sólo el núcleo de la primera. La constitución es el germen de la reordenación del sistema jurídico, que sólo se produce desde los principios y valores constitucionales. En el Estado constitucional, la Constitución no es un cuerpo que se impone al intérprete como una verdad revelada, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y extiende para renovar constantemente esa conciliación social.

Se comprende, entonces, la diferencia en la concepción de los procedimientos interpretativos. De la interpretación concebida como una fórmula para determinar la voluntad del legislador se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos, en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho. En una democracia pluralista la interpretación es una mera técnica de determinación de una voluntad soberana o es el resultado de un proceso de integración de intereses y valores abierto a la sociedad y al ordenamiento.

Así las cosas, la interpretación de las normas en la democracia constitucional debe efectuarse considerando los principios y valores por los que la sociedad se rige, que se encuentran contenidos en su texto escrito. A este respecto, es importante considerar el proceso por el que se lleva a cabo la formación de la voluntad constituyente en el que quedan establecidos dichos valores. Es decir, cuáles fueron

¹⁸ BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, p. 26, citando a ZAGREBELSKY.

los valores privilegiados por la comunidad. En igual sentido, NINO nos habla de “proceso convencional”¹⁹.

Así, el pacto social aparece como una de las limitaciones a la actividad interpretativa, pues al intérprete no le está permitido interpretar por encima del texto, bajo pena de incurrir en la ilegitimidad constitucional. El proceso de formación del pacto social adquiere importancia en la actividad interpretativa; de ahí la necesidad de conocer las condiciones en que se produce.

c) *INTERPRETACIÓN Y DERECHOS HUMANOS*. Cuando hablamos de los derechos humanos en relación con la interpretación de las normas jurídicas, hacemos referencia a la interpretación específica de un determinado tipo de normas, que el constituyente ha querido reforzar tanto en su fase de elaboración como de aplicación, porque las ha considerado más importantes. En tal sentido, adviértase la jerarquía constitucional que han adquirido los tratados sobre derechos humanos en la Constitución argentina, por imperio del art. 75, inc. 22.

Exigencias como la tutela reforzada en su ejercicio o el establecimiento de mayorías calificadas para su modificación constitucional, así como la obligación de un sentido interpretativo determinado por el marco internacional, hacen de los derechos humanos objeto de especial consideración en la interpretación de las normas.

Nuestra propia Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a los derechos individuales, pero de plena aplicación al principio que sostenemos, ha utilizado en casos como “Sojo”²⁰, “Elortondo”²¹, “Lacour”²² o “Pérez”²³ esta distinción interpretativa, al decir que el fin último de la Constitución es el de servir de *palladium* de la libertad, y que este fin de protección de los derechos individuales debe ser tomado en cuenta como regla máxima de interpretación.

¹⁹ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 77 y siguientes.

²⁰ *Fallos*, 32:125.

²¹ *Fallos*, 33:193.

²² *Fallos*, 200:187.

²³ *Fallos*, 91:56.

Por ello, si bien es cierto que al juez constitucional le asiste la posibilidad y el deber de interpretar y decir cuál es el contenido y cómo se aplica determinada norma constitucional, este ejercicio –como venimos advirtiendo– no es libre, pues se encuentra limitado, constreñido y ajustado al proceso convencional y a los valores y principios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional. De tal modo, el ejercicio de interpretación no es irrestricto y menos arbitrario; muy por el contrario, es acotado al lineamiento definido y marcado por las mismas normas constitucionales y, especialmente, por los valores y los principios generales del derecho de los derechos humanos y la democracia.

En este sentido, es interesante destacar que la Corte Suprema de Justicia argentina, en su actual composición, se ha asignado el rol de “custodio de la responsabilidad internacional del Estado Argentino”.

Efectivamente, en el caso “Mazzeo”, el alto tribunal afirmó que el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete último de la Convención Americana.

d) *LAS CONVENCIONES INTERPRETATIVAS*. Para NINO, muchos de los problemas sobre la elección de los criterios para interpretar la Constitución se desvanecen si consideramos que la práctica constitucional está integrada por las convenciones interpretativas de los jueces, los juristas y aun la gente en general²⁵.

Lo que tiene relevancia no es el texto en sí mismo, sino la práctica generada por ese texto, por cuanto ella da lugar a expectativas y disposiciones que permiten que las decisiones que se tomen sean eficaces. Esta práctica en conjunto,

²⁴ CSJN, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L., y otros”, JA, 2007-III-573.

²⁵ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 103 y siguientes.

constituida por regularidades de conductas y decisiones de diferentes órganos generados por un texto resultante de un acto constituyente fundador, se impone entre los principios valorativos y las propias decisiones o propuestas. El respeto por estas convenciones tiene iguales fundamentos y límites, aunque con diferente grado, que el respeto a la convención más básica que prescribe observar el texto constitucional.

§ 81. *ALGUNAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.* –

La doctrina sobre interpretación constitucional se ha ocupado de elaborar algunas reglas o directrices útiles para guiar dicha operación. Por supuesto, y más allá de la validez general de estas reglas, ellas están principalmente dirigidas al Poder Judicial, atento a la relevancia que ofrece su interpretación en un sistema como el nuestro. No sólo nos situamos en la perspectiva del Poder Judicial, sino que además reflexionamos pensando en el control de constitucionalidad, no porque interpretación y control sean equivalentes, sino porque no hay control sin interpretación.

a) *POSTULADO DE LA EFICACIA O EFECTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.*

Esta directiva, que parte de la característica normativa de la Constitución, y de su rango superior, ha sido puesta de relieve por varios autores, bajo distintas denominaciones. En términos generales apunta a encauzar la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.

Cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto, antes que en el sentido con el cual no podría producir alguno.

La Corte Suprema argentina, en el caso “Gedes Hnos.”, sostuvo que cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada y rechazarse como superflua y sin sentido²⁶.

²⁶ *Fallos*, 95:334.

De este postulado se derivan algunas conclusiones marcadas también por la propia Corte Suprema, cuando ha sostenido (p.ej., en autos “Calvete”) que la “inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se supone como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto”²⁷.

b) *POSTULADO SISTEMÁTICO*. A los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativo, es importante comprobar que él no es un mero agregado caótico, sino una totalidad ordenada o sistémica. En el caso de la Constitución, esto se vislumbra si consideramos su procedimiento de gestación a partir de una voluntad histórica en pos de ciertos objetivos.

La mirada del intérprete, en este caso, debe dirigirse no sólo a los expresos enunciados constitucionales, sino también comprender toda la materia constitucional, aun aquella consagrada por otras fuentes del derecho. Al reconocerse que las regulaciones constitucionales configuran un sistema, inmediatamente se verifican disposiciones de mayor o menor jerarquía.

En este sentido nos parece útil tener en cuenta la distinción planteada entre normas, principios y valores, cuando se identifica a la Constitución como un complejo de principios generalísimos que representan el núcleo central de ella; trata de los principios que más directamente expresan los valores políticos en los cuales la Constitución encuentra su fundamento y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de un modo peculiar²⁸.

Uno de los grandes beneficios que reditúa la visión sistemática de la Constitución es mostrar una coherencia aceptable entre sus distintos enunciados, armonizándolos o llegando a la eliminación o postergación de la norma de menor valor. La Corte Suprema ha reconocido la importancia de esta regla armonizadora, al decir que “las cláusulas consti-

²⁷ Fallos, 1:300.

²⁸ VIGO, *Interpretación constitucional*, p. 119.

tucionales no deben ser interpretadas de manera que las ponga en conflicto unas con otras, sino que las armonice y que respete los principios fundamentales que las informan”²⁹.

Ahora bien, es posible que, a pesar del esfuerzo, el intérprete no logre el objetivo de superar incoherencias o de armonizar debidamente las normas. Esto nos conduce al debatido punto de la jerarquía de los derechos. La jurisprudencia de la Corte estadounidense ha recurrido a la teoría de las *libertades preferidas* para privilegiar los derechos fundamentales de la primera enmienda. En definitiva, si a pesar de los esfuerzos interpretativos armonizadores se corroboran contradicciones o inconsistencias, se tendrá que recurrir al manejo de normas constitucionales de mayor o menor valor y, por vía del contrapeso axiológico, superar las incompatibilidades emergentes.

En la doctrina constitucional argentina, EKMEKDJIAN y BIDART CAMPOS han polemizado al respecto, es decir, acerca de si procede o no efectuar una especie de jerarquía entre los derechos humanos que nuestra Constitución reconoce³⁰. A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido ambivalente en este sentido, a nuestro parecer cabe reconocer esta jerarquía, que descansa en razones éticas y antropológicas y que se justifica desde una visión sistemática de la Constitución.

c) *POSTULADO SOBRE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*. La moderna ciencia jurídica, constituida en el siglo XIX, presentará como una de sus banderas más preciadas la de reconstruir racionalmente las diferentes normas jurídicas de la sociedad, hasta conformar un sistema completo, coherente e independiente.

La exigencia de pensar y describir el derecho vigente en términos de un ordenamiento jurídico jerárquico, consis-

²⁹ CSJN, *Fallos*, 324:3219, entre otros.

³⁰ EKMEKDJIAN, *La teoría del valor jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración pública*, en AAVV, “La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”, t. III, p. 2119 a 2140. BIDART CAMPOS, *¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?*, ED, 116-800.

te y coherente, no sólo facilita su utilización por los juristas, sino que también cuenta con una fuerte apoyatura axiológica, dado que la justicia y la seguridad no tolerarían un derecho contradictorio e imprevisible.

La Constitución asegura una unidad del ordenamiento, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas.

La doctrina del conocido caso “Strada” tiende explícitamente a la sistémica y unitaria totalidad del derecho nacional, pues en dicha resolución, luego de reconocer la facultad no delegada de las provincias a organizar la administración de justicia, se advierte que tal ejercicio es inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras a las que las autoridades de cada Estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes³¹.

d) *POSTULADO QUE APELA A LA MÁXIMA FUNCIONALIDAD DEL RÉGIMEN POLÍTICO.* Hemos visto que la Constitución consagra decisiones políticas fundamentales y posibilidades por las cuales la sociedad se configura con un determinado orden político. Esta matriz no puede ser ignorada por los poderes a la hora de interpretar el texto a partir del ejercicio del control constitucional.

Esta funcionalidad del régimen político está ligada al equilibrio de los poderes, de modo de buscar entre ellos la cooperación y de destrabar cualquier situación de bloqueo que pueda suscitarse. El régimen político no sólo requiere de este equilibrio, sino que, en el ejercicio de las respectivas atribuciones, se respeten los requisitos formales, sustanciales y axiológicos previstos en la Constitución.

El tema así considerado guarda relación con lo que se ha dado en llamar la “fórmula política”, la cual se constru-

³¹ *Fallos*, 308:490.

ye en torno a la forma de Estado consensuada socialmente y diseñada en la Constitución, e implica la unidad de directiva política de la acción estatal, pero, además, la “fórmula política” está presente en la faz interpretativa de la Constitución, favoreciendo la unidad de ésta y la unidad política del Estado.

En gran medida, la conocida teoría de ELY se orienta a convertir al Poder Judicial en el verdadero y legítimo órgano que debe velar por la plena vigencia de la democracia republicana y representativa³².

En definitiva, al intérprete jurídico le corresponde optar por aquellas alternativas que preserven y afiancen el régimen político; por eso es misión del tribunal evaluar las consecuencias posibles de sus sentencias, teniendo en cuenta la precisa distribución de las fuerzas políticas parlamentarias y sus necesidades e intereses, dado que finalmente esas decisiones en materia constitucional los transforman en copartícipes de la orientación política estatal.

Coincidimos con VANOSI cuando sostiene que nuestra Constitución, siguiendo en esto a la estadounidense, ha querido que la Corte Suprema, en cuanto intérprete final de aquélla, opere más que como un tribunal como un poder del Estado, teniendo en sus manos el control de constitucionalidad³³. Por esto ha sido tan cautelosa a la hora de reconocer la facultad judicial de invalidar una ley, recordando que no sólo las leyes gozan de presunción de legitimidad, si no operan plenamente y que dicha atribución debe ser ejercida con sobriedad y prudencia únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indubitable.

El cuestionamiento constitucional incluye el supuesto de irrazonabilidad de las leyes, o sea, cuando arbitran medios que no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta falta de equidad.

El cumplimiento acabado de esta función moderadora del régimen político necesariamente se vincula a la reducción o restricción para los poderes políticos de las llamadas “cuestiones políticas no justiciables” (ver § 30 a 36).

³² Ver, en general, ELY, *Democracia y desconfianza*.

³³ VANOSI, *Teoría constitucional*, t. II, p. 75 y siguientes.

e) *POSTULADO DE CONSOLIDACIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES.* En toda Constitución se puede desprender una serie de valores que informan y caracterizan su personalidad y naturaleza, pero a veces esta dimensión axiológica apenas aparece reconocida, mientras que en otros casos hay una consagración explícita en su articulado y preámbulo.

La Constitución argentina encuentra un predominante contenido axiológico con relación a los derechos humanos expuesto en la parte dogmática y en todos los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional a partir de su reforma de 1994. Así, nuestra Corte Suprema no sólo los ha considerado derechos esenciales del hombre³⁴, sino que les ha reconocido el carácter de anteriores al Estado o preexistentes a cualquier ordenamiento estatal³⁵.

f) *POSTULADO QUE PROPUGNA LA ATENCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS SOCIALES.* Este postulado propone que, si bien pesa sobre el intérprete la responsabilidad de buscar la justicia del caso, no debe dejar de lado las exigencias y expectativas de toda la sociedad. Es decir que en el cálculo del intérprete debe aparecer no sólo el reclamo de las partes involucradas en el caso, sino también el reclamo por los intereses del llamado bien político común.

Se requiere, por consiguiente, una inteligencia previsorra, dispuesta a medir las proyecciones sociales globales y las proyecciones para los casos judiciales de las soluciones que se propugne. El mandato del Preámbulo de la Constitución argentina de “*afianzar la justicia*” y “*promover el bienestar general*” exige del intérprete no quedar atado al caso individual y elevarse a la proyección social y futura de los resultados interpretativos.

g) *POSTULADO QUE PROPUGNA EL EQUILIBRIO ENTRE LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA O ENTRE LO ESTÁTICO Y DINÁMICO.* El tema del papel de la intención del legislador, y en especial del constituyente, en el proceso de interpretación jurídica es uno de los más controvertidos y divide escuelas de pensamiento. Es bien conocido el enfrentamiento doctrinal en

³⁴ *Fallos*, 241:291.

³⁵ *Fallos*, 302:1284.

los Estados Unidos de América entre originalistas y constructivistas o partidarios de un enfoque progresivo respecto de la interpretación constitucional.

Evidentemente, el recurso de la historia en la interpretación puede ser utilizado con un sentido dinámico o estático, según se exija fidelidad al autor de la norma jurídica, intentando poner luz a sus intenciones o si independizamos a la norma de la voluntad subjetiva del autor, procurando darle un contenido objetivo.

En materia constitucional, consideramos que, en la medida en que se planteen de manera expresa las alternativas descritas, no cabe la elección unilateral de alguna de ellas, pues debe procurarse –a nuestro criterio– encontrar una posición ecléctica.

La Constitución es la norma jurídica suprema y fundacional del ordenamiento jurídico, destinado a perdurar en el tiempo, y el poder constituyente que la establece está por encima de los demás poderes. Este carácter privilegiado que inviste la Constitución exige una ajustada prudencia interpretativa. Una lectura integral y axiológica del texto constitucional se impone para cumplir el doble cometido que proponemos; por un lado, el respeto a la voluntad originaria y, por el otro, una respuesta apropiada al reclamo presente y futuro. Las enseñanzas clásicas acerca de la prudencia le asignan ese papel de puente entre las exigencias permanentes y universales y las exigencias coyunturales y concretas.

Una posición interesante que se inscribe en esta búsqueda de equilibrio es la sostenida por DWORKIN, con su distinción entre *concepto* y *concepciones*³⁶. Mientras los conceptos, por su pretensión general, son formulados de manera abstracta y corresponde al intérprete determinar en cada caso su contenido concreto y válido, las concepciones refieren a situaciones históricas individualizadas y, por ende, hay un sentido normativo ya definido, que no deja margen al intérprete para variaciones.

§ 82. **INTERPRETACIÓN Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA EN EL EJERCICIO DEL CONTROL.** – Como

³⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 103.

hemos visto en el capítulo II (§ 10 a 12), el control constitucional es más un problema político que un problema jurídico, ya que las Constituciones como instrumentos de gobierno –aun las más reglamentarias– son textos generales que deben ser interpretados por los órganos públicos y particularmente por el órgano que en el sistema jurídico vigente tenga la última palabra en términos constitucionales.

La Corte estadounidense y la argentina han modificado mucho su criterio a lo largo del siglo xx y han entendido –por ejemplo– de forma diferente la protección del derecho de propiedad, consagrado en nuestro caso en el art. 17 de la Const. nacional, demostrando que el control constitucional no ha sido ejercido en forma puramente jurídica, sino que ha estado fuertemente influido por concepciones muy variadas que lo han conducido desde una preocupación por los derechos patrimoniales a una priorización de los derechos personales.

§ 83. *EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. SU DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, EUROPA Y ARGENTINA.* – La validez constitucional de una norma no se limita al control formal o adjetivo de ella, es necesario evaluar la relación existente entre los fines perseguidos por la ley y los medios arbitrados por el legislador por la persecución de tales fines, a la luz de los derechos constitucionales.

Dicho ejercicio interpretativo se conoce en los Estados Unidos de América y en nuestro país como principio de razonabilidad; y como principio de proporcionalidad en Europa continental³⁷.

Son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process* o *reasonableness*) de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encarga-

³⁷ Un completo trabajo respecto del desarrollo del principio de razonabilidad en los Estados Unidos de América que seguimos en este punto, puede verse en SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, "Revista Jurídica Dikaion", año 22, n° 17, p. 157 a 198.

do de realizar el control de constitucionalidad –sea un sistema difuso o concentrado–, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.

En el derecho continental, la locución “razonabilidad” se reserva en general a la “constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado”³⁸; lo que vendría a significar que se relaciona con la interpretación y aplicación del principio de igualdad³⁹.

Por el contrario, la proporcionalidad se refiere al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo y, tal como es aplicado en diversos países de Europa, tiene tres juicios internos por los cuales se encauza el control de constitucionalidad de la norma. Se examina tanto la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación) como la eficiencia de la norma (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

El análisis de proporcionalidad es un criterio de fundamentación de las decisiones que implica un control riguroso que se aplica, sobre todo, a las normas que regulan derechos fundamentales. Una norma que no atraviesa alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será aquella que interfiera en el contenido esencial del derecho fundamental.

El principio de razonabilidad, o el debido proceso legal sustantivo que es aplicado en el derecho estadounidense, como veremos en el siguiente punto, es un control riguroso de aquellas normas que versan sobre determinadas materias sensibles vinculadas a la igualdad. Sin embargo, el debido proceso legal sustantivo es muy débil a la hora de controlar leyes de contenido económico.

³⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, p. 117.

³⁹ El principio de razonabilidad (*principio di ragionevolezza*) es utilizado con frecuencia en Italia como una herramienta para evaluar los criterios diferenciadores contenidos en las leyes. Cfr. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, en “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici”, p. 179 a 185.

En el derecho argentino se ha tomado, especialmente, el modelo estadounidense de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos.

El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación.

a) *ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA*. Efectivamente, el principio de razonabilidad encontró su origen en ambas tradiciones occidentales del derecho: la tradición anglosajona y la europea continental.

En los Estados Unidos de América, la aplicación y desarrollo del principio de razonabilidad encontró contenido en el llamado estándar del *substantive due process of law*⁴⁰. La evolución jurisprudencial estadounidense acaecida en el siglo xx en torno a la cláusula del debido proceso legal, previsto en las enmiendas V y XIV⁴¹ de la Constitución, dio luz al análisis y control de la razonabilidad de las leyes federales y estatales por parte de los jueces.

El máximo tribunal estadounidense utilizó por primera vez esta enmienda en 1855⁴², y pocas veces hasta terminada la guerra civil. Durante la etapa anterior a la guerra de secesión, y más allá de control y de las reglas que surgieron a partir de “*Marbury v. Madison*”, la Corte carecía, desde la Constitución, de reglas generales que la habilitaran para limitar el ejercicio arbitrario del poder de policía del Estado.

⁴⁰ La expresión “debido proceso legal” no es un concepto originario del derecho estadounidense. Se trata de una antigua noción que surgió de la Carta Magna inglesa de 1215 y que a mediados del siglo xiv se comenzó a emplear en los estatutos del reino. Se trataba de una garantía procesal por la cual era necesario cumplir determinadas reglas y procedimientos para que los actos estatales pudieran gozar de validez. Era también una garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero no del Parlamento. Cfr. CORWIN, *The Constitution and what it means today*, p. 769 a 1445.

⁴¹ Conforme a la enmienda V, “nadie estará obligado... a declarar contra sí mismo en juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”. Conforme a la enmienda XIV, “ningún Estado podrá... privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin un debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la protección igualitaria de la ley”.

⁴² Cfr. “*Murray v. Hoboken Land & Im p. Co.*”, 59 US 272, 1855.

Por consiguiente, la garantía del *due process of law* no sería, hasta 1886, una garantía sustantiva sino meramente adjetiva o formal⁴³.

El fin de la guerra marcó el inicio de la línea de control judicial hacia el debido proceso legal sustantivo⁴⁴, desarrollando el alto tribunal un enorme poder para controlar el contenido de la legislación federal y estadual a la luz de criterios de razonabilidad y justicia.

Si bien inicialmente la Corte sostuvo que la enmienda XIV no garantizaba la justicia de las normas sancionadas por el Congreso⁴⁵, pocos años después (en 1886) en los "Railroad Commission Cases"⁴⁶, marcó un nuevo rumbo hacia la sustantividad de la garantía del debido proceso.

La Corte expresó: "de lo que se lleva dicho no debe inferirse que este poder de limitación o regulación es ilimitado en sí mismo. El poder de regular no es el poder de destruir, y 'limitación' no equivale a 'confiscación'. Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas o cosas sin remuneración; ni puede ese poder hacer aquello que en derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin el debido proceso legal... Puede demostrarse por la defensa que dicha tarifa fijada es injusta"⁴⁷.

La garantía del debido proceso sustancial se consolida en el fallo "Chicago Milwaukee & St. Paul v. State of Min-

⁴³ Cfr. NOWAK - ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 398 a 402.

⁴⁴ La primera aparición del *substantive due process of law* se da en el ignominioso caso "Dred Scott", donde la Corte opinó que un esclavo, al no ser ciudadano estadounidense, no puede beneficiarse de la garantía del debido proceso cuando una ley del Congreso lo ha privado de su libertad y propiedad. Cfr. "Dred Scott v. Sandford", 60 US 393, 450-451, 1857.

⁴⁵ Así lo entendió en la decisión de los "Slaughterhouse Case", 83 US 36, 1872. En un fallo muy ajustado afirmó que la creación de un monopolio por parte del Estado de Luisiana no violaba las enmiendas XIII y XIV. Esta postura se vio repetida en veintiséis casos posteriores. Cfr. SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, p. 165.

⁴⁶ 116 US 307, 1886.

⁴⁷ "Railroad Commission Cases", 116 US 307, 331, 1886. Cfr. LINARES, *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, p. 21.

nesota”⁴⁸, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad e irrazonabilidad de una tarifa que no brindaba una ganancia “prudente” a una empresa de transporte. El proceso jurisprudencial se completa en 1897 con el caso *Allgeyer v. Louisiana*⁴⁹, en el que la Corte manifestó que utilizaría el debido proceso sustantivo para invalidar cualquier tipo de legislación económica o social considerada por la Corte como irrazonable o violatoria de la cláusula contractual.

La doctrina del control a través del debido proceso sustantivo tuvo su mayor expansión entre los años 1900 y 1937. La ley regulatoria de la propiedad se presumía inconstitucional y el Estado, para preservarla, debía probar que los medios empleados (legislación) mantenían algún tipo de relación razonable con un fin legítimo⁵⁰. Este período es conocido como la “era *Lochner*” a raíz del fallo “*Lochner v. New York*”⁵¹ de 1905, en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley laboral al considerar que era una irrazonable, innecesaria y arbitraria interferencia a la libertad de contratación, y entendió que el gobierno no tiene un propósito legítimo para regular las condiciones y prácticas de trabajo⁵².

El primer caso que marcó un cambio en la perspectiva impuesta por “*Lochner*”, fue “*Nebbia v. New York*” de 1934, fallado en una época de grandes cambios y crisis económi-

⁴⁸ 134 US 418, 1890.

⁴⁹ 165 US 578, 1897.

⁵⁰ Cfr. NOVAK - ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 408.

⁵¹ 198 US 95, 1905.

⁵² SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, p. 166. Luego del fallo “*Lochner*” se sucedieron varios fallos relativos a regulaciones sobre el comercio y la industria, consideradas irrazonables interferencias sobre la economía. Los jueces HOLMES y HARLAN, en posición siempre disidente, opinaban que la Corte no debía invalidar legislación simplemente porque los jueces no la creían apropiada, ya que la Constitución fue fundada por personas con visiones fundamentales diferentes. En “*Lochner*”, el juez HOLMES dijo: “una Constitución no pretende acoger determinada teoría económica, ya sea el paternalismo y la relación orgánica del ciudadano al Estado, o el *laissez faire*. Está hecha por personas con visiones fundamentales diferentes” (“*Lochner v. New York*”, 198 US 45, 75-76, 1905). Cfr. NOVAK - ROTUNDA, *Constitutional Law*, p. 409.

cas y sociales. La Corte sostuvo la constitucionalidad de una legislación de precios mínimos para la leche: “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines”⁵³.

“La era Lochner termina en el año 1937 con el fallo ‘West Coast Hotel Co. v. Parrish’⁵⁴ con el cual se abandonó definitivamente el control estricto al estilo Lochner de legislación económica bajo el debido proceso legal de la enmienda XIV. A partir de 1937, se puede decir que el control judicial sobre el contenido de la legislación de policía bajo la enmienda XIV se subdividió en dos aspectos o juicios generales: el debido proceso (*due process clause*) y la protección de la igualdad (*equal protection clause*).

Prácticamente todo el análisis constitucional sobre el contenido de la norma parte de esta distinción: cuando una ley regula un derecho o una libertad que afecta a todos los hombres por igual, se la somete al test del debido proceso sustantivo; pero cuando una norma establece clasificaciones mediante las cuales se regula el ejercicio de un determinado derecho o libertad de un modo distinto a diversos grupos o personas, la Corte analiza el caso a la luz de la protección de la igualdad”⁵⁵.

Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte estadounidense diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados “escrutinios” (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última.

Estos escrutinios consisten en distintos niveles de intensidad en el control de constitucionalidad de las leyes⁵⁶.

⁵³ “Nebbia v. New York”, 291 US 502, 547, 1934.

⁵⁴ 300 US 379, 1937.

⁵⁵ Cfr. SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad*, “Revista Jurídica Díkaion”, año 22, n° 17, p. 167.

⁵⁶ Cfr. GIARDELLI - TOLLER - CIANCIARDO, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema*

a) El “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*)⁵⁷; se utiliza, cuando en determinados casos se presume la inconstitucionalidad de la norma (aplicado principalmente en la regulación del derecho de igualdad) o en algunas circunstancias en las llamadas “libertades preferidas”⁵⁸, sobre las cuales ahondaremos en el punto siguiente.

b) El “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino “importantes”. La norma se presume inconstitucional y el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental que aunque no es imperiosa, es importante.

c) El escrutinio del control de relación razonable (*rational basis review*), es un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este test exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida⁵⁹, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados

estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad, en FERRER MAC-GREGOR - ZALDIVAR LELO DE LARREA (COORDS.), “La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho”, t. IV, p. 301 a 343.

⁵⁷ El escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez STONE en el fallo “United States v. Carolene Products Co.”, 304 US 144, 152, 1938, en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias “podían demandar un análisis judicial más intenso”. Más adelante, en el fallo “Toyosaburo Korematsu v. United States”, 323 US 214, 1944, la Corte aplicaría por primera vez este test.

⁵⁸ Se trata de “un conjunto de derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación. Son derechos de los llamados ‘personalísimos’, que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión o los derechos de participación política, etcétera” (CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, p. 37).

⁵⁹ La Suprema Corte modera la exigencia de la adecuación a la finalidad al decir que debe guardar una relación razonable con “alguna finalidad legítima”: mientras la ley tenga alguna finalidad legítima, será declarada constitucional. Cfr. “Romer v. Evans”, 517 US 620, 631, 1996.

a ella. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad⁶⁰. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar⁶¹.

“A partir de 1937, el debido proceso sustantivo se inclinó hacia la protección firme de los derechos fundamentales que se ven afectados por legislación o clasificaciones irrazonables. Empero, el análisis de razonabilidad de la legislación económica bajo las enmiendas V y XIV se basó, en general, en un mínimo control de razonabilidad.

Únicamente podrá aplicarse el escrutinio estricto e intermedio en los casos en que esta legislación económica o de bienestar social prive o afecte el ejercicio de derechos fundamentales. De lo contrario, quedan sujetas al *rational basis review*; las leyes de contenido económico se presumen constitucionales y sólo pueden declararse inconstitucionales en los casos en que se pruebe la existencia de un fin ilegítimo o que los medios no guardan una relación razonable con la finalidad legítima.

Una ley de este tipo solamente violará el debido proceso legal sustantivo cuando en forma total prive arbitrariamente a una persona del ejercicio de una libertad⁶².

b) *EUROPA*. El control de razonabilidad de los actos estatales encuentra su origen en Europa en el derecho alemán,

⁶⁰ Cfr. “FCC v. Beach”, 508 US 307, 313, 1993; “Sullivan v. Strop”, 496 US 478, 485, 1990; “Bowen v. Gilliard”, 483 US 587, 600-603, 1987; “United States Railroad Retirement Bd. v. Fritz”, 449 US 166, 174-179, 1980; “Dandridge v. Williams”, 397 US 471, 484-485, 1970. En “Hodel v. Indiana”, la Corte ratificó su doctrina al decir que “la legislación económica y social como ‘ley de superficie minera’ no emplea clasificaciones sospechosas ni infringe derechos fundamentales... Esta legislación carga con una presunción de racionalidad que sólo puede traspasarse mediante una clara demostración de su arbitrariedad e irracionalidad” (452 US 314, 331-332, 1981).

⁶¹ Han sido pocos los fallos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley con base en este escrutinio. Entre ellos se puede señalar el caso “United States Dept. of Agriculture v. Moreno”, en el que el máximo tribunal estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una ley que establecía una exención mediante una clasificación “claramente irrelevante” y que “racionalmente no perseguía ningún legítimo interés estatal” (413 US 528, 534, 1973).

⁶² Cfr. SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad*, “Revista Jurídica Díkaion”, año 22, n° 17, p. 169.

a partir de la idea de proporcionalidad ínsita en el derecho penal y por la cual las penas deben ser proporcionales al delito y adecuadas a la importancia social del hecho y al bien jurídico protegido⁶³.

Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la “prohibición de exceso”⁶⁴, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941)⁶⁵. A lo largo del siglo XIX, el principio de proporcionalidad transitó del derecho penal al administrativo y fue acuñado como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía⁶⁶.

El Tribunal Federal alemán consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales⁶⁷ y llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales⁶⁸. Tanto la jurispuden-

⁶³ Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, p. 16 y 17.

⁶⁴ Cfr. JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 22.

⁶⁵ Cfr. IBLER, *Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 50-51, p. 17.

⁶⁶ El factor desencadenante de este desarrollo ha sido la “preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado”, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 42.

⁶⁷ Cfr. IBLER, *Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 50-51, p. 17.

⁶⁸ El fallo que marcó la tendencia de la aplicación del principio de proporcionalidad a las regulaciones de derechos fundamentales ha sido la “sentencia sobre las farmacias”, del 11/6/58, en el cual el Tribunal Constitucional Federal consideró que se afectaba el derecho a la libertad de elección de profesión. El Tribunal elaboró una doctrina de escalones, fundamental para comprender la aplicación en el derecho alemán del principio de proporcionalidad. En efecto, su aplicación adquiere diversos grados de acuerdo con el grado de afectación de la norma sobre los derechos fundamentales y el interés público comprometido (BVerfGE 7, 377). Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 47 y 48; CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, p. 47 y 48.

cia como la doctrina constitucional alemana entienden a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos⁶⁹, y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán⁷⁰.

El principio de proporcionalidad ha sido definido como el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla con más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades⁷¹.

El Tribunal Constitucional español, sobre fines del siglo xx, adoptó el principio de proporcionalidad proveniente del derecho alemán. En una sentencia de este Tribunal, se anuló una orden del Ministerio de Educación al entender que la finalidad podría haberse conseguido por “otros medios más adecuados”⁷² y ha llegado a decir que el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Según el Tribunal, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida la desproporción afec-

⁶⁹ Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 291. BERNAL PULIDO simplifica la cuestión y afirma que “lo que es desproporcionado, vulnera el contenido esencial” (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 595).

⁷⁰ El Tribunal Constitucional alemán ha dicho que la máxima de proporcionalidad resulta “en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales” (BverfGE 19, 342). Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112. BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, “Revista de Administración Pública”, n° 135, sep.-dic. 1994, p. 500.

⁷¹ BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho amparado y comunitario*, “Revista de Administración Pública”, n° 135, sep.-dic. 1994, p. 500.

⁷² STS, 20/2/59. Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 52. STC, 55/1996, 28/3/96, FJ 30.

ta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

“El principio de proporcionalidad, en su versión europea, ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. De este modo, opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control sobre los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución, y como una herramienta para brindar razones de lo decidido.

El principio de proporcionalidad se subdivide en tres subprincipios o juicios: *a*) una norma será proporcional cuando exista: adecuación o idoneidad del medio con respecto a su finalidad; *b*) necesidad del medio; y *b*) proporcionalidad (en sentido estricto) entre unos y otros.

De este modo, en el derecho continental se ha logrado encauzar y sistematizar el principio de razonabilidad en tres juicios que posibilitan la seguridad jurídica y favorecen la objetividad en el proceder de los tribunales encargados de aplicar la Constitución.

Sin embargo, el sistema no es perfecto ya que los derechos aún pueden resultar afectados en su contenido esencial frente a una finalidad ‘importante’ o mediante la realización de un ‘balance’ o jerarquización entre derechos fundamentales (regla de ponderación o balancing test)⁷³.

c) *ARGENTINA*. En nuestro país, el principio de razonabilidad ha seguido los pasos, en gran medida, del desarrollo que tuvo en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, lo que aparece lógico a la luz de la identificación constitucional de ambos textos supremos.

También en la Argentina el principio aparece difuso, ya que la Corte Suprema de la Nación aplicó y aplica el principio con gran flexibilidad, habiéndolo desarrollado a partir

⁷³ SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad*, “Revista Jurídica Dikaion”, año 22, n° 17, p. 169.

del concepto del poder de policía del Estado y con sustento, principalmente, en el art. 28 de la Const. nacional.

Efectivamente, según esta norma de nuestra Constitución nacional, “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Este artículo consagra, así, la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que si bien una ley no puede alterar un derecho en su esencia, bien puede delimitarlo o regular su contenido, o su ejercicio razonable, pero para ser razonable los medios deben guardar una relación adecuada y proporcionada con los fines y, además, la medida no debe alterar el “contenido esencial” de los derechos y las garantías constitucionales.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores hacen uso de este principio a la hora de examinar la validez constitucional del contenido de las normas. Si bien se lo suele aplicar con gran flexibilidad, como anticipamos, se puede decir que conduce siempre al análisis de la relación entre los medios y los fines de una norma y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional.

Uno de los primeros fallos en los que se declaró la inconstitucionalidad de una norma utilizando un control constitucional de razonabilidad fue el caso “Hileret c/Provincia de Tucumán”⁷⁴. Los dueños de ingenios azucareros de la provincia de Tucumán demandaron al Estado provincial a fin de que se declare la inconstitucionalidad de una ley que creaba un impuesto adicional sobre la cosecha de 1902. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al planteo declarando la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

La Corte argumentó que la ley de la provincia de Tucumán que creaba un impuesto adicional sobre la producción de azúcar correspondiente a una determinada cosecha –1902– era inconstitucional, pues al ser el valor de la cuota superior al valor que tiene el producto en el mercado, esto importaba lisa y llanamente una prohibición absoluta de producirlo, vulnerando de tal modo el derecho a trabajar,

⁷⁴ CSJN, 5/9/03, “Hileret y otro c/Provincia de Tucumán”, *Fallos*, 98:20.

comerciar y ejercer toda industria lícita contemplado en el art. 14 de la Const. nacional.

Asimismo, era también inconstitucional pues disponía un prorrateo diferencial entre los distintos ingenios de la provincia obligando a algunos pagar montos más elevados y exonerando a otros del pago del gravamen por iguales cantidades, lo cual atentaba contra la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Const. nacional y muy especialmente la norma que impone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La Corte, en este fallo, al igual que la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo “Lockner” que revisáramos al analizar el desarrollo del principio en el modelo estadounidense, sentó una postura estricta en torno a la protección del derecho de propiedad y dio a entender que recae sobre las normas que lo restringen una fuerte presunción de inconstitucionalidad que el Estado debe sortear mediante una prueba contundente que permita acreditar que la finalidad es de orden público, que justifica los medios empleados y que los derechos y las garantías constitucionales no se vean alterados (conf. art. 28, Const. nacional)⁷⁵.

El fallo “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”⁷⁶ implica una primera excepción en este periodo jurisprudencial de fuerte protección a la propiedad coincidente con la posición de la Corte estadounidense, que fue ratificado por la Corte en dos fallos que confirmaron su postura fuertemente restrictiva de las leyes que regulaban la propiedad “Horta c/Harguindeguy” y “Mango c/Traba”⁷⁷.

⁷⁵ Junto con “Hileret”, otra serie de fallos marcaron esta línea jurisprudencial; entre ellos se encuentra el caso “Canale”, en el que la Corte manifestó que, de acuerdo con los arts. 14, 17, 19, 20 y 28 de la Const. nacional, debe existir una relación entre la medida legislativa y sus fines, y conformidad con el ordenamiento constitucional, aunque –según la postura del máximo tribunal, que se sostuvo en el tiempo– los jueces no están llamados a examinar la oportunidad y conveniencia de la medida legislativa. CSJN, “Canale c/Provincia de Mendoza” (1913), *Fallos*, 118:278. Cfr. SAPAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, p. 173.

⁷⁶ CSJN, “Ercolano c/Lanteri de Renshaw” (1922), *Fallos*, 136:161.

⁷⁷ CSJN, “Horta c/Harguindeguy” (1922), *Fallos*, 137:47; íd., 1925, “Mango c/Traba”, *Fallos*, 144:219.

El fallo “Ercolano” anticipó el cambio de este primer periodo jurisprudencial, y dio nacimiento justificativo a la doctrina de la emergencia que tiñó los años posteriores de la República Argentina.

La Corte se pronunció en favor de la constitucionalidad de una ley que congelaba los precios de los alquileres. Por primera vez hace uso de la locución “razonabilidad”, al expresar que la ley en cuestión satisfacía las “condiciones necesarias de razonabilidad”. Si bien no detalló cuáles eran estas condiciones, sostuvo que quien alegaba la inconstitucionalidad de la norma debía probar su irrazonabilidad⁷⁸.

La postura de la Corte en “Ercolano” quedó confirmada en “Avico c/De la Pesa”⁷⁹. En este caso se discutía la constitucionalidad de una ley que establecía una prórroga de tres años a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y una reducción de la tasa de interés al 6% durante este periodo. El máximo tribunal, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en torno a la noción de poder de policía y el principio de razonabilidad como su límite (el debido proceso legal sustantivo), realizó una vinculación entre la noción y justificación del poder de policía en sentido amplio y sus límites; los alcances del control de la legislación de emergencia; y la garantía de razonabilidad como criterio de control y límite al ejercicio del poder de policía.

En “Inchauspe c/Junta Nacional de Carnes”, la Corte sostuvo que la agremiación obligatoria –que establecía la ley que creaba la Junta Nacional de Carnes– no aparecía como una imposición “arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y

⁷⁸ Se invierte así la carga de la prueba con respecto a lo sentado en “Hileret”, quien alega que la inconstitucionalidad debe probar su irrazonabilidad. En “Ercolano” la Corte manifestó que: “no habiéndose... acreditado en el juicio que el alquiler devengado el 1° de enero de 1920 por la habitación de que se trata, no fuese razonable en el momento de la promulgación de la ley y dado el corto tiempo transcurrido entre esas dos fechas, cabe presumir que el límite fijado por la ley 11.157 satisface en el caso las condiciones necesarias de razonabilidad y que, por consiguiente, no ha sido vulnerada la garantía del art. 17 de la Constitución” (CSJN, 1922, “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, *Fallos*, 136:161).

⁷⁹ CSJN, 1934, “Avico c/De la Pesa”, *Fallos*, 172:21.

también los de todos los habitantes del país, y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería”⁸⁰.

“Se pueden entrever, en la argumentación del tribunal, dos datos de interés: en primer lugar, hace referencia a la arbitrariedad como concepto antinómico de razonabilidad; en segundo lugar, realiza un análisis entre los medios y la finalidad de la norma para legitimar su contenido razonable y no arbitrario o caprichoso”⁸¹.

La exigencia del mantenimiento de las garantías constitucionales con motivo de la sanción de normas de emergencia fue expresamente reconocida por la Corte. Efectivamente, en el voto de los jueces ARÁOZ DE LAMADRID y OYHANARTE en “Ángel Russo c/Della Donne, C.”, se dijo que “cualquiera sea la gravedad de la situación originaria de las leyes (de emergencia), no deja de regir la norma protectora contenida en el art. 28, Const. nacional, dado que, a diferencia de lo que acontece durante el estado de sitio, las garantías constitucionales no se encuentran suspendidas”⁸².

En el fallo “Cine Callao” la Corte realizó un examen más sistemático de los medios y fines de la norma a efectos de comprobar su razonabilidad⁸³. Analizó la constitucionalidad del fin de la norma para luego comprobar si los medios eran o no adecuados y proporcionados a dicha finalidad. Otros fallos posteriores, y muy conocidos, como “Peralta” o “Bustos” y toda la línea jurisprudencial de la Corte en su composición actual que sentó con motivo del proceso de pesificación de la economía acontecida a partir del dictado por parte del Estado de la legislación de emergencia a principios del año 2002, confirman la línea sentada progresivamente a partir de “Avico”⁸⁴.

La historia de la jurisprudencia de la Corte hasta nuestros días demuestra, por consiguiente, que en los últimos

⁸⁰ CSJN, “Inchauspe Hnos. c/Junta Nacional de Carnes” (1944), *Fallos*, 199:483.

⁸¹ Cfr. SAFAG, *El principio de razonabilidad y proporcionalidad*, “Revista Jurídica Díkaion”, año 22, n° 17, p. 174.

⁸² CSJN, 1959, *Fallos*, 243:470.

⁸³ CSJN, 1960, “Cine Callao”, *Fallos*, 247:121.

⁸⁴ Cfr. CSJN, 27/12/90, “Peralta c/Estado nacional”, *Fallos*, 313:1513; íd., 2005, “Bustos c/Estado nacional”, *Fallos*, 327:4495.

años el principio de razonabilidad ha sido aplicado con menor vehemencia en casos de regulación de la propiedad o de derechos de contenido económico, aunque hubo algunas excepciones que demuestran, a nuestro criterio, la fuerte influencia de las cuestiones políticas, sociales e ideológicas en el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que la interpretación constitucional es más una cuestión política que jurídica⁸⁵.

Resumidamente, la Corte exige que las leyes sean razonables. Esto significa: *a*) que la norma debe perseguir una finalidad constitucional; *b*) que los medios deben ser adecuados (exigencia de eficacia) con respecto a los fines; *c*) que los medios deben guardar algún grado de proporcionalidad con respecto a los fines; *d*) que no es función de los jueces juzgar acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida –lo que excluye la posibilidad de realizar un juicio de necesidad–, y *e*) que no se deben alterar los derechos fundamentales, conforme al art. 28 de la Const. nacional.

Distinto ha sido el camino recorrido en la interpretación constitucional y los criterios del control de constitucionalidad por los derechos civiles, particularmente por las llamadas “libertades preferidas”, como veremos en los puntos siguientes de este capítulo.

§ 84. **LOS SIETE MODELOS CONSTITUCIONALES DE LAWRENCE TRIBE. LAS LLAMADAS “LIBERTADES PREFERIDAS” Y SU INTERPRETACIÓN.** – La evolución constitucional de los Estados Unidos de América es descripta por LAWRENCE TRIBE a través de siete modelos históricos de argumentación constitucional: *a*) modelo de Poderes divididos; *b*) modelo de limitaciones implícitas al gobierno; *c*) modelo de expectativas establecidas;

⁸⁵ Como los casos “Smith c/Estado nacional”, 1/2/02, *Fallos*, 325:28 y “San Luis c/Estado nacional”, 5/3/02, *Fallos*, 326:417. En ambos casos la Corte declaró la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas a raíz de la crisis económica del año 2001. En “Smith”, el llamado “corralito” financiero por el cual se impedía la extracción de cuentas bancarias de montos superiores a los \$ 250 (en pesos argentinos o dólares estadounidenses) en forma semanal y en San Luis de la llamada “pesificación” de los depósitos a plazo fijo en dólares.

d) modelo de regularidad gubernamental; e) modelo de preferencia de derechos; f) modelo de la protección igualitaria, y g) modelo de la justicia estructural⁸⁶.

También BIANCHI y SOLA han trabajado intensamente estos modelos y su aplicación al desarrollo constitucional argentino⁸⁷.

El primero de ellos coincide con el nacimiento y afianzamiento del control judicial de constitucionalidad surgido a partir de "Marbury". Su influencia emana de la Corte conducida por más de treinta años por MARSHALL, hasta la llegada de la guerra civil estadounidense.

Es la era del predominio de las ideas liberales de LOCKE y MONTESQUIEU y de la conformación, protección y afianzamiento del modelo de división de poderes que instrumentó la Constitución de Filadelfia, a partir de las ideas de los pensadores europeos citados. La concepción predominante era que el poder debía ser dividido para ser controlado y que el mayor riesgo a las libertades individuales de los integrantes del pueblo provenía de las facciones mayoritarias.

El ejercicio del control de constitucionalidad se ejerció, predominantemente, en esta primera época en forma muy prudente con fuerte presencia del *self restraint* y como un recurso de la Corte para unificar los derechos estatales y el derecho federal⁸⁸.

El segundo modelo comienza a perfilarse luego de la guerra civil. Es el modelo de las limitaciones implícitas del gobierno en la regulación de los derechos individuales, especialmente la libertad contractual y la propiedad. La

⁸⁶ TRIBE, *American constitutional law*. TRIBE es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Harvard y uno de los más grandes juristas de los Estados Unidos de América. Fue profesor del actual presidente Barak Obama.

⁸⁷ Cfr. BIANCHI, *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, "Revista RAP", n° 146, 1/11/90; SOLA, *Control judicial de constitucionalidad*, cap. XII.

⁸⁸ Entre 1803 y 1865 sólo dos leyes federales se declararon inconstitucionales y entre 1865 y 1940 hubo setenta y siete casos. Pero entre 1803 y 1940 se declararon inconstitucionales seiscientos cincuenta y ocho leyes estatales.

preocupación del control de constitucionalidad en esta segunda etapa se centra en delimitar las esferas de competencia de los individuos, de los gobiernos locales y del gobierno nacional para evitar invasiones recíprocas.

Es el período de creación de la doctrina del debido proceso, de la consolidación del control de constitucionalidad y del desarrollo de los principios de razonabilidad y equidad que viéramos en puntos anteriores.

El acta de nacimiento, al decir de BIANCHI, de este período son los llamados “Slaughterhouse Cases” de 1873⁸⁹. En ellos se estableció que la legislación de Luisiana que establecía actividades monopólicas sobre los mataderos (*slaughterhouses*) no era inconstitucional a pesar que se garantizaba a una corporación privada un monopolio sobre la actividad por el término de veinticinco años, pero el fallo paradigmático de la era, como hemos visto, fue “Lochner vs. New York”, donde la Corte declaró inconstitucional una ley de dicho Estado que limitaba la jornada laboral en las panaderías a diez horas por día y sesenta horas semanales.

La depresión económica de 1930 proyectó fuertemente sus consecuencias en las alternativas de argumentación constitucional y en la jurisprudencia de la Corte estadounidense. Las políticas del *New Deal* promovidas por el presidente ROOSEVELT encontraron oposición inicial en la Corte Suprema, la que posteriormente comenzó un periodo de cambio que se vio traslucido en varios casos, como la ley de moratorias hipotecarias de Minnesota⁹⁰, la ley de precios máximos para la leche de New York⁹¹ y la ley de salarios mínimos para mujeres del Estado de Washington⁹².

Este cambio, impulsado por célebres jueces como HOLMS, HUGHES, BRANDEIS, CARDOZO y STONE, se sustenta filosóficamente en la modificación del derecho liberal del concepto clásico de libertad negativa que regía hasta el momento, en una visión positiva de la libertad, necesaria para mitigar las notorias desigualdades que los cambios mundiales venían

⁸⁹ 83 US 36, 1873.

⁹⁰ “Building and Loan Association vs. Blaisdell”, 290 US 398, 1934.

⁹¹ “Nebbia vs. New York”, 291 US 502, 1934.

⁹² “West Coast Hotel vs. Parrish”, 300 US 379, 1937.

operando en la estructura económica y social de los países⁹³. Así, a partir de esta auténtica revolución acaecida en las estructuras estatales y sociales, los modelos siguientes identificados por TRIBE persiguen la búsqueda de un nuevo equilibrio constitucional.

Nacieron así los modelos de las expectativas establecidas y de la regularidad gubernamental⁹⁴.

El quinto modelo, llamado de derechos preferenciales (*preferred rights*) persiguió la conformación de islas de libertades preferenciales, para preservarlas de la intromisión del Estado. Este modelo comienza a vislumbrarse a partir de 1938 y sólo admite una mínima intromisión reglamentaria. Se trata de derechos que carecen de contenido económico, como la libertad de expresión, asociación, privacidad o los derechos políticos.

El sexto modelo, asociado al quinto, trata de identificar aspectos fundamentales de la estructura legal y social que debe estar abiertos a todos, es decir, no discriminación. Las libertades preferidas deben ser extendidas a todos por igual.

El séptimo y último modelo que TRIBE llama de la justicia estructural trata de unir la preocupación estructural de toma de decisiones en el gobierno con el cuidado de los derechos. Intenta formular criterios que permitan detectar en cada caso en concreto qué es lo mejor para la protección de los derechos constitucionales.

El desarrollo argumental de los modelos de TRIBE bien puede proyectarse a la evolución argumentativa de la Corte Suprema de Justicia argentina⁹⁵, ya que como vimos en pun-

⁹³ TRIBE, *American constitutional law*, p. 578.

⁹⁴ TRIBE, *American constitutional law*, cap. 9 y 10.

⁹⁵ Una comparación exhaustiva en este sentido, puede verse en el trabajo de BIANCHI, *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano*, "Revista RAP", n° 146, 1/11/90. Este autor recuerda un trabajo muy citado de quien fuera dos veces miembro de la Corte Suprema de Justicia, JULIO OYHANARTE, que fuera publicado en la recordada revista "Todo es Historia" que dirigiera FÉLIX LUNA. OYHANARTE dividió la historia de la Corte hasta 1966 en cinco períodos: 1863-1903, 1903-1929, 1929-1946, 1946-1955 y 1955-1966. Cada periodo, según el autor, está marcado por una impronta que le confiere su especial matiz jurídico e ideológico, dado especialmente

tos anteriores en la primera época de afianzamiento de la Corte y hasta los primeros años del siglo xx el alto tribunal promovió una defensa irrestricta del derecho de propiedad individual, cuyo fallo paradigmático lo constituyó “Hileret” y cuyo paralelismo con “Lockner” ha sido reiteradamente destacado por la doctrina constitucional.

Posteriormente, como ya hemos visto, finalizada la Primera Guerra Mundial, la Corte varió su concepción individual del derecho de propiedad proyectándose hacia una visión de contenido social, producto de la constitucionalización de los derechos sociales en las primeras constituciones de México (1917) y Weimar (1919); de las reacciones ideológicas hacia la Revolución Industrial que se manifestaron en el socialismo y el marxismo; y de la aparición del Estado social que pretendió aunar criterios del liberalismo y el socialismo y que hoy acapara casi todos los diseños de las constituciones europeas y latinoamericanas.

El tribunal aplicó, en materia de derechos económicos y contractuales, una marcada auto-restricción, inhibiéndose de ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes restrictivas del derecho de propiedad (salvo contadas excepciones que hemos destacado en puntos anteriores) y comenzó a perfilar y justificar la doctrina de la emergencia y la intervención del Estado en la economía, que bien ha avalado la opinión de la doctrina en el sentido de que ella se transformó de una excepcionalidad en una habitualidad, en el marco de nuestro derecho constitucional.

Asimismo, también la Corte Suprema argentina fue inclinándose hacia la consagración de las llamadas libertades preferidas y a establecer distintas intensidades y criterios en el control de constitucionalidad en el marco de los derechos.

por la personalidad del magistrado a quien le cupo conducir el pensamiento del tribunal. Según BIANCHI, esta división coincide muy cercanamente con los períodos o modelos en que TRIBE ha considerado la historia del derecho constitucional estadounidense. En el primer período el rol conductor fue desempeñado por JOSÉ BENJAMÍN GOROSTIAGA, en el segundo por ANTONIO BERMEJO, en el tercero por ROBERTO REPETTO y en el cuarto por TOMÁS D. CASARES (OYHANARTE, *Historia del Poder Judicial*, “Todo es Historia”, n° 61, may. 1972, p. 88 y siguientes).

Efectivamente, la especial protección que en los primeros años del afianzamiento del control de constitucionalidad se hizo sobre el derecho de propiedad y la libertad contractual, se proyecta a otras libertades de contenido no patrimonial, como las libertades de expresión, de petición, de asociación y de participación política.

Esto pone de manifiesto que el mayor de los dilemas que presenta el estudio y análisis de los derechos constitucionales es el de su jerarquía e interrelación. Esa jerarquía e interrelación cambia, no por cuestiones jurídicas, sino precisamente por cuestiones que influyen en lo jurídico, como son la política y la economía.

En otro estudio, el ya citado profesor TRIBE, describe la tarea de los que hacen derecho constitucional, como una tarea de optar entre dos o varias alternativas.

Como señala BIANCHI, estas "opciones deben ser ejercidas por los burócratas encargados de aplicar la ley, por los escritores que describen la sociedad actual o por los historiadores que reconstruyen el pasado y por los ciudadanos al votar cuando deciden quién tendrá el ejercicio del poder. Nadie está exento de ellas, ni aun los que se sienten observadores neutrales. La Constitución —dice TRIBE— es en parte la suma de todas esas opciones. Pero es también algo más que eso. Tiene que ser algo más que eso para poder ser fuente tanto de crítica como de legitimación"⁹⁶.

Los grandes cambios mundiales acaecidos en la tecnología, en la genética, en la economía, en el ambiente, en la relación producción-consumo, cuya expansión se dio a partir de la gran depresión de 1930, dejaron al descubierto la insuficiencia del derecho liberal clásico para dar respuesta a los nuevos conflictos sociales y a los notorios desequilibrios que en la sociedad las nuevas realidades ponían en evidencia.

Así, el derecho liberal, esencia del constitucionalismo clásico, fue atacado filosóficamente por nuevas teorías que intentaron dar respuesta a estas nuevas realidades, como el

⁹⁶ TRIBE, *Preface*, p. vii, citado por BIANCHI, *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano*, "Revista RAP", n° 146, p. 11 y 12.

relativismo o el feminismo. Éstas, igualmente, no llegaron a poder reemplazar al derecho liberal, ni a constituir una teoría orgánica del derecho y de la justicia.

Afortunadamente, el derecho liberal encontró respuestas renovadas a las cambiantes circunstancias del nuevo mundo. Grandes filósofos del derecho liberal como JOHN, sentaron una teoría del derecho y la justicia a partir de un liberalismo adoptado y activo, que se comprometió con una nueva relación Estado-individuo⁹⁷.

Con la declinación del liberalismo clásico que puso énfasis en la protección de los derechos de propiedad y libertad contractual, comienza la “Revolución Constitucional de 1937”, con el surgimiento de la era de las llamadas “libertades preferidas”. Éstas –según señalan los autores– tienen acta de nacimiento en la célebre nota de pie de página n° 4 de “United States vs. Carolene Products”, elaborada por el *justice* STONE⁹⁸.

Allí se señala que “debe existir una menor operatividad para la presunción de constitucionalidad cuando la legislación es directamente contraria a alguna prohibición específica de la Constitución, tales como las que surgen de las primeras diez enmiendas, las que deben ser consideradas igualmente específicas cuando se trata de las de la enmienda XIV”.

Lo que la Corte quería señalar era que todos los derechos protegidos en el *Bill of Rights* contenido en las enmiendas I a X y volcados ahora dentro de la enmienda XIV, no podían ser afectados por la legislación, ni aun en un grado mínimo. Cuando ésta se oponía a ellos, el examen judicial de su validez debía ser muy estricto, debido a que la presunción de constitucionalidad de aquélla, cuando limita tales derechos, posee un escaso margen de amplitud.

Esta decisión fue formulada tajantemente en 1945 en “Thomas vs. Collins”⁹⁹, cuando fue declarada inconstitucional una ley de Texas que obligaba a los sindicalistas a regis-

⁹⁷ RAWLS, *Teoría de la justicia*. TRIBE, *American constitutional law*, p. 769, 771 y 772.

⁹⁸ 304 US 144, 152/153, 1938.

⁹⁹ 323 US 516, 1945.

trarse en el Estado, sometiendo sus actividades al otorgamiento de una licencia previa. Asimismo, fue establecido posteriormente que ningún Estado puede privar a sus ciudadanos de los privilegios y protecciones que brinda el *Bill of Rights*¹⁰⁰.

Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos construyó una teoría según la cual existe un doble estándar de constitucionalidad. Por un lado, los derechos económicos y por el otro, las llamadas libertades fundamentales. Con relación a los primeros, sólo una grosera inconstitucionalidad puede permitir al tribunal invalidar la ley. Por el contrario, en relación con las segundas, es el Estado quien debe justificar la existencia de un interés especial en la restricción de ellas.

Como vemos la presunción de constitucionalidad de las leyes juega de manera distinta en un caso y en otro. En lo atinente a las libertades fundamentales, cede sólo frente a casos de seguridad nacional¹⁰¹, intereses militares¹⁰² o a los efectos de asegurar el censo a los fines electorales¹⁰³.

“De tal modo puede decirse que desde comienzos de la década de 1940 la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, ha tomado rumbos muy distintos en el control de constitucionalidad cuando se trata de leyes de regulación económica y cuando se trata de leyes que restringen derechos personales. Prácticamente el control sobre las primeras se ha abandonado, ya que desde 1937, la Corte no ha vuelto a declarar inconstitucional ninguna ley al respecto¹⁰⁴ a punto tal que autores como GÜNTHER se preguntan si el mismo ha sido abandonado. Por el contrario, todo el ám-

¹⁰⁰ “Adamson vs. California”, 332 US 46, 74/15, 1947.

¹⁰¹ “Korematsu vs. United States”, 323 US 214, 1944, donde se justificó la internación de ciudadanos estadounidenses de origen japonés en campos de concentración al comenzar la Segunda Guerra Mundial.

¹⁰² “Rostker vs. Goldberg”, 453 US 57, 1981, que admitió la constitucionalidad de la Military Selective Service Act, la cual permitía la discriminación en razón de los sexos, permitiendo la registración de los varones y no de las mujeres.

¹⁰³ “Marston vs. Lewis”, 410 US 679, 1973.

¹⁰⁴ Un solo fallo declaró inconstitucional una ley: “Morey vs. Doud”, 354 US 457.

bito de las libertades personales ha sido fuertemente protegido”¹⁰⁵.

La revolución jurisprudencial nacida en la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1937 se hizo sentir con gran fuerza y notable activismo a partir de la llamada “Corte Warren”¹⁰⁶. Desde ese momento, el Tribunal estadounidense-

¹⁰⁵ A partir de 1938 comenzaron a incorporarse a la cláusula del debido proceso (enmienda XIV), los diferentes derechos contenidos en el *Bill of Rights*. Así, por ejemplo, los derechos de la enmienda I de reunión (*assembly*), de petición, de libre ejercicio del culto religioso, de no imposición de un culto determinado. Los derechos de la enmienda IV en contra de registros e inspecciones arbitrarias, y de eliminación de la prueba incorporada ilegalmente a un proceso criminal. Los derechos emanados de la enmienda V contra la auto-incriminación y el doble juzgamiento por el mismo delito. Los derechos de la enmienda VI a la asistencia letrada, a un juicio rápido y público celebrado ante un jurado, a la posibilidad de confrontar o carear testigos y a poder obligar de manera compulsiva a declarar a los testigos de descargo en favor del acusado. También el derecho a no ser sometido a castigos crueles o inusuales, contenido en la enmienda VIII. Asimismo, fueron incorporados los derechos no enumerados de la enmienda IX. El voto disidente del juez HARLAN en “Peo vs. Ullman”, establece claramente que la enumeración de derechos efectuada en las enmiendas I a VIII, no implica la eliminación de otras libertades allí no específicamente establecidas, lo cual –bueno es recordarlo– en el derecho constitucional argentino posee hondas raíces. Esta tendencia había comenzado ya antes de 1937, con el reconocimiento a la enseñanza de idiomas extranjeros, y el derecho a enviar a los niños a escuelas privadas, pero se intensificó posteriormente, con el reconocimiento del derecho a procrear y la prohibición de exámenes corporales compulsivos. Sin embargo, comenzó a visualizarse más claramente aún a partir de 1965, cuando se afirmó en “Griswold vs. Connecticut”, el derecho a la privacidad (*right of privacy*) y quedó confirmada en 1973, en el célebre caso “Roe vs. Wade”, la legitimidad constitucional del aborto. Otros muchos derechos “personales” han ingresado también a estas libertades preferidas: el derecho al matrimonio, el derecho a vivir todos juntos los miembros de una familia, el derecho a decidir el internamiento de los hijos en institutos mentales, el derecho a la educación familiar privada de los hijos, el derecho de los encargados de la educación de menores a no ser despedidos del trabajo por embarazo, alegando el nocivo efecto que ello pudiera tener sobre los alumnos, el derecho a la planificación sexual no integrada de la familia. BIANCHI, *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano*, “Revista RAP”, n° 146, p. 20 y 21.

¹⁰⁶ EARL WARREN fue un gran jurista y político. Entre 1943 y 1953 fue gobernador del Estado de California y candidato a vicepresidente de la Nación en 1948. Fue el decimocuarto presidente de la Corte Suprema, desde el 5 de octubre de 1953 hasta el 23 de junio de 1969. En 1964 fue presidente de la comisión encargada de investigar el asesinato de JOHN F. KENNEDY.

se abandonó prácticamente el control sobre las cuestiones económicas, dedicándose por entero a los conflictos constitucionales que originaban las leyes restrictivas de derechos individuales de contenido no patrimonial.

Una evolución parecida se advierte en la jurisprudencia de la Corte argentina desde 1983 a la fecha, conforme la jurisprudencia que hemos revisado a lo largo de la obra y la que detallaremos a continuación.

§ 85. **LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.** – La doctrina ha tratado el tema de las “categorías sospechosas”¹⁰⁷. La igualdad como derecho “ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos... no presentan la igualdad en estado ‘puro’, sino vinculada con otros derechos”¹⁰⁸. La ley antidiscriminatoria 23.592 recoge esta idea, al referirse en su art. 1º al “pleno ejercicio *sobre bases igualitarias* de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución”, para luego referirse a ciertos motivos especialmente prohibidos de discriminación.

La Constitución nacional ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones: igualdad ante la ley (art. 16)¹⁰⁹, prohibición de fueros personales (art. 16); igualdad

¹⁰⁷ Ver, entre otros, REY MARTÍNEZ, *Igualdad, diferencia, discriminación*, en “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, p. 39 a 61. También, FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, p. 242 a 268; GULLCO, *El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino*, en ALEGRE - GARGARELLA (COORDS.), “*El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”; TREACY, *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89; SABA, *(Des) Igualdad estructural*, en AMAYA (COORD.), “Visiones de una Constitución”.

¹⁰⁸ Cfr. TREACY, *Categorías sospechosas*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, p. 181 a 216.

¹⁰⁹ El 6 de diciembre de 1810, MARIANO MORENO proyectó un decreto que luego sancionaría la Primera Junta según el cual “la libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquiera déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad”. El principio expresado en este decreto fue antecedente del art. 1º, Capítulo V y del art. 5º del Capítulo XIV del Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata de

entre nacionales y extranjeros (art. 20), etcétera. Asimismo, nuestro texto constitucional se ha visto enriquecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), que, con diversas formulaciones, permiten sostener criterios más exigentes de análisis en casos en que se alega una violación de este derecho¹¹⁰.

1812; del art. 8° del Capítulo II del Proyecto de la Sociedad Patriótica; del decreto del 12 de marzo de 1813, las leyes del 21 de mayo y del 13 de agosto de 1813, todos sancionados por la Asamblea General Constituyente reunida ese año. Finalmente, el principio fue receptado por el proyecto de Constitución de JUAN B. ALBERDI de 1853 y cristalizado en el art. 16 de la carta magna. En aquella afirmación de MORENO se hace referencia a una idea de igualdad que construida sobre el rechazo del sometimiento de esclavos por déspotas. MORENO entendía la igualdad como principio opuesto a la opresión y a la imposición de cadenas visibles o invisibles. La intuición fuerte del revolucionario de Mayo, no reflejaba la tantas veces aludida tensión entre libertad e igualdad. La igualdad de la que nos hablaba MORENO no se contradecía con la idea de libertad sino que se encontraba estrechamente vinculada a ella. La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o, usando un lenguaje más moderno, exclusión, alude al imperativo moral de una igual libertad como precondition de la autonomía de las personas. Cfr. SABA, *(Des) Igualdad estructural*, en AMAYA (coord.), "Visiones de una Constitución".

¹¹⁰ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Además, tienen pertinencia para este tema una serie de instrumentos que abordan la problemática en campos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3°, 5° a 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Otros instrumentos internacionales de jerarquía suprallegal, en virtud del art. 75, inc. 22, párr. 1°, también consagran este principio en ámbitos específicos, tales como la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (adoptada bajo los auspicios de la Unesco, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real.

Ya en 1958, ISAAH BERLIN propuso su teoría acerca de la existencia de una libertad positiva que, lejos de limitarse a la idea de libertad entendida como no injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad negativa), se fundaba en la necesidad de que éstas participen en igualdad de condiciones de la empresa colectiva del autogobierno.

“A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido explotando a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad y libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal”¹¹¹.

Inicialmente, la Corte Suprema argentina empleó diversas fórmulas para definir a la igualdad formal. Dijo que “la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos”¹¹²; que “es un derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”¹¹³; que “la garantía del art. 16 de la Const. nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una am-

¹¹¹ BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, en “Cuatro ensayos sobre la libertad”, p. 195.

¹¹² *Fallos*, 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:280.

¹¹³ *Fallos*, 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592.

plia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”¹¹⁴.

Pero la reforma constitucional de 1994 incorporó, como vimos, la tesis positiva propuesta por BERLIN muchos años antes, obligando a superar la concepción formal de la igualdad. Así, el art. 75, inc. 23, faculta al Congreso a legislar en materia de medidas de acción positiva, identificando algunos grupos desaventajados como posibles beneficiarios de este tipo de tutela (mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad) y el art. 43, párr. 2º, prevé el amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación.

Nuestro alto tribunal, siguiendo pautas marcadas con anterioridad por la Corte Suprema de los Estados Unidos y la jurisprudencia europea, ha ido elaborando distintos criterios de análisis del control de la reglamentación de los derechos, en su cruce con la igualdad como principio.

Frente al hecho de que el legislador (en sentido amplio) realiza distinciones, colocando a las personas en diferente posición frente a la adquisición de un derecho, una exención o una obligación, corresponde establecer cuándo tal distinción puede superar el test de constitucionalidad.

El art. 28 de la Const. nacional consagra, como hemos visto en este capítulo, el principio de razonabilidad, el cual constituye un estándar genérico para establecer cuándo una restricción a un derecho resulta compatible con la ley fundamental.

Pero como veremos a continuación, bajo la denominación común de “razonabilidad” se pueden presentar diferentes tipos de análisis, que poseen diversos grados de intensidad o, si se prefiere, de deferencia hacia el criterio del legislador, y correlativamente se coloca el peso de la argumentación en mayor (o menor) grado sobre el impugnante de la norma¹¹⁵.

¹¹⁴ Fallos, 315:1190.

¹¹⁵ Cfr. TREACY, *Categorías sospechosas*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, p. 186.

a) *LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS. EL TEST DE MERA RAZONABILIDAD.* El test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. El análisis puede presentarse a partir de la dicotomía entre fines y medios: ambos elementos son valorados –en principio– desde una perspectiva favorable al criterio del legislador. Este tipo de análisis exige que quien cuestione la validez constitucional de una norma acredite su irrazonabilidad, ya que, de otro modo, prevalece la posición a favor de la validez de aquélla.

Para ello, “la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca [debe ser] manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violación de los textos”¹¹⁶.

Quien cuestiona la inconstitucionalidad de la norma debe argumentar en torno a dos aspectos: los fines públicos de la ley, que deben conectarse con los propósitos más generales que justifican el dictado de normas del poder de policía, y los medios elegidos por el legislador para alcanzar el fin o los fines perseguidos, que deben ser adecuados a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundados o arbitrarios.

Podemos sistematizar el análisis de mera razonabilidad, señalando que la argumentación debe versar sobre los siguientes aspectos: *a)* fines compatibles con la Constitución; *b)* medios que sean adecuados, es decir, aptos o idóneos para el fin (sin evaluar medios alternativos) y proporcionales, es decir, que no desnaturalicen el derecho, debido a la intensidad de la restricción, y *c)* en caso de que al final del proceso argumentativo subsistan las dudas, debe estar-se a favor de la validez constitucional de la norma cuestionada.

Estas consideraciones clásicas son válidas y utilizadas, como vimos en puntos precedentes, respecto de aquellos casos en que se alega una restricción de derechos de contenido económico.

¹¹⁶ CSJN, *Fallos*, 247:121, consid. XIII.

b) *LA PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.* Así como la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado un escrutinio estricto del control de constitucionalidad de las normas (*strict scrutiny*), la Corte Suprema argentina viene desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características.

El primer antecedente de este criterio de revisión se encuentra en un voto en concurrencia emitido por los ministros PETRACCHI y BACQUÉ en el precedente “Repetto”. En esa oportunidad se estableció que “ante los categóricos términos del art. 20 de la Const. nacional... toda distinción entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la ley fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad”; “aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla”¹¹⁷.

La Corte fue ahondando en esta intensidad del control en otros casos.

Así, en “Calvo y Pesini”¹¹⁸ (ahora con mayoría de los miembros del tribunal) se confrontó la validez constitucional de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ingresar a trabajar como psicóloga en un hospital público de la provincia de Córdoba. Aquí el alto tribunal consideró que la restricción era inconstitucional, en tanto la provincia demandada no había dado una “justificación suficiente” de la restricción contenida en la ley. Se advirtió que la provincia se había “limitado a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampara”, deduciéndose que quien está interesado en defender la

¹¹⁷ CSJN 8/11/88, “Repetto, Inés M. c/Buenos Aires, provincia de s/inconstitucionalidad de normas legales”, *Fallos*, 311:2272. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20, Const. nacional) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular.

¹¹⁸ CSJN, 24/2/98, “Calvo y Pesini, Rocío c/Córdoba, provincia de s/amparo”, *Fallos*, 321:194.

constitucionalidad de la medida debía acreditar su razonabilidad o bien el interés estatal que la justificaba.

En “Hooft” se cuestionaba una norma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que establecía que para ser juez de cámara era necesario ser ciudadano argentino, nativo o por opción, excluyendo de este modo a los naturalizados. La posición mayoritaria de la Corte fue la de exigir una “justificación suficiente” a la provincia, que tampoco cumplió dicha carga en este caso¹¹⁹.

En “Gottschau” estaba en juego la validez de una disposición del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que exigía la nacionalidad argentina para poder concursar como secretario de un juzgado de primera instancia. La actora, de nacionalidad alemana, cuestionó la validez del requisito. Al llegar a la Corte Suprema, el tribunal consideró aplicable el “test de Hooft”, exigiendo al Estado local que justificara las razones de la restricción, carga procesal que no había cumplido, por lo que la restricción cuestionada fue reputada inconstitucional¹²⁰.

En “Reyes Aguilera” la actora, además de extranjera, era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza, de modo que se presentaba una situación de vulnerabilidad que justificaba el análisis estricto¹²¹. En “Mantecón Valdez” se discutía la validez del requisito de nacionalidad argentina para concursar para el cargo de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecido en una resolución del alto tribunal y en el art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional. En este punto, el fallo consideró que tal requisito era inconstitucional, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, que hacía explícita aplicación del criterio sostenido en “Hooft” y “Gottschau”¹²².

¹¹⁹ CSJN, 16/11/04, “Hooft, Pedro C. F. c/Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*, 327:5118.

¹²⁰ CSJN, 8/8/06, “Gottschau, Evelyn P. c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos*, 329:2986.

¹²¹ CSJN, 4/9/07, “R.A., D. c/Estado nacional”, *Fallos*, 330:3853.

¹²² CSJN, 12/8/08, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación (curso biblioteca)”, *Fallos*, 331:1715.

Podemos sistematizar –en principio– el análisis de la revisión exigente señalando que la argumentación de quien defiende la validez de la norma debe versar sobre: *a)* la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes); *b)* la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines; *c)* la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego; *d)* si luego de la argumentación subsisten las dudas acerca de la validez de la norma, prevalece la presunción de que ésta es inconstitucional.

Este tipo de análisis conlleva una exigencia muy difícil de levantar por parte del Estado (o de quien sostenga la constitucionalidad de la norma).

c) ¿EN QUÉ CASOS SE APLICA EL EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD? Teniendo en cuenta los precedentes citados, el tratamiento diferencial entre nacionales y extranjeros parece ser causal relevante de la aplicación de este examen agravado. Pero ¿existen otras distinciones que pueden merecer una presunción de inconstitucionalidad?

En “Hooft” la Corte vinculó la aplicación de esta presunción a los motivos expresamente prohibidos de discriminación contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional), refiriéndose puntualmente al art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello, en tanto el “origen nacional” aparece mencionado expresamente en tales disposiciones.

Pero las disposiciones internacionales citadas mencionan más criterios de distinción especialmente prohibidos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹²³.

¹²³ Otros instrumentos internacionales de derechos humanos, también dotados de jerarquía constitucional, también contemplan un listado (no taxativo) de motivos prohibidos de discriminación, en general coincidentes con los mencionados precedentemente. Tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cuyo art. II se refiere a la raza, el sexo, idioma, credo ni otra distinción), la Declaración Universal de Dere-

La prohibición de determinadas categorías aparece reforzada por la inclusión, dentro del art. 75, inc. 22, de ciertos tratados internacionales específicamente diseñados para proteger contra determinados tipos de discriminación. Tal es el caso de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otra parte, ciertas cláusulas constitucionales han sido tomadas por la Corte para justificar la fuerte presunción en contra de la validez de ciertas distinciones, como lo es el art. 20 de la Const. nacional, respecto de los extranjeros y su equiparación a los nacionales a los fines de los derechos civiles.

Entonces ¿cuál sería la nota común a las categorías sospechosas?

“En general, puede sostenerse que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental. En el caso de los motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las catego-

chos Humanos (cuyo art. 2.1 se refiere a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (cuyo art. 2.2 contiene una enumeración semejante a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En la Convención sobre los Derechos del Niño se mencionan como motivos prohibidos la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En España se ha entendido que los motivos expresos contemplados en el art. 14 de la Convención europea en la materia no son exhaustivos, ya que el criterio ha sido no dejar afuera ninguna discriminación presente o futura. En función de ello el Tribunal Constitucional ha considerado incluidas entre las causas de discriminación a la edad o la discapacidad (FERNÁNDEZ, *Igualdad y derechos humanos*, p. 88 y 89, citada por TREACY, *Categorías sospechosas*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, p. 198).

rías así definidas se encuentran en una situación vulnerable¹²⁴.

Sin embargo, no todos los casos tratados por la Corte Suprema argentina en torno a las categorías expresamente prohibidas por las disposiciones internacionales han merecido su análisis desde la perspectiva estricta del control¹²⁵.

En aquellos casos en que se aplicó el escrutinio estricto la Corte habló de una inversión de la carga de la prueba o de la argumentación. Esta cuestión es, para algunos, siempre de derecho¹²⁶, que los tribunales pueden suplir a través de los métodos habituales de interpretación jurídica, que revisáramos en el punto g del § 81 del capítulo.

Pero en el proceso administrativo el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo no altera la obligación de probar a cargo de quien alegue hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes. Por ello, quien afirma un hecho o alega la existencia de vicios en el acto administrativo debe probarlo. Del mismo modo, si la administración alega un hecho también debe demostrarlo¹²⁷.

En el análisis estricto de constitucionalidad, el debate gira en torno a los fines de la medida cuya razonabilidad se

¹²⁴ Cfr. TREACY, *Categorías sospechosas*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, p. 198 y 199.

¹²⁵ Ver, en torno a la distinción de *sexo*, CSJN, “Carballo, María I., y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima)”, *Fallos*, 287:42; íd., “González de Delgado, Cristina, y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”, *Fallos*, 323:2659. En torno a la *religión*, CSJN, “Carrizo Coito, Sergio c/Dirección Nacional de Migraciones”, *Fallos*, 302:604; íd., “Lopardo, Fernando G.”, *Fallos*, 302:604; íd., “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento – Distrito Federal”, *Fallos*, 332:433. En torno a la distinción de *edad*, CSJN, “Domínguez, Alberto R. c/U.N.R. s/recurso de amparo”, *Fallos*, 307:1963. En torno a la característica de *pueblos originarios*, CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado nacional y otra (provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, *Fallos*, 330:134. En torno a la *discapacidad*, CSJN, “Almirón, Gregoria c/Nación Argentina”, *Fallos*, 305:1489; íd., “Arenzon, Gabriel D. c/Nación Argentina”, *Fallos*, 306:400. En torno a discriminación sobre *motivos gremiales*, CSJN, 7/12/10, “Álvarez, Maximiliano y otros c/CENCOSUD SA s/acCIÓN de amparo”.

¹²⁶ IBARLUCÍA, *Acerca de los nuevos escrutinios de control de constitucionalidad*, ED, 2006-434.

¹²⁷ Cfr. HUTCHINSON, *Derecho procesal administrativo*, t. III, p. 57 a 61.

cuestiona y la validez de los medios empleados para alcanzarlos.

En el análisis de mera razonabilidad, los fines pueden ser convenientes, lo cual supone un examen leve o deferente y los medios deben tener una relación adecuada con la consecución de este fin. En relación con esto último, las clasificaciones no prohibidas, aunque sean opinables, resisten el examen de mera razonabilidad.

En el escrutinio estricto el test presenta mayores exigencias. Se exige un fin sustancial y medios que promuevan el fin perseguido y que no existan maneras menos restrictivas de alcanzarlo. Tal examen conlleva una presunción de inconstitucionalidad que es casi irrefutable.

§ 86. **CONCLUSIONES. ¿VIENEN LOS JUECES MARCHANDO?** – No podemos desconocer actualmente –por sobre nuestra conformidad o disidencia– la realidad constitucional que evidencia la fuerte participación de los jueces en lo que se ha dado en llamar “la creación judicial del derecho”, que ha llegado en los Estados Unidos de América al extremo de plantear que la Constitución tiene su apoyo verdadero en ciertos principios que los jueces han extraído del mundo extrajurídico, de su propia cultura, de sus convicciones políticas, de sus ideas acerca de lo que tiene que ser la vida social y económica del país; en una palabra, de sus ideologías.

En la medida en que los jueces se apartan del texto constitucional, para llegar a un resultado basado en su sentido intuitivo de justicia y derecho, sus fallos a veces recuerdan la tradición histórica del constitucionalismo, que nació como limitación del poder del gobierno.

Las consideraciones precedentes no son sólo válidas para los sistemas del *common law*, como podría creerse en una primera aproximación, teniendo en cuenta que dicho sistema es un modelo de creación judicial del derecho. Por el contrario, es clara y decisiva la importancia que ha cobrado el “derecho judicial” en los sistemas jurídicos continentales.

La conversión del texto constitucional en la clave normativa del sistema afecta el funcionamiento de todo el sis-

tema jurídico general, tanto por la inevitable interpretación del sistema “conforme a la Constitución”, como porque –como bien ha expuesto GARCÍA DE ENTERRÍA– la interpretación conforme a la Constitución va a imponer el criterio interpretativo por principios generales¹²⁸, por cuanto la identificación de los principios constitucionales va a remitir constantemente a un cuadro de valores que no por genéricos o imprecisos habrán de ser menos operativos. Así –y como acertadamente señala KRÜGER–, en tanto antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, actualmente la ley sólo vale en el ámbito de los derechos fundamentales¹²⁹.

Si asumimos que en la democracia constitucional el “control” es un elemento indisoluble de la Constitución, como parece haberse asumido en tiempos actuales –a pesar de que no siempre ha sido así–, es decir, si asumimos que sólo si existe control estatal la Constitución posee fuerza normativa, derivamos que dicho control debe adecuarse constitucionalmente al tipo de Constitución vigente.

La teoría constitucional tiene sentido, a nuestro criterio, si resulta eficiente al modelo de aplicación. Buenas son las reflexiones sobre el fracaso de la teoría clásica de la división de poderes en muchos de los modelos latinoamericanos, y las propuestas sobre nuevos modelos de división del poder más adecuados a la historia y a la cultura latina¹³⁰.

Por ello, y como vimos, el constitucionalismo histórico diseñó dos modelos básicos de “control” para procurar la defensa de la constitución, es decir, hacer efectivo el principio de supremacía constitucional: el estadounidense o judicial, y el político, o francés. El primero, netamente “jurídico”; el segundo –como su nombre lo indica–, “político”. A ambos los enfrentan importantes diferencias.

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*.

¹²⁹ KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, citado por CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo*, “Revista Jurídica Dikaion”, sep. 2009, p. 32 a 56.

¹³⁰ En esta línea de pensamiento, ver ACKERMAN, *La nueva división de poderes*.

Al judicial o jurídico lo distingue el rasgo “objetivo”. El parámetro de control es un conjunto normativo erigido por la Constitución y no disponible para el órgano que ejerce el control. Al “político”, el subjetivo. No existe, en principio para éste, un canon objetivo de valoración, pues éste descansa en su libre apreciación. Por ello, el juicio del primero está basado en razones jurídicas y el del segundo en razones políticas. Asimismo, el control jurídico está realizado por órganos independientes y técnicos, y el control político está a cargo de sujetos políticos.

Así, en esta relación necesaria entre “control” y “Constitución”, el control jurídico judicial aparece como una *garantía* regular e institucionalizada del Estado constitucional y ahonda su diferencia con el control político, en el que, si bien éste es también regular e institucionalizado, no deja de ser libre, es decir, basado en razones de oportunidad. Así como la Constitución requiere de un control político, exige de un control jurídico. En este contexto, el Estado de derecho o democracia constitucional debe ser un Estado jurisdiccional, lo que no significa –por cierto– un “gobierno de jueces”.

Las apreciaciones vertidas precedentemente juegan especial relevancia en algunos países latinoamericanos como la Argentina, donde la clásica división de poderes prevista por MONTESQUIEU, y adaptada en la Constitución estadounidense de 1787 por Madison y Adams, dando nacimiento a los famosos *checks and balances*, ha demostrado su impotencia, en los últimos ochenta años, para contrarrestar los vaivenes institucionales y la concentración hegemónica del poder en partidos o alianzas mayoritarias, que erigen a la figura del líder o del jefe como imagen de la voluntad y del sentir nacional.

En este contexto, que no cabe profundizar ahora en las conclusiones, la división tripartita del poder deja en evidencia una división bipolar que, lejos de mostrarnos tres poderes que de manera equilibrada se complementan y controlan en el ejercicio del gobierno, muestra la dicotomía poder político-poder jurisdiccional, y la necesidad de fortalecer el “poder de los jueces”, no para que se constituyan en gobierno alternativo, sino para que ejerzan su función de control

constitucional sobre los actos de los poderes políticos del Estado, cuya realidad actual evidencia el actuar conjunto y subordinado del Legislativo al Ejecutivo, particularmente en sistemas políticos, tanto parlamentarios como presidenciales, de grandes partidos, alianzas o movimientos nacionales.

Por otra parte, la existencia de un control jurisdiccional libre, independiente y responsable, debe complementarse con un control político que fortalezca la representación de las minorías, particularmente de las minorías políticas, mediante un diseño constitucional que les otorgue recursos legislativos, institucionales y procesales eficientes, que les permitan trascender en su intervención en el sistema al mero reclamo discursivo.

Así como no podemos consentir la politización de la justicia, lo que atenta irremediablemente contra el principio de independencia judicial, tampoco cabe abonar la judicialización de la política.

El gobierno debe ser controlado por los jueces jurídicamente, pero no políticamente. En este sentido no nos adherimos incondicionalmente a la doctrina que pregona la inexistencia de las cuestiones políticas. La teoría de la división de poderes, cualquier especie de que se trate ésta, debe preservar para sus órganos un margen de facultades discrecionales, cuya interpretación y aplicación el sistema les tiene reservado.

Es por lo dicho en estas conclusiones que la selección de un juez constitucional debe ser rigurosa, por las sensibles e importantes tareas que le corresponde llevar a cabo; es decir, ser el último garante de los derechos fundamentales de las personas.

Como expuso el juez JACKSON, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, "los jueces de la Corte Suprema no somos los últimos por ser infalibles, sólo somos infalibles precisamente porque somos los últimos"¹³¹.

El juez constitucional es, así, el último órgano del Estado de derecho en decir el sentido y alcance de la Constitución; pero no por ello debe pensarse erróneamente que el juez constitucional es, en última instancia, la propia Consti-

¹³¹ 344 US 443 a 540, 1953, voto concurrente del juez JACKSON.

tución. Sus facultades y sus limitaciones en la interpretación constitucional han quedado de manifiesto en este capítulo, así como la necesidad de contar con una judicatura constitucional especialmente capacitada, responsable e independiente.

Sin perjuicio de dirigir nuestro norte a estos ideales de excelencia, siempre es preferible un juez constitucional perfectible a uno dependiente. Es que en la independencia externa del juez, y en su dependencia fiel al texto constitucional de su país, interpretado bajo los esenciales principios de pluralismo, tolerancia, control, protección de minorías y *pro homine*, se encuentra el resguardo de la democracia constitucional y uno de los objetivos de lucha del constitucionalismo desde hace más de doscientos años.

CAPÍTULO VII

HACIA UNA TEORÍA UNITARIA DEL CONTROL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

§ 87. *DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN. UN EQUILIBRIO DIFÍCIL.*
En este libro hemos trabajado modelos y sistemas de control de constitucionalidad, y abordado la difícil misión que afronta el ejercicio del control de constitucionalidad, en su tarea de asegurar la supremacía constitucional en el marco de la democracia constitucional, figura que procura amalgamar dos conceptos jurídicos políticos antagónicos y complementarios.

Hemos trabajado, también, cuatro de las principales tensiones que el control de constitucionalidad deja en evidencia en su ejercicio de resguardar la supremacía constitucional, en el enfrentamiento entre los principios de la democracia y los de la constitución, a las que hemos dado en llamar tensiones “política”, “judicial”, “procesal” e “institucional”.

Finalmente, nos abocamos al perfil y rol de los jueces constitucionales y a la difícil tarea de la interpretación constitucional, cuya situación de creciente activismo, con base constitucional o sin ella, ha despertado el viejo recelo del gobierno de los jueces.

Evidentemente, si se quiere establecer un modo democrático de gobierno, es necesario promover alguna versión del modelo democrático constitucional, lo que implica –en principio– un sistema de control de constitucionalidad que defina un rol institucional del órgano a cargo de su ejecución.

Esto lleva a concluir que necesariamente la autonomía política de los ciudadanos, es decir, el ejercicio del “autogobierno”, debe estar limitado por la frontera de algunos derechos fundamentales.

En este sentido, podemos sentirnos inclinados a sostener la justificación de que todos los derechos fundamentales son *cartas de triunfo* ante la democracia, como afirma DWORKIN¹.

Así, los derechos fundamentales actuarían como corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Es, como hemos dicho, la garantía constitucional contra la “regla de la mayoría” lo que les imprime fundamentalidad².

Para esta posición, los derechos fundamentales deben estar sustraídos a la regla de la mayoría, al menos para su negación o suspensión a un grupo de personas o un individuo. Una forma de blindarlos ha sido su canonización en los pactos internacionales, pues de esa manera, el Estado queda atado a su inviolabilidad, por una obligación impuesta y vigilada por la comunidad de naciones.

La otra vía es prohibir constitucionalmente su derogación; ni siquiera el poder constituyente por unanimidad puede derogarlos. Es ésta la vía adoptada por la Constitución alemana, cuando declara nula toda reforma a los derechos fundamentales (§ 79, inc. 3°).

Otra alternativa sería mantenernos en la posición que afirma que la democracia –desde su óptica formal o proce-

¹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 37.

² Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por RAWLS, para quien “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales” (*Teoría de la justicia*, p. 19 y 20).

dimental— sólo es posible cuando algunos derechos fundamentales se encuentran garantizados.

En este sentido, NINO sostiene su posición de los derechos a priori, cuando —relevando los conflictos entre democracia y derechos individuales— afirma que “tales conflictos aparecen por la siguiente razón: el método democrático requiere, para tener valor epistémico, ciertas precondiciones como la libertad de expresión, la libertad igualitaria de participación política, etcétera.

Estas precondiciones constituyen derechos que podemos llamar a priori, ya que se determinan —a la manera del método trascendental kantiano— por el hecho de ser presupuestos del conocimiento moral; su respeto es exigible para que la democracia tenga valor epistémico. Como vimos, esas precondiciones pueden extenderse enormemente porque la libertad igualitaria de participación política puede comprender recursos de muy diversa índole. En realidad, todos los llamados ‘derechos sociales’ pueden llegar a verse como derechos a priori, ya que su insatisfacción perjudica el buen funcionamiento del sistema democrático y, con ello, su calidad epistémica. Pero... en la medida en que pretendiéramos satisfacer más y más condiciones para el buen funcionamiento del proceso democrático, incrementaríamos su valor epistémico, pero también reduciríamos su alcance”³.

En realidad, si se quiere preservar la democracia se debe aceptar que la legitimidad formal de las decisiones depende del respeto de algunos derechos fundamentales; es decir que la decisión es viable, en el sistema constitucional, cuando se encuentran garantizados los derechos que sustentan a los procedimientos democráticos.

Una decisión será democrática y constitucionalmente legítima si ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos democráticos (legitimidad formal) y al mismo tiempo respeta los límites de contenido impuestos por la constitución (legitimidad sustancial).

Ambas posiciones, que podemos sostener enroladas en una democracia constitucional, conducen a concluir que los *derechos políticos* constituyen vínculos y limitaciones férreas

³ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 714.

para el ejercicio del “autogobierno”⁴, porque de otra manera no sería posible su ejercicio. Pero otros, como los sociales, que están legítimamente constitucionalizados, porque tienen un valor en sí mismos, podrían –para la segunda posición– no ser considerados como “cartas de triunfo” ante cualquier decisión democrática, como sería el procedimiento de reforma constitucional.

Es que, como ha señalado BOVERO⁵, los derechos políticos son una *condición* de la democracia; estos derechos constituyen un límite ante sí mismos, pues de otra manera la democracia moderna sería imposible.

Por consiguiente, podríamos afirmar que hay derechos fundamentales implícitos en la definición misma de democracia que constituyen condiciones de ésta, puesto que sin ellos no habría posibilidad de construir la voluntad política a partir de la elección, representación, deliberación y decisión que implica el proceso de ejercicio del autogobierno.

Aquí se sitúan los derechos políticos propiamente dichos, como los de participación y decisión ciudadana (voto), y los civiles ejercidos con fines políticos, como la libertad de conciencia, expresión, reunión, asociación, información, y demás.

Sin ellos, a los que definimos como “conjunto unitario de derechos y valores políticos de la democracia”⁶ es impensable un proceso de libre e igualitaria deliberación para formar un agregado de preferencias individuales que se transformen en votos de mayoría o minoría.

§ 88. *EL “SISTEMA UNITARIO” DE DERECHOS Y VALORES POLÍTICOS EN LA DEMOCRACIA.* – Según nuestra perspectiva, los derechos políticos constituyen una condición formal y sustancial de la democracia. La construcción de la voluntad política

⁴ Para algunos autores hay que incluir en este coto mínimo vedado al derecho a la educación y la subsistencia (SALAZAR UGARTE, *La democracia constitucional*, p. 266).

⁵ BOVERO, *Democracia y derechos fundamentales*, “Isonomía”, n° 16, p. 21 a 38.

⁶ AMAYA, *El conjunto unitario de derecho y valores políticos en la democracia*, en AMAYA (coord.), “Visiones de una Constitución”, p. 515 a 536.

que implica el proceso de ejercicio del autogobierno, por medio de la secuencia elección-deliberación-decisión, requiere del ejercicio y garantía de los derechos que configuran la libertad política.

Como ya lo aclaramos en el párrafo anterior, es válido afirmar que los derechos políticos son derechos fundamentales implícitos en la definición misma de democracia y, obviamente, en la construcción de la democracia constitucional.

Definimos a estos derechos condicionantes de la democracia como “conjunto unitario de derechos políticos”. Avanzaremos sobre esta categoría.

El modelo de la democracia constitucional ha reafirmado el principio de la libertad como uno de los valores esenciales sobre los cuales se asienta el sistema. Pero, si bien es cierto que la libertad ha edificado el modelo, no podemos dejar de reconocer la tensión que existe en la sociedad moderna entre la “libertad” y la “igualdad”, otro valor esencial sobre el que se construye el Estado de derecho.

Esta tensión nos obliga a preguntarnos –como señala Fiss– considerando, por ejemplo, los efectos silenciadores de algunos discursos y su poder de imponerse, de intimidar al contrario de menor apoyo y representación, ¿cuál es la libertad de expresión de alguien que no puede hacerse escuchar?⁷ O, en otros términos, ante el poder de imposición de las mayorías políticas, ¿hasta dónde las mayorías pueden limitar la libertad política de las minorías?

Así, para la democracia constitucional, la libertad de expresión –uno de los derechos integrantes del sistema unitario– excede el marco de protección de un derecho individual y se asienta en las bases mismas del modelo democrático.

La concepción de la libertad de expresión como derecho subjetivo, o sea, individual, es propia del liberalismo del siglo XIX y ha evolucionado hacia una concepción social o colectiva del derecho a partir de los beneficios que su ejercicio produce para la comunidad, dados por su contribución en el desarrollo de los presupuestos necesarios para

⁷ FISS, *La ironía de la libertad de expresión*.

la subsistencia del sistema democrático de gobierno, como son la formación de la opinión pública libre y el pluralismo político.

Así, para un importante sector de la doctrina americana y europea, la justificación de la protección de la libertad de expresión descansa más en su utilidad o garantía del sistema democrático, que en el primigenio argumento individualista derivado de las nociones de dignidad y autonomía.

Esa justificación parte de las denominadas teorías democráticas del derecho a la libertad de expresión de raigambre estadounidense, y ha servido para asignarle una posición privilegiada frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, siempre y cuando involucre la comunicación de expresiones tendentes a la formación de la opinión pública.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, la individual, la cual requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, representando ello, por tanto, un derecho de cada individuo. Por otro, se hace referencia a un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁸.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se ha inclinado en una misma dirección⁹, sosteniendo una noción uniforme de los principios y valores sobre los que se asienta la democracia moderna en el mundo occidental.

No en vano la introducción de la llamada “cláusula democrática y de derechos fundamentales”, en los acuerdos que concluye la Unión Europea con terceros Estados, se convierte en un incentivo para que aquellos Estados que tienen intereses compartidos con la Unión se manifiesten comprometidos con el ejercicio de la mencionada cláusula, como condición fundamental para mantener el acuerdo.

⁸ CIDH, 13/11/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC-5/85, párr. 30 y siguientes.

⁹ CEDH, 26/9/95, “Vogt c/Alemania”; *id.*, 24/11/93, “Informationsverein Lentia c/Austria”.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, cuya jurisprudencia ha constituido una guía para los tribunales argentinos en muchos aspectos¹⁰, ha edificado también una jurisprudencia vigorosa, en igual dirección, en torno a la protección de la libertad de expresión y alrededor de un concepto amplio, especialmente a partir de la década de los setenta, con los recordados fallos “New York Times v. Sullivan”¹¹, “Brandenburg v. Ohio”¹² y “New York Times v. United States”¹³, entre otros.

¿Debe el Estado exigir a los medios que emitan los discursos de la oposición para cumplir con el papel de proteger el autogobierno que implica el concepto de libertad de expresión como pilar del sistema democrático? ¿Debe proteger y apoyar aquellos discursos y expresiones que de otro modo permanecerían inaudibles, para no privar a la democracia de la plenitud y riqueza del pluralismo expresivo?

¿Hasta qué punto debe el Estado asegurar las condiciones del debate político? ¿Cuáles son los requisitos que debe garantizar en el marco de la construcción de las decisiones políticas? En este sentido, ¿cuáles son las fronteras de los derechos de las minorías políticas?

Estos interrogantes y muchos otros se relacionan íntimamente con temas diversos, como la difamación o los fondos de las campañas electorales, y también con las fronteras del diálogo, el debate y construcción de las decisiones públicas en una democracia constitucional.

§ 89. *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEMOCRÁTICA Y SU PERFIL REFORZADO. LOS DISTINTOS APORTES DE LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE Y EUROPEA.* – Dentro de las distintas teorías que justifican la libertad de expresión¹⁴ las teorías democrático-políticas fun-

¹⁰ La libertad de expresión ha sido uno de ellos, en atención a la similitud que encierran las cláusulas constitucionales de ambas naciones para la materia (enmienda 1ª y art. 32, respectivamente).

¹¹ 376 US 254, 1964.

¹² 395 US 444, 1969.

¹³ 403 US 713, 1971.

¹⁴ Por ejemplo, las teorías epistemológicas ven a la libertad de expresión como un mecanismo de acceso a la verdad y al conocimiento tendiente al desarrollo personal y social; las humanistas conciben a la libertad de ex-

damentan los postulados a favor de la primacía de este derecho frente a otros, cuando constituye una herramienta para el afianzamiento del sistema democrático, contribuyendo a la formación de la opinión pública libre.

Según estas teorías, que surgen a mitad del siglo xx en los Estados Unidos de América, sólo el debate sobre temas estrictamente políticos es protegido de manera absoluta por la primera enmienda de la Constitución estadounidense¹⁵ que garantiza la libertad de expresión. Entre los autores que sostienen estas teorías, más allá de sus variantes, se encuentran ALEXANDER MEIKLEJOHN, ROBERT BORK y OWEN FISS¹⁶. Cabe señalar que éstas han sido las teorías predominantes en la judicatura y la doctrina estadounidense referida a la primera enmienda durante buena parte del siglo xx, y continúan hoy en vigencia.

Sostiene MEIKLEJOHN que el derecho a la libertad de expresión reconocido por la primera enmienda no es un simple derecho subjetivo dirigido a la autorrealización del individuo, sino más bien un principio constitutivo del modelo de gobierno estadounidense instaurado desde la fundación de la nueva nación americana: el sistema de-

presión como manifestación de la dignidad del ser humano y enfatizan su contribución en la autorrealización del individuos.

¹⁵ Dice la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* (El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de ella; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios).

¹⁶ MEIKLEJOHN, *Testimony on the meaning of the first amendment*, <http://w3.trib.com/FACT!st.meikle.html>; *The first amendment is an absolute*, "Supreme Court Review", n° 245, 1961. Fragmentos seleccionados en LIVELY - ROBERTS - WEAVER (eds.), *First amendment is an anthology*, p. 2, 3 y 8. BORK, *Neutral principles and some first amendment problems*, "Indiana Law Journal", n° 47, 1971. POST, *The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, "Harvard Law Review", vol. 103, W 3, jan. 1990, p. 601 a 686. FISS, *Why the State?*, "Harvard Law Review", vol. 100, W 4, feb. 1987, p. 781 a 794; *La ironía de la libertad de expresión*.

mocrático o de autogobierno. En palabras del autor, la primera enmienda no protege una “libertad para hablar”. Protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación mediante las cuales nosotros “governamos”. Está comprometida, no con un derecho privado, sino con un poder público, una responsabilidad gubernamental¹⁷.

A partir de la lectura de los *Founding Fathers* que explicaron los propósitos de la Constitución estadounidense como un cuerpo político que otorgaba al ciudadano protección contra la tiranía de la mayoría y de una lectura literal de la primera enmienda de la Constitución que establece que el Congreso no aprobará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa, MEIKLEJOHN propugna una protección absoluta de la libertad de expresión política, que admite pocas excepciones¹⁸.

Como vemos, para MEIKLEJOHN el autogobierno (derecho que tienen los ciudadanos a participar en la vida política a través de su voto) es el fundamento del derecho a la libertad de expresión. La participación en la vida política exige de los electores un voto consciente. El fundamento del derecho a la libertad de expresión reside en su capacidad de garantizar la libre transmisión de información y el intercambio de ideas concernientes a los temas públicos, estrictamente entendidos como los referidos a los asuntos de gobierno.

El problema de la posición de MEIKLEJOHN reside en su dificultad para precisar los asuntos públicos sobre los cuales la discusión de ideas debería ser absolutamente libre.

Por su parte, BORK intentó superar la posición de MEIKLEJOHN precisando el concepto de discurso o expresión política, señalando que por ésta debía entenderse únicamente la expresión explícitamente política, es decir, aquella que

¹⁷ Cfr. MARCIANI BURGOS, *La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos*, “Pensamiento Constitucional”, año IX, n° 11, p. 351 a 378.

¹⁸ Las pocas excepciones están dadas con límites requeridos para facilitar la propia discusión o debate; esto es, los límites referidos al lugar, la forma o el momento en que debe manifestarse una expresión o producirse una discusión.

guarda relación con el modo en que somos gobernados, excluyendo así los discursos de tipo artístico, científico, comercial, etcétera.

En opinión de BORK, la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda contribuye a descubrir la verdad política, identificada por él con un conjunto de valores que son protegidos por normas constitucionales y que son el resultado del triunfo de la acción de las mayorías legislativas en un momento determinado. No tienen un contenido inalterable, más bien se refieren a resultados temporales del proceso democrático. En lo que concierne a su contenido, son verdades principalmente referidas a la forma en que el gobierno debe operar¹⁹.

Otra posición que privilegia la libertad de expresión y le otorga un perfil reforzado es la mantenida por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos LOUIS BRANDEIS, quien en el caso "Whitney v. California" (1927) sostuvo diversos fundamentos a favor de la libertad de expresión, como su contribución en el desarrollo de las facultades del individuo; su carácter de medida de seguridad para la sociedad, pues propone el debate como mecanismo de intercambio de ideas y desincentiva el uso de medios violentos de expresión; y el descubrimiento y la difusión de la verdad política.

Por su parte, el enfoque humanista sostiene que la libertad de expresión tiene como fundamento el principio de la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad. Entre los autores que defienden la tesis humanista de la libertad de expresión se encuentran RODNEY SMOLLA, LAWRENCE TRIBE, MARTÍN REDISH y RONALD DWORKIN²⁰.

Cercana a la visión anglosajona del derecho a la libertad de expresión como mecanismo esencial del sistema democrático, se encuentra la concepción europea de este derecho como garantía institucional de la opinión pública libre, noción a partir de la cual también se ha sostenido una posición preferente del derecho a la libertad de expresión cuan-

¹⁹ Cfr. MARCIANI BURGOS, *La posición preferente del derecho a la libertad de expresión*, "Pensamiento Crítico", año IX, n° 11, p. 351 a 378.

²⁰ Cfr. CODERCH, *El derecho de la libertad*, p. 40 a 43.

do se encuentra en situación de conflicto con otros derechos fundamentales, como el honor, la intimidad o la voz e imagen propias²¹.

Para quienes consideran que el derecho a la libertad de expresión constituye una garantía institucional, la institución por ella garantizada es la opinión pública libre, la cual es necesaria para la efectiva realización de los principios de pluralismo ideológico y tolerancia sobre los que se sostiene el modelo democrático de gobierno.

Otra distinción privilegiada de este derecho es la tesis de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión creada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América²². En aplicación de esta doctrina los tribunales estadounidenses establecieron reglas que garantizan dicha posición preferente: un estándar débil de la presunción de constitucionalidad de las leyes; la inversión de la carga de la prueba en el debate de constitucionalidad; la intervención rápida del tribunal en supuestos de peligro del derecho; la intolerancia de la legislación imprecisa o vaga que confiera un margen peligroso de discrecionalidad al gobierno en materia de libertad de expresión.

²¹ “El concepto de garantía institucional surgió en Alemania como un tipo de protección constitucional que buscaba establecer limitaciones a la actuación del legislador, de manera que a través de la actividad legislativa no se desconociera el contenido de dichas instituciones, las cuales podían o no coincidir con ciertos derechos fundamentales. La pertinencia de la figura de la garantía institucional se explica en el contexto histórico en que surge, esto es, durante el Estado liberal que subsistió hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, y que sometía la eficacia jurídica de los derechos fundamentales al principio de legalidad. Situación que actualmente es distinta toda vez que los derechos fundamentales encuentran una consagración constitucional –y también supraconstitucional, a través de los tratados internacionales en los que están reconocidos– que impide su libre disposición y desnaturalización por parte del legislador y que, más bien, somete la actuación de éste al respeto del contenido esencial del derecho” (Cfr. MARCIANI BURGOS, *La posición preferente del derecho a la libertad e expresión*, “Pensamiento Constitucional”, año IX, n° 11, p. 362 a 364).

²² La teoría de la posición preferente (*preferred position*) de las libertades reconocidas por la primera enmienda de la Constitución estadounidense fue desarrollada por un grupo de jueces a lo largo de varios casos que llegaron a la Corte Suprema: “Murdock v. Pennsylvania” (1943), “Konigsberg v. State Bar of California” (1961), etcétera.

Más allá de la identificación de la Constitución argentina con la de Estados Unidos y de la primera enmienda con nuestro art. 32²³, introducido por la reforma de 1860, la concepción de la libertad de expresión como un elemento esencial del sistema democrático ha sido acogida como un criterio importante en la evaluación de dicho derecho por parte de la jurisprudencia constitucional de muchos países.

En España, por ejemplo, a partir de una recepción particular de la teoría estadounidense de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, a la que se le ha añadido elementos de la teoría democrático-política de MEIKLEJOHN al resaltarse la función de este derecho como soporte esencial del sistema democrático, se ha establecido la posición preferente de la libertad de expresión respecto de ciertos derechos de la personalidad (honor, intimidad, voz e imagen propias) con los cuales suele entrar en conflicto²⁴; esto siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, como el hecho de que la expresión o información a transmitir sea de interés público o permita formar opinión pública.

Ello, conforme tiene dicho el Tribunal Constitucional español, debido a la función que cumple la libertad de expresión como garantía institucional de la opinión pública libre y del pluralismo político, considerados como elementos esenciales del sistema democrático.

De este modo, tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional español han señalado que cuando

²³ Art. 32, *Const. nacional*. – “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

²⁴ Como vimos, la doctrina de la *preferred position* aparece como una defensa frente a los intereses del Estado para limitar los derechos reconocidos en la primera enmienda. GUZMÁN explica el significado de la *preferred position* del siguiente modo: “los derechos fundamentales –dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado– son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando ésta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales” (GUZMÁN, *El principio de preferencia por los derechos fundamentales. Un intento de fundamentación lógica*, “Revista Jurídica del Perú”, año LI, n° 27, oct. 2001, p. 1). No se trata, pues, de una defensa frente a los particulares ni de una preferencia frente a otros derechos fundamentales, como lo ha entendido la jurisprudencia española.

la libertad de expresión constituye una garantía institucional²⁵ de la opinión pública libre, ésta tiene una posición constitucional preferente.

§ 90. *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICO DEMOCRÁTICA Y SU PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE.* – Un caso singular, que nos ilustra sobre el grado de particular protección que merecen las llamadas “libertades preferidas” para el sistema jurídico estadounidense, las cuales revisáramos en el capítulo anterior de esta obra, fue el fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Texas vs. Johnson”²⁶.

Al finalizar un acto de la Convención Nacional Republicana celebrada en el Estado de Texas en 1984, luego de la segunda postulación de Ronald Reagan como Presidente, un grupo de manifestantes se lanzó a la calle para protestar contra la política de aquél. La manifestación, en su marcha, pintó con aerosol los frentes de algunos edificios y terminó ante la municipalidad de la ciudad. Allí uno de los manifestantes, Gregory Lee Johnson, tomó una bandera estadounidense que otro manifestante había sacado del frente de un edificio, la roció con kerosene y le prendió fuego. Mientras ello ocurría los manifestantes coreaban: “*America. the red, white and blue, we spit on you*” (“Norteamérica, el rojo, blanco y azul, escupimos sobre ti”). Luego de terminada la demostración un testigo recogió los restos de la bandera y los enterró en el jardín de su casa.

Johnson fue acusado de violar disposiciones del Código Penal de Texas, el cual condena la profanación de un objeto venerado, entre los que se encuentra la bandera nacional, y fue condenado por la Corte Criminal del condado a un año

²⁵ En sentencias más recientes, el Tribunal Constitucional español ya no utiliza el concepto de garantía institucional en relación con la libertad de expresión, sino que la califica como garantía del pluralismo o de la opinión pública. Cfr. sentencia W 76, 8/4/02; sentencia W 46, 25/2/02; sentencia n° 171, 18/10/04; sentencia n° 1, 17/1/05.

²⁶ “Texas vs. Johnson”, 109 Supreme Court Reporter 2533, 1989. Ver dos excelentes análisis del caso en TAWIL, *La Constitución, el respeto a los símbolos patrios y la libertad de expresión*, ED, 133-945, y en BIANCHI *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional estadounidense*, “Revista RAP”, n° 146, p. 22 a 26.

de prisión y a pagar una multa de dos mil dólares. Apelada esta decisión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones del condado. Johnson apeló pidiendo revisión discrecional ante la Corte de Apelación criminal del Estado de Texas, sosteniendo que la norma bajo la cual había sido penalizado era inconstitucional. Llegado el caso a la Corte Suprema por concesión del *certiorari* el alto tribunal absolvió al acusado. Para ello sostuvo que su acción, en la medida en que se trataba de “lenguaje expresivo o simbólico”, estaba protegida por la primera enmienda de la Constitución²⁷.

Conforme los argumentos del tribunal, Johnson no quiso ofender o degradar a la bandera, utilizó su quema como medio de expresión de una idea política. El “lenguaje simbólico”, afirmó la Corte, está protegido al igual que el lenguaje simple, por la primera enmienda de la Constitución.

En la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos el lenguaje político simbólico posee una protección amplia desde hace largo tiempo atrás. El primer caso “Stromberg vs. California” se remonta a 1931 y tuvo lugar cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de una prohibición decretada contra el despliegue de una bandera roja como signo símbolo o emblema de protesta contra el gobierno organizado²⁸. Dijo que la ley cercenaba la oportunidad de ejercer libremente la libertad de discusión.

“Brown vs. Luisiana” se suscitó como consecuencia de una protesta de un grupo de ciudadanos negros en una librería pública donde los negros tenían prohibido el acceso. Un grupo de ellos se presentó requiriendo un libro y ante la negativa a entregárselo y el requerimiento de que abandonaran el lugar, se produjo una “sentada” de los negros en señal de protesta²⁹.

Los manifestantes fueron desalojados por la policía y condenados –bajo las previsiones de una ley de Luisiana–

²⁷ El fallo fue emitido por una ajustada mayoría de cinco jueces contra cuatro. Por la mayoría votaron los jueces BRENNAN (que condujo la opinión de la mayoría), MARSHALL, BLACKMUN, SCALIA y KENNEDY (este último según su voto). La minoría estuvo integrada por los jueces REHNQUIST (*chief justice*), WHITE, O’CONNOR, y STEVENS (este último según su voto).

²⁸ 283 US 359, 1931.

²⁹ 383 US 131, 1966.

por quebrantamiento de la paz. La Corte, también con ajustada mayoría de cinco a cuatro, revocó la condena sosteniendo que la conducta de los convictos estaba protegida por las enmiendas I y XIV³⁰.

Uno de los casos más célebres en materia de “expresión simbólica” es “United States vs. O’Brien”³¹. El caso se suscitó cuando una mañana de marzo de 1966, David O’Brien junto con un grupo de compañeros del Selective Service, quemaron públicamente, frente a los Tribunales de Boston, en presencia de una numerosa concurrencia entre la que se encontraban agentes del FBI, las credenciales que los acreditaban como pertenecientes a dicho Servicio, en señal de protesta contra la guerra de Vietnam. O’Brien y sus compañeros fueron acusados por mutilación voluntaria de tales documentos, lo que estaba prohibido. Sin embargo, la Corte de Apelaciones sostuvo que la ley en cuestión era inconstitucional por violar la libertad de expresión de la primera enmienda. Llegado el caso a la Corte, WARREN, su entonces *chief justice*, conduciendo la opinión del Tribunal, revocó la decisión condenando a O’Brien por violación de dicha ley.

La Corte en este caso sostuvo: “Creemos claramente que una reglamentación gubernamental está suficientemente justificada si está dentro del poder constitucional del Gobierno; si promueve un importante o sustancial interés gubernamental; si el interés del gobierno no está relacionado con la supresión de la libertad de expresión y si la incidental restricción de la alegada primera enmienda no

³⁰ “De todos modos la Corte estadounidense no ha extendido la protección constitucional a todas las demostraciones públicas de protesta. Así en ‘Adderley vs. Florida’ 385 US 39, 1966 un grupo de 32 estudiantes de la Universidad de Florida fueron condenados, según una ley de Florida por ingresar ilegalmente en la cárcel del condado, como señal de protesta contra el arresto de otros estudiantes ocurrida el día anterior y contra el sistema de segregación racial en las cárceles. Luego de ser intimados a abandonar la cárcel, fueron arrestados. La Corte sostuvo que el Estado de Florida había actuado dentro de sus previsiones legales y que poseía derecho a desalojar la cárcel para preservarla de otros usos que los legalmente establecidos” (cfr. BIANCHI, *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional estadounidense*, “Revista RAP”, n° 146, p. 22 a 26.

³¹ 391 US 367, 1968.

es tan importante como la promoción del interés gubernamental”³².

§ 91. *EL PERFIL DEL “SISTEMA UNITARIO” Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PRIMERA APROXIMACIÓN HACIA UNA TEORÍA UNITARIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.* – Asumimos, por consiguiente, que la libertad de expresión no sólo ha sido justificada como un derecho básico para el desarrollo de la autonomía de la persona, sino también como un elemento constitutivo del sistema democrático de gobierno.

Esta posición, conocida como el “modelo de la libertad”, protege el discurso público por el valor que tiene el discurso para el individuo, al promover tanto la autorrealización individual como la autodeterminación individual-colectiva.

La garantía constitucional de la libertad de expresión fue creada para asegurar el irrestricto intercambio de ideas, con el objeto de provocar los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo (cfr. “New York Times v. Sullivan”³³).

Según el fallo del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, para un ordenamiento estatal democrático, la libertad de expresión es directamente un elemento constitutivo, pues posibilita la permanente confrontación intelectual, la lucha de opiniones, las que constituyen su

³² Otro caso relevante de conducta expresiva es “Clark vs. Community for Creative Non Violence”. El caso se suscitó cuando un grupo que protegía los derechos de las personas sin vivienda pretendió dormir en una plaza (Lafayette Park) como demostración pública, siéndole ello impedido por una reglamentación del Servicio Nacional de Parques (National Park Service) que prohíbe hacer camping en las plazas. El grupo entonces sostuvo que la reglamentación, así aplicada, era inconstitucional, pues violaba la libertad de expresión. La Corte con el voto del juez WHITE, sostuvo que la reglamentación no era inconstitucional, revocando así la sentencia de la Corte de Apelaciones. Si bien admitió que la petición del grupo implicaba el ejercicio de conducta expresiva, sostuvo también que ella no es un derecho absoluto y que debe ejercerse razonablemente en los lugares y momentos correctos. Se hizo cita expresa del caso “O’Brien” y de los intereses estatales en prohibir la conducta expresiva allí contemplados. Disintieron los jueces MARSHALL y BRENNAN.

³³ 376 US 254, 1964.

elemento vital. En cierto sentido constituye el fundamento de cualquier otra libertad³⁴.

Es que, sin necesidad de enredarnos en la ardua discusión sobre la existencia y alcances de una jerarquía de derechos en un ordenamiento constitucional, o sobre la extensión a él de la “teoría de las libertades preferidas”³⁵, o de un espectro de “derechos fundamentales” que edifiquen una teoría constitucional fundamentalista³⁶, la presencia de la libertad de expresión se agiganta en los sistemas constitucionales a partir del aspecto bifronte ya señalado, cuya aceptación doctrinal y jurisprudencial es pacífica.

Este doble carácter la ubica privilegiadamente dentro de lo que podríamos denominar el “cuadro constitucional” de los derechos y libertades políticas, el que, configurado también por los derechos y libertades de conciencia, reunión, petición y asociación, protegidos en todas las cartas fundamentales y en los tratados internacionales, y los derechos consagradorios del sufragio, de los partidos políticos y de los medios de democracia semidirecta, conforman un “ordenamiento sistémico” dentro del modelo democrático representativo.

Esta unidad resultante, y las relaciones de complementariedad que emergen entre ellos, inducen a una interpretación sistémica de una constitución en este aspecto y obligan –en gran medida– a una visión en conjunto que tenga en cuenta el significado que tienen estos derechos como elementos constitutivos de un sistema unitario ligado a valores³⁷.

³⁴ *BVerfGE*, 7, 198, 208.

³⁵ BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, p. 459 y siguientes.

³⁶ ACKERMAN - ROSENKRATZ, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, “Cuadernos y Debates”, n° 29, p. 13 a 31.

³⁷ La CIDH asumió una posición similar en el caso “Manuel Cepeda Vargas v. Colombia”, del 26 de mayo de 2010, cuando sostuvo que debía analizar la controversia por las alegadas violaciones de los derechos políticos, la libertad de expresión y la libertad de asociación conjuntamente, en el entendido de que estos derechos son de importancia fundamental dentro del sistema interamericano, por estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático. En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia, sostuvo que, “en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación

Y, en este sentido, ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos que los elementos característicos de una sociedad democrática son “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura” que se deben traducir necesariamente en un régimen institucional³⁸.

Ante la falta de tutela efectiva y amplia de este “conjunto unitario”, no hay para la minoría posibilidades ciertas de convertirse en mayoría, lo que constituye una característica esencial de la democracia.

La democracia tiene la necesidad de un ciudadano político que haga uso efectivo de sus derechos. El derecho de voto presupone libertades esenciales o fundamentales, como la de conciencia, de opinión, de reunión, de petición y de asociación, porque de otro modo el titular no podría decidir de manera libre, informada y con conciencia de cómo ejercer su elección política.

Así, mediante el ejercicio individual de estos derechos fundamentales se ejecuta un “proceso de libertad”, que constituye un elemento esencial de la democracia y, por consiguiente, estos derechos contienen un perfil de ciudadanía activa y participativa.

Visto de esta manera, el “conjunto unitario” constituye un límite y una condición para el poder público. Un límite frente a las decisiones mayoritarias que restrinjan su ejercicio, pues los derechos políticos –al considerarse condicionantes de la democracia– constituyen siempre una coraza frente a dichas decisiones. Toda restricción o limitación de estos derechos merece un análisis estricto de razonabilidad.

Asimismo, condicionan al poder público, porque lo comprometen activamente en el desarrollo de políticas públicas que aseguren y promuevan los valores ínsitos en la demo-

forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerequisite de los derechos de participación política” (CConst Colombia, 2/6/94, “Alejandro Martínez Caballero”, C-265).

³⁸ CEDH, 15/11/76, “Handyside”. Este concepto sobre el pluralismo político, como principio que caracteriza a un régimen político verdaderamente democrático, fue nuevamente destacado en CEDH, 2/3/87, “Mathieu-Mohin y Clefayt”, y afirmado en CEDH, 30/1/98, “Partido Comunista Unificado de Turquía”; íd., 25/5/87, y “Partido Socialista de Turquía”.

cracia; esto es, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.

Por consiguiente, los derechos políticos del “conjunto unitario” no constituyen sólo derechos públicos subjetivos. Tienen un doble contenido: el aspecto individual, que los sitúa como derechos del ciudadano y del representante, y el aspecto institucional, que los distingue como condicionantes del sistema político democrático.

Este doble carácter distingue su esencia y los refuerza recíprocamente. Poseen una impronta personal subjetiva y un sello objetivo institucional. La institucionalización propone y produce un refuerzo de la libertad individual. Por ello se encuadran en las libertades “institucionalmente protegidas”, o libertades individuales como “garantías institucionales de la democracia” o como “institutos conexos” a la democracia. En todos los casos, estos derechos fundamentales –como derechos subjetivos individuales– están acoplados con una garantía institucional o bien con un aspecto institucional³⁹.

El mismo tribunal europeo ha transitado esta dirección sistémica, cuando sostuvo que el art. 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos debe analizarse a la luz del art. 10, dado que la protección de las opiniones y la libertad de expresión constituyen uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación que se consagra en el art. 11 y ello es aún más evidente en el caso de los partidos políticos, teniendo en cuenta su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y del buen funcionamiento de la democracia⁴⁰.

Así, de acuerdo con nuestros postulados, la función reglamentaria que cumple el legislador en el ámbito del “conjunto unitario” debería ser siempre interpretada con criterio restrictivo y en favor del ejercicio amplio del derecho. No se nos escapa que muchas veces se justifican limitaciones al aspecto individual invocando aspectos institucionales. Se limita la “libertad” en favor de la “igualdad”.

³⁹ En general, HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*.

⁴⁰ CEDH, 26/9/95, “Vogt c/Alemania”.

Para nuestra postura, tratándose los derechos políticos de derechos condicionantes de la democracia, estas exigencias institucionales no pueden ser satisfechas a partir de una efectiva posición de inferioridad de un sector de los titulares de los derechos⁴¹. Esperamos poder clarificar la idea a partir de un ejemplo.

Así como la libertad de reunión pierde su significado institucional si el Estado permite que las reuniones sean perturbadas por terceros, pues en este caso sólo los más fuertes pueden ejercer esta libertad (a los titulares minoritarios o más débiles les es impedido por la violencia su ejercicio), de igual manera el poder público (las mayorías) no puede imponer restricciones particulares a los derechos políticos de las minorías, porque esto implicaría relegarlos a una posición de inferioridad en la titularidad de dichos derechos, y en la posibilidad de transformarse, algún día, en mayorías.

Estos derechos, como condicionantes de la democracia, son derechos humanos fundamentales, y actúan, por consiguiente, como un “coto vedado” o “coraza protectora” de la individualidad frente al poder público.

En este contexto sostenemos –dentro de las fronteras de la posición que esbozamos– que, así como la Corte Suprema argentina ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso, cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados “sospechosos”), y cuando ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad⁴², toda restricción del “conjunto unitario” debería situar a la norma restrictiva en una “categoría sospechosa”, en consideración a la doble jerarquía de los derechos en juego y a su posición de condicionantes de la democracia.

Por consiguiente, toda norma limitativa de dichos derechos políticos debería ser declarada ilegítima, siempre y

⁴¹ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 67 y siguientes.

⁴² CSJN, “Hooft”, *Fallos*, 327:5118; íd., “Gottschau”, *Fallos*, 329:2986; íd., “Mantecón Valdez”, *Fallos*, 331:1715.

cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales, antes que meramente convenientes, y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo de uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad.

Somos conscientes de que nuestra propuesta ofrece muchos flancos para la crítica y el debate. Pero también somos conscientes de que, en un contexto que no es proclive al incentivo de los principios constitucionales, la mejor docencia que podemos ejercer es la permanente enseñanza y valoración de la actividad intelectual y de nuestra Constitución, que implica la enseñanza y la valoración de la libertad, el pluralismo y la tolerancia.

Porque, parafraseando a CAMUS, “cuando el disenso y la confrontación de ideas se apaga, llega la noche de las dictaduras”⁴³.

§ 92. **LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** – Los derechos políticos proporcionan un temario muy amplio que desde distintos enfoques pertenece tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de las constituciones.

En cuanto se relacionan con el estatus de los habitantes, o la creación, funcionamiento o reconocimiento de los partidos políticos, o la regulación de los derechos políticos y electorales, pertenecen a la parte dogmática. En cambio, en cuanto se vinculan al funcionamiento del poder con las relaciones con sus órganos, deben ser analizados dentro de la parte orgánica.

Sin embargo, esta aparente división muchas veces se desdibuja. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ sostiene que si bien la división de los derechos reconocidos por la Constitución se contiene en todo el cuerpo, de su primera parte emergen dos órdenes: derechos civiles y derechos políticos. No están deslindados estos órdenes con absoluta claridad, porque muchos autores enumeran entre los derechos civiles algunos que otros colocan entre los políticos y viceversa.

⁴³ Ver, en general, CAMUS, *Moral y política*.

La razón de esta confusión está en que no son separables, pero como necesitamos establecer la separación, virtualmente contenida en el conjunto de los textos, puede decirse que derechos civiles son todos aquellos que la Constitución reconoce al individuo en su calidad de hombre, miembro del cuerpo social, y derechos políticos son los que la Constitución reconoce a todos los que en algún grado participan de la formación del gobierno y de la ley⁴⁴.

En esta misma línea, BIDART CAMPOS reconoce que estos derechos componen una categoría no siempre concisa ya que en un sentido amplio podemos hablar de derechos políticos comprendiendo muchos derechos civiles que sin dejar de ser tales se ejercen a veces con un fin netamente político, como es el caso de los derechos de reunión, de asociación o de petición cuando son ejercidos para apoyar o criticar un acto de gobierno⁴⁵.

En este sentido, podemos afirmar que mientras los derechos civiles se dirigen a todos los individuos para permitirles realizar con integridad su destino personal en el marco de una sociedad libre, los derechos políticos se dirigen a todos los individuos para posibilitarles la participación en la expresión de la soberanía nacional.

Por consiguiente, restringidamente los derechos políticos son tales cuando únicamente se titularizan en sujetos que tienen calidad de ciudadanos o en entidades políticas reconocidas como tales (partidos políticos) o no tienen ni pueden tener otra finalidad que la política, como por ejemplo el desempeño de los cargos electivos.

Los conceptos apuntados nos exponen la íntima vinculación de los derechos políticos con la representación a través de la participación política que implica el ejercicio de ellos en un sistema democrático constitucional.

Es que todas las facetas o clasificaciones didácticas que se hacen sobre los derechos políticos se globalizan alrededor del concepto de "libertad política". Esta libertad –bajo

⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ, *Obras completas*, vol. III, p. 81 y siguientes.

⁴⁵ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental*, t. II, p. 33 y siguientes. En igual sentido se expide DALLA VÍA, *Derechos políticos y garantías constitucionales*, en "Derecho constitucional", p. 87.

el juego democrático— puede estar titularizada en diferentes sujetos (ciudadano, funcionario, partido político) y comprender distintas etapas participativas dentro del funcionamiento de la organización social de los asuntos públicos, y es definida por COOLEY diciendo que consiste en una participación efectiva del pueblo en la formación de la ley⁴⁶.

Hoy, entre los derechos políticos, tiene cabida un espectro amplio y relevante, como los derechos de asociación, reunión, expresión de las ideas, formar parte de los partidos políticos o postularse para los cargos de elección popular; pero el derecho de sufragio o voto revestido de las características de igual, universal, personal, libre y secreto y su consecuente respeto, es, para muchos autores, el más importante de los derechos políticos.

A partir de la reforma de 1994 de la Constitución de la Nación Argentina los nuevos arts. 37 (derechos políticos), 38 (partidos políticos), 39 (iniciativa popular) y 40 (consulta popular) y los incluidos en los pactos de derechos humanos que han adquirido jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22), han dado un importante contenido formal, complementando y explicitando la norma originaria que los incluía implícitamente (art. 33).

Se ha conformado, así, el llamado “bloque de constitucionalidad federal”⁴⁷. Muchas de las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos encierran principios y disposiciones relacionados con la materia de los derechos políticos.

Así lo hacen especialmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). También encontramos referencia a estos derechos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer.

⁴⁶ COOLEY, *Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica*, p. 225 y 226.

⁴⁷ Cfr. MANILI, *El bloque de constitucionalidad federal*.

Estos instrumentos internacionales, a través de diferentes normas, –DUDH art. 21; PIDCP, art. 25; CADH, art. 23–, garantizan la participación política, la periodicidad de los mandatos y elecciones auténticas que deben realizarse por sufragio universal, igual y secreto.

§ 93. **LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EDIFICADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** – Los derechos políticos reconocidos por el art. 23 de la CADH incluyen, por un lado, el derecho a votar o elegir a sus autoridades y, por el otro, el derecho a ser votado o ser elegido como autoridad. En otras palabras, la Convención reconoce el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo, y la oportunidad de los ciudadanos a ejercer el sufragio pasivo, lo que conforma el derecho de participación ciudadana⁴⁸.

Con la finalidad de delinear un marco de regulación razonable del ejercicio de estos derechos, la Convención reconoció un número exhaustivo de “condiciones habilitantes”⁴⁹ que el Estado puede establecer para que los ciudadanos ejerzan el sufragio activo y pasivo, a saber, “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental”. Finalmente, estableció la “condena, por juez competente, en proceso penal”, como causal de suspensión o privación de los derechos políticos. Esta cláusula establecida por la Convención significa que el Estado puede suspender o privar a una persona de sus derechos políticos después de que ésta haya sido sentenciada, como producto de un proceso judicial ajustado a las garantías del debido proceso penal.

⁴⁸ *Art. 23, CADH.* – “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

⁴⁹ *Art. 23, CADH.* – “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Los órganos del Pacto de San José han edificado una rica jurisprudencia en materia de derechos políticos, principalmente en los casos “Yatama vs. Nicaragua”, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, y “López Mendoza vs. Venezuela”⁵⁰.

En el caso “Yatama vs. Nicaragua” la Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los art. 8 (Garantías judiciales), 23 (Derechos políticos) y 25 (Protección judicial) de la CADH, todos ellos en relación con los arts. 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (en adelante “Yatama”). Según lo alegado por la Comisión, dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur, como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan.

En “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, la Comisión Interamericana sometió a la Corte una demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se originó en la petición presentada por Jorge Castañeda Gutman.

⁵⁰ CIDH, 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”; íd., 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”; íd., 26/5/10, “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, e íd., 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”.

La demanda se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

En “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, la Comisión Interamericana presentó una demanda contra el Estado de Colombia con relación a la ejecución extrajudicial del entonces senador Manuel Cepeda Vargas perpetrada el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá, así como a las alegadas falta de debida diligencia en la investigación y sanción de todos los responsables, obstrucción de justicia y la falta de reparación adecuada a favor de los familiares. El senador Cepeda Vargas era comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica. Se alega que su ejecución se enmarca en un patrón sistemático de violencia contra los miembros de dichos partidos y que fue perpetrada mediante la supuesta coordinación operativa entre miembros del Ejército y grupos paramilitares, a través del llamado “plan golpe de gracia”. La Comisión sostuvo, asimismo, que dicha ejecución refleja la situación de los miembros de la UP, los actos de hostigamiento, persecución y atentados en su contra, y la impunidad en que se mantienen tales hechos. Además, alegó que la ejecución del senador Cepeda “sobresale en el patrón de violencia contra los militantes de la UP, dado su rol como último representante electo por voto popular” de ese partido, y constituye un crimen contra la humanidad.

Por último, en “López Mendoza vs. Venezuela”, la Corte debía determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular eran o no compatibles con la Convención Americana. De inicio dictaminó que no correspondía, en cambio, que se pronunciara sobre la interpretación del derecho interno venezolano y, en particular, sobre la compatibilidad o incompatibilidad del art. 105 de la LOGRSNCF con la Constitución de Venezuela. Asimismo, la Corte consideró que para decidir el caso no era necesario realizar un pronunciamiento respecto a los alegatos de derecho comparado presentados por el Estado, entendiendo que el caso debía resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el art. 23 de la Convención Americana,

porque se trataba de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párr. 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párr. 2°.

Sobre el contenido de los derechos políticos, la CIDH estableció: “El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención⁵¹ y que sus titulares, es decir los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de ‘oportunidades’. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos⁵²”.

“El art. 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad”. La CIDH utilizó los términos “derecho al sufragio activo y pasivo”. De manera que, en términos generales, al reconocer los derechos políticos, la Convención protege tanto el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo, como la oportunidad de los ciudadanos a ejercer el sufragio pasivo⁵³.

El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, son la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política.

La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como

⁵¹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman*, vs. Estados Unidos Mexicanos”, párr. 143.

⁵² Cfr. CIDH, “*López Mendoza vs. Venezuela*”, párr. 108.

⁵³ Cfr. CIDH, 26/6/05, “*Yatama*, vs. Nicaragua”, párrs. 32 y 195.

candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación⁵⁴.

§ 94. *CONDICIONES HABILITANTES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS. LAS REGLAS SOBRE EDAD, NACIONALIDAD, IDIOMA, INSTRUCCIÓN Y CAPACIDAD CIVIL O MENTAL.* – De acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH la regulación del Estado con la finalidad de cumplir su “obligación positiva” de diseñar un “sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos”, puede girar en torno a las condiciones habilitantes previstas expresamente por el art. 23, inc. 2, o en torno a otras condiciones y formalidades, siempre y cuando esta regulación observe “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”⁵⁵.

En el caso “Castañeda Gutman”, la CIDH aclaró que “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”, constituyen “condiciones habilitantes” que “legítimamente” pueden ser establecidas por los Estados.

La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párr. 1 tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos.

Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para

⁵⁴ Cfr. CIDH, 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párrs. 194, 197, 198, 199 y 200.

⁵⁵ Cfr. CIDH, 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párr. 206.

ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones.

Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

La regulación del Estado con la finalidad de cumplir su “obligación positiva” de diseñar un “sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos”, puede girar también en torno a otras “condiciones y formalidades”, además de las previstas expresamente por el art. 23, inc. 2⁵⁶.

Desde el momento en que el art. 23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (art. 1.1, CADH) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (art. 2, CADH).

Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el art. 23.2 de la Convención.

⁵⁶ Cfr. CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párrs. 155 a 157.

Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

En “Castañeda Gutman”, la Corte aclaró que el art. 23 se “limitaba a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos”⁵⁷.

En efecto, sin que esto se considere violatorio de la lista exhaustiva del art. 23, inc. 2 de la Convención, los Estados tienen la obligación de establecer y regular otras “condiciones y formalidades” habilitantes (además de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental) para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos.

Por ejemplo, en los casos “Yatama” y “Castañeda Gutman”, la Corte examinó la juridicidad internacional de condiciones habilitantes como la “pertenencia” a un partido político y ciertas formalidades de “inscripción” para la participación en un proceso electoral⁵⁸.

En el caso “Yatama”, la CIDH estableció que la reglamentación en torno a las “condiciones habilitantes” y otras “condiciones y formalidades” permitidas por el art. 23.2 de la Convención debe “observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrá-

⁵⁷ CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párr. 181 [“A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el art. 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del art. 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente”].

⁵⁸ Cfr. CIDH, 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párrs. 210 y 217; *íd.*, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párrs. 170 a 173.

tica”. En otras palabras, esta reglamentación “debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo”. Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, los derechos humanos no son absolutos. Como lo ha establecido la CIDH, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos⁵⁹.

Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el art. 29.a *in fine* de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención⁶⁰.

La Corte analizó el requisito de legalidad de la condición habilitante, el requisito de finalidad de la condición y, finalmente, el requisito de necesidad, en una sociedad democrática, y proporcionalidad de la condición. Con el fin de analizar el cumplimiento de este último requisito, la Corte valoró si la condición habilitante: “a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”⁶¹.

⁵⁹ Cfr. CIDH, 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párr. 206.

⁶⁰ Cfr. *Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85, 13/11/85, serie A, n° 5, párr. 39; y CIDH, 2/5/08, “Kimel vs. Argentina”, párr. 52.

⁶¹ Cfr. CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párrs. 176 y ss., p. 180 y ss., 185, y 186 y siguientes.

§ 95. *LA CONDENA POR JUEZ COMPETENTE EN EL PROCESO PENAL ¿ES UNA CLÁUSULA CERRADA?* – El art. 23 de la CADH no solamente establece “condiciones habilitantes” y permite otras condiciones y formalidades en torno a las cuales el Estado puede regular legítimamente el ejercicio de los derechos políticos, sino que trata en el inc. 2 ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos.

De acuerdo con este entendimiento, la regulación de “condiciones habilitantes” y otras “condiciones y formalidades” que el Estado debe realizar para cumplir su obligación positiva de diseñar un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos, no puede exceder los límites para la restricción de los derechos políticos establecidos por el art. 23⁶².

La medida restrictiva máxima para el ejercicio de un derecho es la privación o su equivalente temporal, la suspensión, puesto que ambas son medidas que igualmente impiden el ejercicio del derecho.

Por ejemplo, el derecho a la libertad de locomoción se restringe al máximo cuando el Estado toma la medida restrictiva de privar o suspender el derecho a dicha libertad de una persona, a través de su internamiento forzado en un centro penitenciario por un tiempo determinado (pena privativa de libertad). Para garantizar que la medida restrictiva o pena consistente en la privación de la libertad se haya producido de manera legítima, la Convención establece condiciones que los Estados deben cumplir (art. 8). Estas condiciones funcionan como garantías contra la privación o suspensión de este derecho, y por eso se denominan “garantías judiciales”.

⁶² Cfr. CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párr. 157 (“Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el art. 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado”).

Análogamente, la restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el art. 23.2 de la Convención estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal.

Esta garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos es también coherente con la disposición del art. 27 de la CADH que atribuye un rango jerárquico especial a los derechos políticos (art. 23), junto a los derechos a la personalidad jurídica (art. 3), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a no ser sujeto a esclavitud o servidumbre (art. 6), a no ser sujeto de disposiciones arbitrarias o retroactivas (art. 9), a la libertad de conciencia y religión (art. 12), a la protección de la familia (art. 17) y del niño (art. 19), al nombre (art. 18) y a la nacionalidad (art. 20).

El art. 27 de la Convención expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos, así como de los derechos fundamentales enunciados arriba, incluso en aquellos casos extraordinarios “de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte”.

De una interpretación del art. 23.2 conforme al sentido corriente de sus términos⁶³, se tiene que los términos “con-

⁶³ Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31. – *Regla general de interpretación.* 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más

dena por juez competente en proceso penal” no son equiparables a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”.

Mientras estos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, la expresión “condena, por juez competente, en proceso penal” es, en principio, cerrado y definido.

Por ejemplo, en relación al término “edad”, el Estado debe necesariamente definir si el derecho al sufragio activo puede ejercerse a partir de los dieciséis, dieciocho o veintiún años, y si la edad mínima para ejercer el derecho al sufragio pasivo es igual en el caso de un candidato a legislador local, que el de uno nacional; o si las responsabilidades de una cámara legislativa requieren una edad mayor que la otra dentro de un sistema bicameral, y si se requiere la misma edad para ser candidato a presidente de la República que para ser candidato a intendente.

De igual manera, con relación a los términos “nacionalidad” y “residencia”, el Estado debe necesariamente definir si permitirá a extranjeros ejercer el derecho al voto dentro de su territorio a partir de dos, tres o cinco años de residir en él, o si éstos pueden ser candidatos para las legislaturas de sus gobiernos locales, pero no del gobierno nacional, o si las personas que poseen doble nacionalidad deben elegir un solo lugar para ejercer sus derechos políticos.

El mismo razonamiento aplica a los términos “idioma, instrucción y capacidad civil o mental”. Para hacer efectivo los derechos políticos de las personas en su territorio, el Estado debe necesariamente definir si la información y materiales provistos por el órgano electoral y destinados a las

partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: *a*) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; *b*) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; *c*) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

zonas de mayoría de población indígena deben estar en el idioma nativo de ésta, a diferencia del idioma hablado por la mayoría de la población nacional, o si debe estar en ambos idiomas; y si se requiere el mismo nivel de instrucción para postular a la judicatura, que para ser candidato a gobernador.

Es éste el “margen de apreciación” de los Estados al que se refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴, y el que, según la CIDH, los Estados pueden ejercer “de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”⁶⁵.

Para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos de las personas en su territorio, los Estados deben, por tanto, necesariamente desarrollar y definir los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”, además de otras “condiciones y formalidades”, en sus derechos internos.

Pero a diferencia de los términos abiertos e indefinidos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental” que deben ser definidos y desarrollados por los Estados, los términos “condena, por juez competente, en proceso penal” parecerían ser cerrados y definidos y, por tanto, tendrían que ser simplemente adoptados por los derechos internos para tener efectividad.

En este caso, la Convención no se refiere a una condición habilitante que debe ser definida por los Estados para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, sino que establecería una garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos.

⁶⁴ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Mathieu-Mohin and Clerfayt”, párr. 52: “*In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 (P1-3)* (Collected edition of the “Travaux préparatoires”, vol. III, p. 264, and vol. IV, p. 24). *They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of protocol n° 1 (P1) have been complied with*”.

⁶⁵ Cfr. CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párr. 166.

Sin duda, la restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, que cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el art. 23, inc. 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal⁶⁶.

En la actualidad, la garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos prevista por el art. 23.2 de la Convención se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Esta interpretación que exponemos parece derivarse del voto mayoritario del caso “López Mendoza”, pero el tema no es pacífico si consideramos los argumentos individualmente opuestos de los votos concurrentes de los doctores EDUARDO VÍO GROSSI y DIEGO GARCÍA SAYÁN.

El primero sostiene que resulta claro, sencillo y categórico, que el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inc. 1 de dicho artículo, especialmente el concerniente al derecho de “ser elegido” puede ser reglamenta-

⁶⁶ El art. 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el art. 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En este caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el art. 8 de la Convención Americana. Cfr. CIDH, 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”, párr. 107.

do “exclusivamente” por, entre las otras causales, “condena, por juez competente, en proceso penal”⁶⁷.

Así parece reflejarse en el voto de la mayoría, cuando afirma que la decisión de un órgano administrativo que impidió que se registrara la candidatura de López Mendoza para cargos de elección popular debiera provenir “de una condena por *juez competente, en proceso penal*” para concluir que ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas restricciones no era juez competente, no hubo condena y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un proceso penal⁶⁸.

¿Será posible analizar el término “exclusivamente” desde otra óptica? ¿Sólo una condena de índole penal puede limitar el goce de los derechos políticos? ¿Admite la CADH hacer una interpretación extensiva que apruebe la convencionalidad de procesos jurisdiccionales no penales? ¿Y de procesos no jurisdiccionales que respeten obviamente las garantías del debido proceso?

En el mismo caso “López Mendoza”, el voto razonado de GARCÍA SAYAN parece abrir otras posibilidades. Se pregunta el magistrado si la palabra “exclusivamente” impide totalmente la posibilidad de utilizar vías judiciales no penales o vías administrativas, disciplinarias u otras para limitar cargos públicos. Para contestar el interrogante propone una “interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana”. Acude para ello a lo expresado por la CIDH en el caso “Castañeda Gutman”, donde se dijo que la CADH establece lineamientos generales y contenidos mínimos permitiendo a los Estados regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades siempre dentro del marco convencional, reconociendo

⁶⁷ Del voto concurrente del doctor VÍO GROSSI en CIDH, 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”.

⁶⁸ CIDH, 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”, voto de la mayoría párr. 107. Se destaca aquí que los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de oportunidades. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

do así en relación con estos derechos un cierto margen de apreciación, lo que no es nada frecuente en la jurisprudencia de la CIDH⁶⁹.

En relación con la exclusividad de una sentencia penal como medio de restricción de los derechos políticos, el mismo juez del caso “López Mendoza” indica que una interpretación sistemática de la CADH obliga a tener en cuenta otros instrumentos internacionales posteriores adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción que establecen nuevos y originales medios de control para el avance de este flagelo. Cita también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 3 del Convenio Europeo, la Carta Africana de Derechos Humanos, la Convención de la ONU y la Interamericana, ambas contra la corrupción, para concluir que esos documentos no establecen una limitación similar.

Justifica también una interpretación evolutiva, que exige considerar los tratados de derechos humanos como “documentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁷⁰. Sigue aquí la doctrina ya consolidada en la jurisprudencia de la CIDH, a partir de las ideas del juez ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE que introdujo la cuestión de la relación entre el tiempo y el derecho en su voto concurrente en la opinión consultiva 16/99⁷¹.

⁶⁹ CIDH, 6/8/08, “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, párr. 166.

⁷⁰ CIDH, 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”, voto de GARCÍA SAYAN, párrs. 12, 84 con cita de la CIDH, 15/9/05, caso de la “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, serie C, n° 134, párr. 106.

⁷¹ Opinión consultiva, OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1/10/99. Expresó allí que: “3. toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente... una interpretación dinámica y evolutiva de los tratados de derechos del ser humano” que rechaza la indiferencia al “aporte e otras áreas del conocimiento humano” así como al “tiempo existencial”. Hace también una fuerte crítica a la corriente positivista-voluntarista a la que cuestiona por su “hermetismo” en relación con “otras áreas del conocimiento humano y de cierto modo, también al existencial de los seres humanos” (párr. 4). “Los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos” (párr 10).

Estos argumentos –dice GARCÍA SAYÁN– permiten aceptar la convencionalidad de otros mecanismos que disponen inhabilitaciones a funcionarios públicos, incluso electivos, como ser el juicio político, el sistema administrativo disciplinario y la justicia electoral, porque un sistema no es excluyente de otro.

§ 96. *LAS GARANTÍAS DEL PROCESO.* – En jurisprudencia constante, la CIDH ha establecido que para determinar la sujeción al derecho internacional de una medida privativa de derechos fundamentales como resultado de un proceso penal, debe analizarse si el proceso que dio lugar a la medida cumplió con las garantías del debido proceso penal⁷².

Asimismo, la CIDH ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8 de la CADH, recordando que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas⁷³.

GARCÍA RAMÍREZ, ex juez de la Corte, en una compilación de la jurisprudencia de la CIDH en materia de debido proceso penal, señaló que un proceso penal debe cumplir, entre otras⁷⁴, con las siguientes condiciones para que sus resultados estén conforme al derecho internacional.

a) *Un tribunal independiente, imparcial y competente.* La jurisprudencia de la CIDH ha subrayado que la existen-

⁷² GARCÍA RAMÍREZ, *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006”, p. 1115 (“esta materia se halla presente en la mayoría de las sentencias sobre asuntos contenciosos y en un buen número de opiniones consultivas del tribunal interamericano”), www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr.pr23.pdf.

⁷³ Cfr. CIDH, 1/9/11, “López Mendoza vs. Venezuela”, párrs. 111 a 113.

⁷⁴ Otras garantías del debido proceso distintas de las que se desarrollan aquí conciernen el cumplimiento de plazos razonables, la publicidad de las actuaciones procesales y las reglas mínimas con relación a la validez de la investigación y la prueba.

cia del debido proceso “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan” En otros términos, “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”⁷⁵.

b) *La presunción de inocencia.* La CIDH ha señalado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales: aquél afirma la idea de que una persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad⁷⁶.

El art. 8.2 de la CADH, alusivo a esta materia, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁷⁷.

Un dato sustancial de este principio atañe a la prueba sobre los hechos imputados, de los que derivan consecuencias jurídicas adversas. La carga correspondiente incumbe a quien formula la imputación: el derecho a la presunción de inocencia “implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa”⁷⁸.

c) *El principio del contradictorio.* La CIDH ha sostenido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto

⁷⁵ Cfr. CIDH, 25/11/04, “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párrs. 143 y 144; íd., 30/5/99, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, párrs. 129 y 131. En igual sentido, CIDH, 6/12/01, “Las Palmeras vs. Columbia”, párrs. 51 a 53; íd., “Tribunal Constitucional vs. Perú”, párr. 77; íd., 5/7/04, “Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala”, párrs. 131 a 133, y *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento Delincuente*, Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en las res. 40/32 de 29/11/85, y 40/146 de 13/12/85.

⁷⁶ Cfr. CIDH, 31/8/04, “Ricardo Canese vs. Paraguay”, párr. 153; íd., 12/11/97, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, párr. 77.

⁷⁷ Cfr. CIDH, 18/8/00, “Cantoral Benavides vs. Perú”, párr. 120.

⁷⁸ Cfr. CIDH, 31/8/04, “Ricardo Canese vs. Paraguay”, párr. 154.

implica, entre otras cosas, que rija el principio del contradictorio”⁷⁹.

Por lo que hace a sus propios enjuiciamientos, el tribunal ha sostenido de manera reiterada que “en materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes. El art. 44 del Reglamento [de la Corte] contempla este principio, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes”⁸⁰.

d) *El derecho a una segunda instancia jurisdiccional.* “El derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”⁸¹. El recurso al que se refiere el art. 8 se plantea ante una instancia específica: un juez o tribunal superior al que ha emitido el fallo combatido, que debe satisfacer, a su turno, las condiciones de independencia e imparcialidad que se exigen de cualquier juzgador.

En efecto, “el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal... se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él”⁸². La Corte ha considerado que “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”⁸³.

⁷⁹ Opinión consultiva OC-17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28/8/02, párr. 132.

⁸⁰ Cfr. CIDH, 24/6/05, “Acosta Calderón vs. Ecuador”, párr. 40; íd., 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párr. 106; íd., 20/6/05, “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, párr. 43; íd., 17/6/05, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”; íd., 15/6/05, “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, párr. 76.

⁸¹ Cfr. CIDH, “Herrera Ulloa”, párr. 158.

⁸² Cfr. CIDH, 25/11/04, “Lori Berenson vs. Perú”, párr. 192; íd., 30/5/99, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, párr. 161.

⁸³ CIDH, 2/7/04, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 165.

e) *El derecho a recursos eficaces.* Según la CIDH, al considerar “el derecho a un recurso efectivo, en los términos del art. 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el art. 8 de la Convención”. Desde luego, es preciso que los recursos previstos y provistos por el orden interno satisfagan la condición de eficacia que se reclama de todas las medidas e instrumentos estatales vinculados con la protección de los derechos humanos. Esto rige tanto con respecto a los medios de impugnación acogidos en el art. 8, como con los previstos en otros preceptos, entre ellos el fundamental art. 25 de la Convención. Sobre esta última disposición, se ha dicho que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”⁸⁴.

La Corte ha señalado que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado resulten ilusorios”⁸⁵.

⁸⁴ CIDH, 5/7/04, “19 comerciantes vs. Colombia”, párr. 192; íd., 28/11/03, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, párr. 77; íd., 27/11/03, “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, párr. 117; íd., 7/6/03, “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, párr. 122; íd., 28/2/03, “Cinco pensionistas vs. Perú”, párr. 126; íd., 28/11/02, “Cantos vs. Argentina”, párr. 126; íd., 21/6/02, “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, párr. 150; íd., 6/12/01, “Las Palmeras vs. Colombia”, párr. 58; íd., 1/2/00, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, párr. 113; íd., 6/2/01, “Ivcher Bronstein vs. Perú”, párr. 136; íd., 31/1/01, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, párr. 90; íd., 18/8/00, “Cantoral Benavides vs. Perú”, párr. 164; íd., 16/8/00, “Durand y Ugarte vs. Perú”, párr. 102; íd., 19/11/99, “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, párr. 235; íd., 29/9/99, “Cesti Hurtado vs. Perú”, párr. 125; íd., 30/5/99, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, párr. 185; íd., 8/3/98, “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, párr. 164; íd., 12/11/97, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, párr. 61; íd., 15/3/89, “Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras”, párr. 87; íd., 20/1/89, “Godínez Cruz vs. Honduras”, párr. 66; íd., 29/7/88, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, párr. 63, y opinión consultiva OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6/10/87, párr. 24.

⁸⁵ CIDH, 5/7/04, “19 comerciantes vs. Colombia”, párr. 192; íd., 28/11/03, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, párr. 77; íd., 27/11/03, “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, párr. 111; íd., 7/6/03, “Juan Humberto Sánchez vs. Hondu-

f) *La sentencia o resolución definitiva debe estar debidamente motivada, fundada y no ser ostensiblemente violatoria de la Convención.* En un caso relativo a procedimientos en materia electoral, la Corte consideró que las “decisiones que el Consejo Supremo Electoral emitió en materia electoral y que implicaban una afectación de los derechos políticos de las personas propuestas... como candidatos para participar en las elecciones municipales..., debían estar debidamente fundamentadas, lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo [la organización política en cuestión], los hechos en qué consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello”⁸⁶.

Finalmente, la CIDH ha establecido que la sentencia o resolución definitiva de un tribunal interno es contraria al derecho internacional si constituye una “violación ostensible de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado bajo la Convención”. En el caso “Caesar”, la Corte estableció: “La Corte siente la obligación de dejar constancia de su profunda preocupación por el hecho de que el juez de la High Court tuvo a bien ejercer una opción que manifiestamente tendría el efecto de infligir una pena que no sólo constituye una violación ostensible de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado bajo la Convención, sino que es además universalmente estigmatizada como cruel, inhumana y degradante”⁸⁷.

§ 97. **REFLEXIONES E INTERROGANTES CONSTITUCIONALES Y PROCESALES CONSTITUCIONALES.** – En el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, la CIDH sostuvo que el “art. 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten res-

ras”, párr. 122; íd., 28/2/03, “Cinco pensionistas vs. Perú”, párr. 126; íd., 6/12/01, “Las Palmeras vs. Columbia”, párr. 58; íd., 6/2/01, “Ivcher Bronstein vs. Perú”, párr. 136; íd., 29/9/99, “Cesti Hurtado vs. Perú”, párr. 125, y opinión consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en caso de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6/10/87, párr. 24 y 68. GARCÍA RAMÍREZ, *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006”, p. 1162 y siguientes.

⁸⁶ Cfr. íd., 26/6/05, “Yatama vs. Nicaragua”, párr. 153.

⁸⁷ Cfr. íd., 11/3/05, “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, párr. 74.

tringir los derechos reconocidos en el art. 23.1 [que consagra los derechos políticos]”. Y concluyó que “una restricción impuesta por vía de sanción”, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Suje-tando, de esta manera, la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos políticos pasivos a la determinación judicial de una sanción en un proceso penal.

A nuestro criterio, el punto más interesante, y sobre el cual cabe discutir la doctrina de la Corte, se centra en la extensión restrictiva del derecho político pasivo, es decir, la capacidad de los Estados para restringir, transitoria o definitivamente, las postulaciones a cargos electivos, y determinar el tipo de poder u organismo interno del cual puede provenir la restricción, según la estructura constitucional de los distintos países integrantes del sistema interamericano.

Es decir, en discutir si la cláusula del art. 23.2. *in fine* de la CADH que se refiere a la “condena por juez competente en proceso penal”, es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

La cuestión es de mayor importancia, ya que las distintas posiciones pueden acarrear consecuencias diferentes y graves en términos de los diseños constitucionales de los Estados, pues es característico del control de convencionalidad, por sobre la teoría del diálogo jurisdiccional⁸⁸, que la jurisprudencia de la CIDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH; y que en caso de condena a un Estado por violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, los países en cumplimiento de la sentencia deben modificar, en caso de ser necesario, su legislación interna incluyendo la constitucional⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. AYALA CORAO, *Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, paraninfo del Palacio de las Academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

⁸⁹ Como ocurrió en CIDH, 5/2/01, “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, donde la Corte Interamericana dispuso que el Estado modificara su ordenamiento jurídico interno, que incluía el realizar una reforma constitucional, toda vez que las medidas de carácter constitucional (art. 19) y legal contrariaban los arts. 1.1 y 2 de la CADH. El peticionario (un reconocido abogado activista y defensor del derecho a la libertad de expresión) indicó que no se permitía la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*, debido a que estaba prohibida por un consejo

Diferenciamos tres opciones posibles en torno a la extensión de la última parte del art. 23.2 de la CADH: *a)* que la expresión “condena, por juez competente, en proceso penal” es cerrada y definida, no admitiéndose opción diferente alguna⁹⁰; *b)* que “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso judicial que puede ser utilizado para imponer una restricción⁹¹, pudiendo provenir la restricción de otro tipo de proceso, en la medida en que sea judicial (p.ej., jueces electorales), y *c)* que “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso jurisdiccional⁹² que puede ser utilizado para imponer una restricción⁹³, pudiendo provenir la restricción de otros procesos jurisdiccionales, no necesariamente judiciales, en la medida en que aseguren las garantías exigidas para el proceso penal (p.ej., juicio político).

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta, creemos que la CIDH debería clarificar la doctrina sentada en el caso “López Mendoza” a partir de un análisis diferenciado entre el sufragio activo y pasivo, para evitar que su interpretación literal confiera un sentido debilitante a las capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.

de censura cinematográfica (Consejo de Calificación Cinematográfica) consagrado en el art. 19 de la Constitución de Chile y un decreto ley, por lo cual solicitó se cambie la normativa interna chilena, lo que logró con el fallo. En los dos años que siguieron al pronunciamiento, el Congreso chileno expidió una reforma constitucional, una ley y un decreto reglamentario sobre el tema.

⁹⁰ Posición que parecería derivarse del caso “López Mendoza vs. Venezuela” (1/9/11) y que emerge del voto concurrente del doctor VIO GROSSI.

⁹¹ Posición que emerge del voto concurrente en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, del doctor GARCÍA SAYÁN.

⁹² Adherimos a un concepto amplio de “jurisdicción”. En este sentido, podemos hablar de jurisdicción parlamentaria, militar, electoral cuando se trata de un órgano autónomo externo a la judicatura, etcétera.

⁹³ Entendemos que ésta debería ser la posición correcta para resguardar los diseños constitucionales que por historia y tradición rigen en los Estados o aquellos que razonablemente pudieran darse en el futuro a partir de necesidades particulares de su idiosincrasia y de su geopolítica.

Por las razones interpretativas expuestas por el doctor GARCÍA SAYÁN (voto concurrente en dicho fallo), a las que no remitimos por razones de brevedad, se puede concluir que el término “exclusivamente” contenido en el art. 23.2 de la CADH no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo, que el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener legitimidad para actuar. También, según nuestra perspectiva, nuevos poderes⁹⁴ u órganos autónomos e independientes que los diseños constitucionales modernos pudieran edificar para intentar dar respuesta a sus necesidades institucionales y para combatir los distintos flagelos que constituyen “enemigos íntimos de la democracia”⁹⁵.

Pero es claro y fundamental que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la CADH y ser proporcionales y previsibles.

En el supuesto que los procedimientos previstos para las sanciones y destituciones respetaran las garantías exigidas para el proceso penal, ¿sería conteste un órgano de diseño constitucional interno diferente de la trilogía clásica de la división del poder con las exigencias de la Convención?, ¿sería correcto catalogar a sus facultades como administrativas?, ¿no constituiría acaso una jurisdicción constitucional independiente como la parlamentaria?

¿Deben los Estados estructurar las constituciones bajo la modalidad de la división del poder clásica?, ¿no podrían crear un nuevo diseño de división de poderes?

¿Sólo el Poder Judicial puede imponer sanciones de inhabilitación? ¿En qué situación quedaría la institución del juicio político o *impeachment* cuando a la destitución del funcionario se le adiciona la inhabilitación para ejercer funciones públicas?

⁹⁴ Ver ACKERMAN, *La nueva división de poderes*.

⁹⁵ TODOROV, *Los enemigos íntimos de la democracia*.

Si aplicamos los parámetros de interpretación postulados en los apdos. *a* y *b* respecto del art. 23.2 de la CADH, las limitaciones de los Estados restringen notoriamente su margen de apreciación y su desarrollo constitucional. Dejamos flotando un interrogante más: ¿es positiva esta situación para el afianzamiento del sistema interamericano?

CONCLUSIONES FINALES

El órgano encargado del control de constitucionalidad en una democracia constitucional, es decir, en un sistema jurídico político que conjuga un modelo de gobierno que se rige por la regla de la mayoría y un sistema de Estado (el Estado constitucional) que se orienta a la limitación del poder mayoritario, afronta, como hemos visto a lo largo de los primeros tres capítulos del libro, papeles o roles potencialmente conflictivos.

En primer término, debe ser el garante último de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y político, defendiéndola tanto de las violaciones que puedan cometer los poderes políticos electivos (la protección de los derechos) como asegurando a éstos que puedan desempeñar las facultades que la propia Constitución les confiere (las facultades de gobierno y de reglamentación).

Esta situación coteja y alterna los roles que llegaron a definir a nuestra Corte Suprema de Justicia como *tribunal de garantías constitucionales o garante del proceso democrático*, según revisáramos en el capítulo IV al tratar lo que denominamos la *tensión institucional*.

A su vez, en todos los sistemas de control de constitucionalidad, el órgano a cargo de esta importante función, desempeña no sólo un rol garante de la constitución, sino también una identidad institucional de *gobierno*, que lo desafía permanentemente y lo sitúa en un difícil equilibrio entre el control y la autorestricción, y que ha motivado a lo largo de la historia de la jurisprudencia constitucional el nacimiento y desarrollo de la doctrina de las cuestiones políticas y de la ampliación o restricción de los requisitos

formales y materiales que reglan el acceso a los órganos encargados de dicho control, problemática a la cual nos dedicamos en la *tensión política*.

Desempeñar estos papeles potencialmente conflictivos en forma simultánea es difícil en cualquier circunstancia y la dificultad se agudiza cuando las causas en las que se debe intervenir tratan asuntos de vital importancia para la sociedad y el Estado, muchas veces en el marco recurrente de crisis económicas y sociales.

A su vez, si en democracias que podrían considerarse estables y de alta calidad como la norteamericana, el debate en torno al órgano más legítimo para ser titular del control de constitucionalidad y la forma en que debe ser ejercido, es aún debatido con intensidad, cuestionándose permanentemente la coherencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en dicha función¹ como vimos en la *tensión judicial*, es dable entender cómo en sociedades como la Argentina y muchas otras de Latinoamérica, el control constitucional y el órgano a su cargo están en permanente pugna, tensión y crítica frente a la *política* y a la doctrina especializada.

Éste podría ser, quizás, uno de los motivos por los cuales la Corte Suprema argentina muestra contradicciones,

¹ KAPISZEWSKI, citando a SHAPIRO, destaca que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido algo incoherente en el ejercicio del control de constitucionalidad y fue de hecho bastante tímida en su utilización en gran parte de la historia de los primeros años del país. Mientras que la Corte ha sido una defensora relativamente firme de la Constitución en casos relacionados con el federalismo y, cada vez más, con derechos individuales, su protección de la Constitución en conflictos relacionados con la separación de poderes ha sido decididamente más dubitativa. Además, específicamente con respecto al control de constitucionalidad de normas federales, un informe sugiere que entre el inicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1790 y 1991, la Corte sólo revocó un promedio de una ley del Congreso Nacional cada dos años y sólo lo hizo dos veces en los primeros sesenta y ocho años de su existencia (*So who are the activists?*, "New York Times", 6/7/05). Tal como sugieren estos ejemplos y algunas discusiones recientes sobre la jurisprudencia de los tribunales inferiores en los Estados Unidos, el alcance al que debe llegar el control de constitucionalidad sigue siendo un gran tema de discusión (*Casting an Agyr Eye on Courts. Conservatives Prime for Bench-Claring Brawl in Congress*, "New York Times", 23/3/05). Cfr. KAPISZEWSKI, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*.

inconsistencias o alineamientos en el análisis y resultados de su jurisprudencia.

Otras razones podrían centrarse en los motivos que las doctrinas de *actor estratégico* o *actitudinal* nos describen como motivación de los tribunales constitucionales; y, por supuesto, no debemos descartar, en este análisis, el incentivo que representa para muchos jueces el agradecimiento o condescendencia hacia el poder o sector político que los propuso, sobre todo considerando que el poder político, al menos, en la Argentina, se ha caracterizado por su vocación invasora y dominante sobre la composición de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, sin otros límites o pruritos que los que marcó la oportunidad política.

La vulnerabilidad de la Corte argentina frente a estas dinámicas políticas que se sucedieron a lo largo de los últimos setenta años de la historia institucional, obedece a mi criterio a deficiencias endógenas y exógenas.

Entre las primeras, no debemos dejar de señalar –recordando a HAMILTON– que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes en la trilogía estadounidense heredada por nuestro país, ya que no tiene la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio. Sin duda alguna, los más grandes atropellos a los derechos y garantías individuales a lo largo de la historia provinieron de los poderes políticos y no del judicial.

También la falta de una identidad definida en el ejercicio de sus funciones, principalmente en el ejercicio de su rol político, ha llevado al alto tribunal, no sólo a las contradicciones jurisprudenciales señaladas, sino también a un déficit en la legitimación, producto del mensaje poco claro sobre el rol del tribunal y del efectos de sus sentencias en el marco social.

Dentro de las segundas, las reiteradas crisis económicas, políticas y sociales por las que atravesó y atraviesa el país han sido relevantes.

Desde la perspectiva de RAWLS², en torno al valor de la ley y su cumplimiento en el desarrollo y madurez de las so-

² RAWLS, *Teoría del derecho*.

ciudades, hasta la teoría de FUKUYAMA³, alrededor del valor de la cooperación comunitaria como forma de edificar confianza y seguridad jurídica, juristas, sociólogos, economistas, e investigadores de la ciencia política, tratan de explicar los factores que aumentan o disminuyen la calidad y estabilidad de los modelos democráticos.

En este sentido, según nuestra perspectiva que desarrollamos intensamente a lo largo del libro, el ejercicio del control de constitucionalidad por parte del órgano a cuyo cargo se encuentre, es fundamental para fortalecer la democracia en su vertiente constitucional, dado su función central de limitación del poder democrático a través de la protección de los derechos constitucionales y del equilibrio entre las competencias de la arquitectura elegida por la Constitución para dividir al poder.

Este libro, cuya segunda edición damos por finalizada a través de estas reflexiones conclusivas, ha tenido por objetivo primordial destacar justamente la conexión existente entre el control de constitucionalidad y la calidad y estabilidad de la democracia, dejando al descubierto cómo la defensa (o la falta de defensa) por parte de las Cortes Constitucionales de los límites al poder del Estado, es decir, de los límites de la democracia, afecta la calidad y la estabilidad de la misma.

Como bien se ha reflexionado al respecto, “si la Corte argentina en forma consistente hubiera dictado la inconstitucionalidad del corralito y de la pesificación, ¿habría cumplido el Estado con todas esas decisiones cuando insistía en que al hacerlo ocasionaría la ruina financiera? ¿O habría incumplido los fallos, con todas las implicancias negativas que eso hubiera tenido para la seguridad jurídica (a menudo considerada vital para la inversión extranjera)? Cualquiera de esos caminos, ¿habría necesariamente implicado un aumento de la calidad y estabilidad de la democracia en la Argentina? Nunca lo sabremos”⁴.

³ FUKUYAMA, *Confianza (Trust)*.

⁴ KAPISZEWSKI, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*.

Pero sí sabemos que las tradiciones que guían la toma de decisiones en las democracias equilibradas se edifican sobre dos factores que nunca pueden estar ausentes.

Por un lado, la protección de las minorías insulares (grupos desaventajados) y procedimentales (minorías políticas) y el control de las mayorías legislativas y los Poderes Ejecutivos fuertes; y por el otro, la edificación de una cultura institucional y constitucional que se asiente sobre el convencimiento de que en el ámbito del ordenamiento jurídico de una democracia limitada, las reglas sobre la decisión están sujetas a normas material y formalmente supra-ordenadas, por lo cual la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

En el desarrollo de ambos factores, el órgano encargado del control de constitucionalidad en un país y dicha función, constituyen, probablemente, unos de los epicentros más importantes institucionales y pedagógicos en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

APÉNDICE

**A) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES
INTERNACIONALES**

**B) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES
NACIONALES**

A) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS

“Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C n° 144.

“Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 24 de junio de 2005. Serie C n° 129.

“Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154.

“Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C n° 72.

“Boyce y otros vs. Barbados. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C n° 169.

“Barrios Altos vs. Perú. Fondo”. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C n° 75.

“Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 18 de Septiembre de 2003. Serie C n° 100.

“Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220.

“Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 11 de marzo 2005. Serie C n° 123.

“Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo”. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C n° 69.

“Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C n° 97.

“Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 22 de noviembre 2004. Serie C n° 117.

“Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C n° 184.

“Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C n° 52.

“Cesti Hurtado vs. Perú. Solicitud de interpretación de la sentencia de fondo”. Resolución de la Corte del 19 de noviembre de 1999. Serie C n° 62.

“Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C n° 98.

“Comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C n° 109.

“Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C n° 146.

“Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 24 de agosto de 2010 Serie C n° 214.

“Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas”. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C n° 125.

“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C n° 79.

“Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C n° 124.

“Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 1° de julio de 2011. Serie C n° 227.

“Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo”. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C n° 68.

“Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo”. Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C n° 6.

“Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C n° 215.

“Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C n° 238.

“Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C n° 242.

“Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C n° 24.

“Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones”. Sentencia del 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221.

“Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo”. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C n° 5.

“Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Versão em Português. Serie C n° 219.

“Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C n° 107.

“Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C n° 186.

“Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 21 de junio de 2002. Serie C n° 94.

“Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 1° de septiembre de 2010. Serie C n° 217.

“Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C n° 74.

“Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C n° 99.

“La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162.

“La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C n° 73.

“Las Palmeras vs. Colombia. Fondo”. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Serie C n° 90.

“López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 1º de septiembre de 2011 Serie C nº 233.

“Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C nº 119.

“Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C nº 213.

“Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C nº 103.

“Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C nº 134.

“Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C nº 101.

“Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo”. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C nº 63.

“Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C nº 135.

“Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo”. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C nº 37.

“Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C nº 209.

“Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C nº 111.

“Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C nº 216.

“Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo”. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C nº 35.

“Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 21 de mayo de 2013. Serie C nº 261.

“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158.

“Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C nº 71.

“Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 155.

“Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 23 de noviembre de 2010 Serie C n° 218.

“Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo”. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C n° 4.

“Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C n° 127.

OPINIONES CONSULTIVAS

Opinión Consultiva 4. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n° 4.

Opinión Consultiva 5. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n° 5.

Opinión Consultiva 11. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n° 11.

Opinión Consultiva 14. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1° y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A n° 14.

Opinión Consultiva 16. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1° de octubre de 1999. Serie A n° 16.

2) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

“Handyside vs. Reino Unido”, 6. Aplicación n° 5493/72, 1 EHRR 737, Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

“Informationsverein Lentia y Otros vs. Austria”. Aplicación n° 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 y 17207/90, Sentencia del 24 de noviembre de 1993.

“Partido Comunista Unificado de Turquía”. Informe 1998-I. Sentencia del 30 de enero de 1998.

“Partido Socialista de Turquía”, n° 21237/93. Sentencia del 25 de mayo de 1998.

“Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica”, n° 9267/81. Sentencia del 2 de marzo de 1987.

“Vogt c. Alemania”. Serie A, n° 323. Sentencia del 26 de septiembre de 1995.

3) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

“Adamson v. California”, 332 US 46, 74/15, 1947.

“Adderley v. Florida”, 385 US 39, 1966.

“Allgeyer v. Louisiana”, 165 US 578, 1897.

“Ashwander v. Tennessee Valley Authority”, 297 US 288, 346-48, 1936.

“Baker v. Carr”, 369 US 186, 1962.

“Bowen v. Gilliard”, 483 US 587, 600-603, 1987.

“Brandenburg v. Ohio”, 395 US 444, 1969.

“Brown v. Board of Education”, 347 US 483, 1954.

“Brown v. Luisiana”, 383 US 131, 1966.

“Building and Loan Association v. Blaisdell”, 290 US 398, 1934.

“Clark v. Community for Creative Non-Violence”, 468 US 288, 1984.

“Coleman v. Miller”, 307 US 433, 1939.

“Chicago Milwaukee & St. Paul v. State of Minnesota”, 134 US 418. 1890.

“Dandridge v. Williams”, 397 US 471, 484-485, 1970.

“Dillon v. Gloss” 256 US 368, 1921.

“Doe v. Bolton”, 410 US 179, 1973.

“Dred Scott v. Sandford”, 60 US 393, 1857.

“FCC v. Beach”, 508 US 307, 313, 1993.

“Goldwater, Barry y otros v. Carter, James E., presidente de los Estados Unidos y otros”, 444 US 996, 1979.

“Hawke v. Smith”, 253 US 221, 1920.

- "Hodel v. Indiana", 452 US 314, 331-332, 1981.
- "Hollingsworth v. Virginia", 3 US (3 Dall) 378, 1798.
- "Konigsberg v. State Bar of California", 366 US 36 1961.
- "Korematsu v. United States", 323 US 214, 1944.
- "Leser v. Garnett", 258 US 130, 1922.
- "Lochner v. New York", 198 US 95, 1905.
- "Luther v. Borden", 48 US (7 Howard) 1, 1849.
- "Marbury v. Madison", 5 US 137, 1803.
- "Marston vs. Lewis", 410 US 679, 1973.
- "McCulloch v. Maryland", 17 US 319, 1819.
- "Morey v. Doud", 354 US 457.
- "Murdock v. Pennsylvania", 319 US 105, 1943.
- "Nebbia v. New York", 291 US 502, 1934.
- "New York Times v. Sullivan", 376 US 254, 1964.
- "New York Times v. United States", 403 US 713, 1971.
- "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Cassey",
505 US 833, 1992.
- "Plessy v. Fergusson", 163 US 537, 1896.
- "Pollock v. Farmer's Loan and Trust Company", 157, US 429,
1895.
- "29 Railroad Comm'n Cases", 116 US 307, 331, 1886.
- "Roe v. Wade", 410 US 113, 1973.
- "Romer v. Evans", 517 US 620, 631, 1996.
- "Rostker v. Goldberg", 453 US 57, 1981.
- "Slaughterhouse cases", 83 US 36, 1873.
- "State Of Rhode Island v. Palmer", 253 US 350, 1920.
- "Stromberg v. California", 283 US 359, 1931.
- "Sullivan v. Stroop", 496 US 478, 485, 1990.
- "Texas v. Johnson", 109 Supreme Court Reporter 2533, 1989.
- "Thomas v. Collins", 323 US 516, 1945.
- "Toyosaburo Korematsu v. United States", 323 US 214, 1944.
- "United States Dept. of Agriculture v. Moreno", 413 US 528,
534, 1973.
- "United States Railroad Retirement Bd. v. Fritz", 449 US 166,
174-179, 1980.
- "United States v. Carolene Products Co.", 304 US 144, 152,
1938.

“United States v. Nixon”, 418 US 683, 1974.

“United States v. O’Brien”, 391 US 367, 1968.

“United States v. Sprague”, 282 US 716, 1931.

“Webster v. Reproductive Health Services”, 492 US 490, 1989.

“West Coast Hotel Company v. Parrish”, 300 US 379, 1937.

4) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MÉXICO

“Banco del Atlántico y otros v. Congreso de la Unión”, juicio de amparo n° 410/82.

“Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión. Primer Caso”, amparo en revisión n° 2996/96.

“Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión. Segundo Caso”, amparo en revisión n° 1334/98.

5) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia C-104 de 1993.

Sentencia C-131 de 1993.

Sentencia C-265 de 1994.

Sentencia T-260 de 1995.

6) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL BRASIL

HC 18.178, de 27/9/26.

RF: 47:748-827.

MS 20.257, rel. min. Moreira Alves, RTJ, 99:1040.

7) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

BverfGE, 19, 342.

BVerfGE, 7, 198, 208.

8) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

TCE, sentencia 171, del 18 de octubre de 2004.

TCE, sentencia 1, del 17 de enero de 2005.

B) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

1) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

“Acosta Claudia B. y otros s/hábeas corpus”, 28/12/98, *Fallos*, 321:356.

“Alianza Frente para la Unidad s/oficialización lista de candidatos”, 27/9/01, *Fallos*, 324:3143.

“Almirón, Gregoria c/Ministerio de Educación de la Nación s/acción de amparo”, 27/9/83, *Fallos*, 305:1489.

“Álvarez, Maximiliano, y otros c/CENCOSUD SA s/acción de amparo”, 7/12/10, *Fallos*, 335:2306.

“Ángel Russo y otra c/Della Donne, s/desalojo”, 15/5/59, *Fallos*, 243:472.

“Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, 29/9/04, *Fallos*, 327:375.

“Arenzon, Gabriel D. c/Nación Argentina”, 15/5/48, *Fallos*, 306:400.

“Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros (causa n° 259)”, 24/8/04, *Fallos*, 327:3312.

“Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/IGJ”, 21/11/06, *Fallos*, 329:5266.

“Avico, Oscar A. c/De la Pesa, Saúl”, 7/12/1934, *Fallos*, 172:21.

“Badaro, Alfonso Valentín c/Anses”, 8/8/06, *Fallos*, 329:3089.

“Banco Sidesa SA s/quiebra”, 15/7/97, *Fallos*, 320:1386.

“Barreto, Alberto D., y otra c/Provincia de Buenos Aires y otro”, 21/3/06, *Fallos*, 239:759.

“Benjamín Calvete (‘El Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un senador’), 18/10/1864, *Fallos*, 1:340.

“Binotti, Julio”, 15/5/07, *Fallos*, 330:22.

“Bonorino Perú, Abel, y otros c/Gobierno nacional”, 13/8/85, *Fallos*, 307:2174.

“Bulacio”, 21/8/03, expte. 13/7/03.

“Bussi, Antonio D. c/Estado nacional, Congreso de la Nación, Cámara de Diputados”, 11/10/01, *Fallos*, 324:3358.

“Bussi, Antonio D. c/Estado nacional, Congreso de la Nación, Cámara de Diputados”, 13/7/07, *Fallos*, 330:3160.

“Bustos, Alberto R., y otros c/Estado nacional y otros s/amparo”, 26/10/04, *Fallos*, 327:4495.

“Cabrera, Gerónimo R., y otro c/Estado nacional”, 13/7/04, *JA*, 2004-I/II-186.

“Calvo y Pesini, Rocío c/Córdoba, provincia de s/amparo”, 24/2/98, *Fallos*, 321:194.

“Camps, Ramón J. A., y otros”, 22/6/87, *Fallos*, 310:1162.

“Canale c/Pcia. de Mendoza ‘Don Zacarías Canale y otros contra la provincia de Mendoza, sobre inconstitucionalidad de la ley orgánica de Municipalidades’”, 30/12/13, *Fallos*, 118:278.

“Carballo, María I., y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima), 8/10/73, *Fallos*, 287:42.

“Castillo, Ángel S. c/Cerámica Alberdi SA”, 7/9/04, *Fallos*, 307:1094.

“Cerámica San Lorenzo s/incidente de prescripción”, 4/7/04, *Fallos*, 307:1094.

“Cine Callao”, 22/6/60, *Fallos*, 247:121.

“Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/Estado nacional-Poder Ejecutivo nacional”, 4/11/08, *Fallos*, 331:2406.

“Comunidad Homosexual Argentina”, 22/11/91, *Fallos*, 314:1531.

“Cullen, Joaquín M. c/Llerena, Baldomero”, 7/9/1893, *Fallos*, 53:420.

“Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 27/12/96, *Fallos*, 319:3241.

“Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado nacional y otra (provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, 11/9/07, *Fallos*, 330:134.

“Derecho, René J. s/incidente de prescripción de la acción penal –causa 24.079–”, 11/7/07, *Fallos*, 330:3074.

“Domínguez, Alberto R. c/UNR s/recurso de amparo”, 15/10/85, *Fallos*, 307:1963.

“Dromi, José R. s/avocación en ‘Fontela, Moisés E. c/Estado nacional’”, 6/9/90, *Fallos*, 1313:863.

“Editorial Río Negro SA c/Neuquén, provincia del s/ordinario”, 27/4/10, *Fallos*, 333:535.

“Ekmekdjian, Miguel Á. c/Neustadt, Bernardo, y otros s/amparo”, 1/12/88, *Fallos*, 311:2497.

“Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo, y otros”, 7/7/92, *Fallos*, 315:1492.

“Electores y apoderados de los partidos Justicialista, UCR, Democracia Cristiana s/nulidad de elección de gobernador y vicegobernador de la provincia de Corrientes”, 26/12/91, *Fallos*, 314:1915.

“Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo”, 14/4/1888, *Fallos*, 33:162.

“Emilio F. Mignone”, 9/4/02, *Fallos*, 325:524.

“Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta”, 28/4/22, *Fallos*, 136:161.

“Erman González, Antonio s/su presentación en autos ‘Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/medida cautelar’”, *Fallos*, 313:1242.

“Espósito, Miguel Á. s/incidente de prescripción”, 23/12/04, *Fallos*, 321.

“Fayt, Carlos S. s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 19/8/99, *Fallos*, 322:1616.

“Fayt, Carlos S. c/Estado nacional s/proceso de conocimiento”, 19/8/99, *Fallos*, 322:1609.

“Fibrica Constructora SCA c/Comisión Técnica Constructora de Salto Grande”, 7/7/93, *Fallos*, 316:1699.

“Frente Justicialista de Liberación”, 14/5/73, *Fallos*, 285:410.

“Gallego, Carlos A., y otros s/solicita oficialización de lista de candidatos nacionales elección 28 de octubre de 2007 como Alianza Frente Partido Justicialista y Alianza Frente Justicia, Unión y Libertad”, 9/10/07, *Fallos*, 330:4351.

“Galli, Hugo G., y otro c/PEN –ley 25.561 y decrs. 1570/01 y 214/02– s/amparo”, 5/4/05, *Fallos*, 328:690.

“Ganadera Los Lagos SA c/Nación Argentina”, 30/6/41, *Fallos*, 190:142.

“Gascón Cotti, Alfredo J., y otros s/inconstitucionalidad ley 10.859 y decr. 5766/89”, 1990, *Fallos*, 313:594.

“Geddes Hnos. y otros c/provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad del impuesto de Guías”, 17/7/1902, *Fallos*, 95:334.

“Girolidi, Horacio, y otro”, 7/4/94, *Fallos*, 318:514.

“Gómez, Carlos A. c/Argencard SA s/ordinario, 27/12/06, *Fallos*, 329:5903.

“González de Delgado, Cristina, y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”, 19/9/00, *Fallos*, 323:2659.

“Gottschau, Evelyn P. c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, 8/8/06, *Fallos*, 329:2986.

“Halabi, Ernesto c/PEN –ley 25.873– decr. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, 24/2/09, *Fallos*, 332:111.

“Hileret y otro c/provincia de Tucumán”, 5/9/1903, *Fallos*, 98:20.

“Hooft, Pedro C. F. c/Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16/11/04, *Fallos*, 327:5118.

“Horta c/Harguindeguy (‘Don José Horta c/don Ernesto Harindeguy s/consignación de alquileres’)”, 21/8/22, *Fallos*, 137:47.

“Inchauspe Hnos. c/Junta Nacional de Carnes”, 1/9/44, *Fallos*, 199:483.

“Itzcovich, Mabel c/Anses s/reajustes varios”, 29/3/05, *Fallos*, 328:566.

“Jáuregui, Luciano A.”, 15/3/88, *Fallos*, 311:274.

“Jorge Antonio”, 28/10/60, *Fallos*, 248:189.

“José Castellone Construcciones Civiles SA c/Hidroeléctrica Norpatagónica SA”, 1/6/04, *Fallos*, 327:1881.

“Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires”, 14/7/83, *Fallos*, 305:926.

“Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario”, 24/4/84, *Fallos*, 306:303.

“Lacour, Elvira C. D. c/provincia de Buenos Aires”, 8/11/44, *Fallos*, 200:187.

“Lariz Iriondo, Jesús M. s/solicitud de extradición”, 10/5/05, *Fallos*, 328:1268.

“Lopardo, Fernando G. s/insubordinación”, 26/10/82, *Fallos*, 304:1524.

“Mango c/Traba”, 26/8/25, *Fallos*, 144:219.

“Mantecón Valdés, Julio c/Estado nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación (concurso biblioteca)”, 12/8/08, *Fallos*, 331:1715.

“Massa, Juan A. c/Estado nacional (PEN)”, 27/12/06, *Fallos*, 329:5913.

“Matadero y Frigorífico Merlo c/provincia de Buenos Aires”, 27/5/04, *Fallos*, 327:1789.

“Mazzeo, Julio L., y otros”, 13/7/07, *Fallos*, 330:3248.

“Mecca, Gervasio s/privación ilegítima de la libertad”, 12/5/88, *Fallos*, 311:742.

“Melli, Hugo A. c/Banco Río de la Plata. Sucursal Resistencia”, 18/7/02, *Fallos*, 325:1883.

“Mendoza, Mario R. s/nulidad de mesas - Frente por la Paz y la Justicia (JEN)”, 23/4/08, *Fallos*, 331:866.

“Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional y otros”, 20/6/06, *Fallos*, 329:2316.

“Merck Química Argentina c/Gobierno de la Nación”, 9/6/48, *Fallos*, 211:162 y 193.

“Miguel Ángel Rossi Cibils y otros”, 7/4/94, *Fallos*, 315:2074.

“Mill de Pereyra, Rita A.; Otero, Raúl R., y Pisarello, Ángel C. c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa”, 27/9/01, *Fallos*, 324:3219.

“Milone, Juan A. c/Asociart SA ART”, 26/10/04, *Fallos*, 327:4607.

“Monges, Analía M. c/Universidad de Buenos Aires”, 26/12/96, *Fallos*, 319:3148.

“Montalvo, Ernesto A., PSA s/infr. ley 20.771”, 11/12/90, *Fallos*, 313:1333.

“Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires”, 2/4/85, *Fallos*, 307:326.

“Osswald, María G.”, 17/4/95, *Fallos*, 318:541.

“Outón, Carlos J., y otros”, 29/3/67, *Fallos*, 267:215.

“Ormache, José E. s/recurso de hecho”, 17/6/86, *Fallos*, 308:934.

“Partido Demócrata Progresista”, 24/9/85, *Fallos*, 307:1774.

“Partido Intransigente”, 26/12/72, *Fallos*, 284:446.

“Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - Distrito Federal”, 17/3/09, *Fallos*, 332:433.

“Partido Obrero”, 27/6/62, *Fallos*, 253:133.

“Partido Socialista de los Trabajadores”, 2/10/73, *Fallos*, 287:31.

“Partido Unión Cristiana Democrática”, 1/9/83, *Fallos*, 305:1262.

“Patti, Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, 8/4/08, *Fallos*, 331:549.

“Penjerek”, 14/11/63, *Fallos*, 257:132.

“Peralta, Luis A. c/Estado nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–) s/amparo”, 27/12/90, *Fallos*, 313:1513.

“Pérez, José, interponiendo recursos de hábeas corpus”, 4/7/01, *Fallos*, 91:56.

“Petric, Domagoj A. c/Diario Página 12”, 16/4/98, *Fallos*, 321:885.

“Provincia de San Luis c/Estado nacional”, 5/3/03, *Fallos*, 326:417.

Polino, Héctor, y otro c/Estado nacional (Poder Ejecutivo)”, 1994, *Fallos*, 317:335.

“R. A., D. c/Estado nacional”, 4/9/07, *Fallos*, 330:3853.

“Raffo, José A., y otros”, 28/4/88, *Fallos*, 310:600.

“Reiriz, Graciela, y Pedro Casal - Procuradores Fiscales de la CSJN”, *Fallos*, 317:1690.

“Repetto, Inés M. c/Buenos Aires, provincia de s/inconstitucionalidad de normas legales”, 8/11/88, *Fallos*, 311:2272.

“Ricci, Oscar F. A. c/Autolatina Argentina SA y otro”, 28/4/98, *Fallos*, 321:1058.

“Rinaldi, Francisco A., y otro c/Guzmán Toledo, Renal, C., y otra”, 15/3/07, *Fallos*, 330:855.

“Ríos, Antonio J. s/recurso de hecho en causa Ríos Antonio J. s/nulidad parcial de reforma constitucional”, 2/12/93, *Fallos*, 316:2743, 2/12/93.

“Rodríguez Pereyra, Jorge L., y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/12, *Fallos*, 335:2333.

“Rodríguez Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional”, 27/11/12, *Fallos*, 320:2851.

“Roque Pérez, José”, 14/11/1865, *Fallos*, 2:253.

“Romero Feris, José A. c/Estado nacional (Poder Ejecutivo) s/amparo”, 1/7/94, *Fallos*, 317:711.

“Salgado, Héctor, y otros s/estafas reiteradas”, 27/9/94, *Fallos*, 317:1044.

“San Luis c/Estado nacional”, 5/3/03, *Fallos*, 326:417.

“Santiago Omar Riveros”, 12/4/88, *Fallos*, 311:709.

“Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, 14/6/05, *Fallos*, 328:2056.

“Sojo, Eduardo c/Cámara de Diputados de la Nación”, 22/9/87, *Fallos*, 32:125.

“Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus”, 27/12/57, *Fallos*, 239:459.

“Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.”, 20/9/63, *Fallos*, 256:556.

“Smith, Carlos A. c/Estado nacional (PEN)”, 1/2/02, *Fallos*, 325:28.

“Smith, Carlos A. c/Estado nacional (PEN)”, 12/2/02, *Fallos*, 325:366.

“Sosa, Eduardo E. c/provincia de Santa Cruz”, 14/9/10, *Fallos*, 333:1770.

“Tecpetrol SA c/provincia de Neuquén”, 17/5/05, *Fallos*, 328:1580.

“Tumini, Mónica N., y otro c/Gemar SRL s/vacaciones”, 18/12/84, *Fallos*, 306:2023.

“Unión Cívica Radical de la provincia de Buenos Aires”, 22/9/86, *Fallos*, 308:1745.

“Unión Obrera Metalúrgica”, 3/4/96, *Fallos*, 316:371.

“Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, *Fallos*, 328:1146.

“Vicente Casares e Hijos c/Sívori y Schiaffino”, 17/12/1872, *Fallos*, 11:257.

“Videla, Jorge R. y Massera, Emilio E. s/recurso de casación”, 31/8/10, *Fallos*,: 327:3117.

“Villacampa, Andrés N.; Mindurry, César s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, 25/8/09, V.5151.L.XLII.

“Zulema Fátima Yoma”, 7/3/98, *Fallos*, 320:1641.

2) CÁMARA NACIONAL ELECTORAL

“Malamud, Eduardo H., y otros”, 8/8/02, *ED*, 198-246.

“Novello, Rafael V. –apoderado de la Unión Cívica Radical– y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, 1/6/09, *LL*, 2009-C-601.

“Pagani, Enzo L.”, 29/8/06, expte. 3738/06.

“Partido Nuevo Distrito Corrientes s/oficialización de listas de senadores y diputados nacionales –elecciones del 23 de noviembre de 2003–”, expte. 3790/03.

“Partido Nuevo Triunfo”, 5/5/05.

“Patti, Luis A. s/acción de amparo”, expte. 3741/06.

“Unión para Vivir Mejor s/constitución de alianza electoral - Incidente de apelación”, 1/8/13, expte. 5462/13.

3) JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES ARGENTINOS

CNTrab, Sala I, 16/4/03, *DT*, 2003-B-1222.

TS Córdoba, Sala CivCom, 27/8/02, *LL*, 2003-B-247, y *LLC*, 2003-441.

CFed Córdoba, Sala A, 3/9/97, *LLC*, 1997-956.

CCivCom 3^a nominación Córdoba, 17/8/94, *LLC*, 1994-782.

CCivCom 6^a nominación Córdoba, 28/6/01, *LLC*, 2002-354.

CCivCom, Fam y Trab RTercero, 6/6/95, *LLC*, 1995-922.

CCivCom y ContAdm VMaría, 22/6/00, *LLC*, 2000-1248.

CCivCom y ContAdm 2^a nominación RCuarto, 30/10/98, *LLC*, 2000-75; JuzgCivCom y Familia 5^a nominación RCuarto, 14/9/00, *LLC*, 2002-139.

CCivCom Resistencia, Sala I, 27/2/03, *LLlitoral*, 2003-1179

CCivCom Resistencia, 28/2/03, *LLlitoral*, 2003-1305.

CNCasPen, 17/8/99, Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, *JA*, 1999-III-606.

CS Tucumán, 6/4/90, “Gutiérrez, José, y otros c/HCCT”, *ED*, 138-621.

CContAdm Tucumán, Sala II, 5/2/08, Colegio de Abogados de Tucumán”, *LLNOA*, 2008-85, confirmada parcialmente por CS Tucumán, Sala Lab y ContAdm, 8/9/08, *LLNOA*, 2008-844.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, SAMUEL B.- DAÑOS ORDÓÑEZ, JORGE - EGUREN PRAELI, FRANCISCO J. - GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO - MONROY GÁLVEZ, JUAN - ORÉ GUARDIA, ARSENIO, *Código Procesal Constitucional*, Lima, Palestra, 2005.
- ABERASTURY (H.), PEDRO, y otros, *Poder político y libertad de expresión*, Bs. As., LexisNexis, 2001.
- ABRAHAM, HENRY J., *The judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York, Oxford University Press, 1962.
- ACKERMAN, BRUCE, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- *Liberalismos políticos*, tr. J. D. VILLA, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 2, n° 1 y 2, p. 5.
- ACKERMAN, BRUCE - ROSENKRATZ, CARLOS, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, “Cuadernos y Debates”, n° 29, p. 13 a 31.
- ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.
- AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2004.
- AJA, ELISEO, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- ALBANESE, SUSANA (COORD.), *El control de convencionalidad*, Bs. As., Ediar, 2008.
- ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., Losada, 2003.
- *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Bs. As., W. M. Jackson Editores, 1945.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, y otros, *Temas de casación y recursos extraordinarios*, La Plata, Platense, 1982.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2015.
- ALEXANDER, LARRY - SOLUM, LAWRENCE B., *Popular? Constitutionalism?*, “Harvard Law Review”, 118-2005-1594.

- ALLEGRE, MARCELO - GALGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Bs. As., LexisNexis, 2007.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Ediar, 1957.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *El juez: deberes y facultades*, Bs. As., Depalma, 1982.
- *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- AMAYA, JORGE A., *Breves reflexiones en torno al debido proceso legal y la garantía de la doble instancia en la República Argentina*, "Revista Jurídica de la Universidad Alas Peruanas", dic. 2008.
- *Candidaturas testimoniales y violaciones constitucionales*, "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 367, abr. 2009.
- *Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina*, "Revista de la Maestría en Derecho Procesal", año 1, n° 1, <http://pergamino.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/65>.
- *De adelantos de elecciones y manipulaciones electorales*, "Microjuris", n° 75, 23/4/09.
- *De mayorías y minorías en la democracia*, "Debates de Actualidad", año XXI, n° 197, p. 7 a 15.
- *Democracia y minoría política*, Bs. As., Astrea, 2014.
- *El control jurisdiccional de los "interna corporis acta"*, "Revista de Derecho Público", 2011-1-241.
- *El juez constitucional argentino y su crisis*, "Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación", año III, n° 5, jun. 2007.
- *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?*, LL, 2005-F-1257.
- *Fallo de la Corte Suprema en materia electoral*, LL, 2008-D-540.
- *Ideologías políticas e ideologías judiciales: reflexiones sobre la doctrina de la Corte Suprema argentina en torno a los delitos de lesa humanidad*, "Revista Jurídica de la Universidad de Jaén", segunda época, n° 8, 2008.
- *La congruencia interna de la sentencia y el control de constitucionalidad*, DJ, año XXV, n° 44, 2009.
- *La doctrina plenaria frente a la doctrina de la Corte Suprema. Sobre las raíces de nuestro sistema constitucional*, DJ, año XXIV, n° 22, 2008.
- *La historia oficial*, "Granada Digital", www.granadadigital.com.
- *Las alternativas morales de la política*, LLonline, may. 2009.
- *Luces y sombras de las ideologías mayoritarias (a propósito de un fallo esperado y previsible: "Mazzeo")*, "Microjuris", MJD3212, ago. 2007.
- *"Marbury v. Madison". O de antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución*, "Revista de Estudios Jurídicos", Universidad de Jaén, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>, n° 10.

- *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control de constitucionalidad*, Asunción, La Ley Paraguay, 2012; Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, y Rosario, Fundación para el desarrollo de la Ciencias Jurídicas, 2014.
 - *Mayorías y minorías de la democracia*, “La Nación”, 15/7/07.
 - *Minorías políticas y procesos mayoritarios*, “Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, n° 4, y EDCO, 26/7/00.
 - *Procesos mayoritarios y minorías políticas*, Bs. As., La Ley, 2014.
 - *Procesos políticos mayoritarios y libertad de expresión*, LL, 2007-D-1327.
 - *Procesos populistas y libertad de prensa*, “Granada Digital”, www.granadadigital.com, 7/5/07.
 - *Reflexiones en torno al caso “Mazzeo” fallado por la Corte Suprema de Justicia argentina*, “Revista Jurídica de la Universidad Alas Peruanas”, jul. 2008.
 - *Un peligroso fallo de la Corte Suprema en materia electoral*, “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, año XXX, n° 358.
 - *Visiones de una Constitución*, Bs. As., Uces, 2004.
- AYALA CORAO, CARLOS, *Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, paraninfo del Palacio de las Academias, Caracas, 8/3/12.
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2006.
- BÁEZ SILVA, CARLOS - CIEN FUEGOS SALGADOS, DAVID, *El per saltum en el derecho procesal federal*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, n° 126, sep.-dic. 2009, UNAM, Biblioteca Virtual.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BALBUENA CISNEROS, ARMINDA, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisprudencia constitucional en México*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 2001.
- BARNES, JAVIER, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, “Revista de Administración Pública”, n° 135, p. 500.
- BARNETT, RANDY E., *The original meaning of the judicial power*, “Supreme Court Review”, 12-2004-115.
- BARRA, RODOLFO C., *Caso “Polino”. La Corte ratifica su papel consitucional*, ED, 157-456.
- BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO, *Legitimación del control judicial de constitucionalidad*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, separata, 2004.
- *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1991.
- BAYÓN, JUAN C., *Diritti, democrazia, costituzione*, “Ragione Pratica”, n° 10, p. 63.

- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL - GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- BERCHOLC, JORGE (dir.), *El Estado y la emergencia permanente*, Bs. As., Lajouane, 2007.
- BERLÍN, ISAIAH, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1993.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 2002.
- *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Bs. As., Ábaco, 1996.
- *El writ of certiorari en nuestra Corte Suprema*, ED, 125-857.
- *Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, "Revista RAP", n° 146, 1/11/90.
- *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LL, 1997-B-994.
- *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, LL, 2010-E-426, y *Supl Derecho Constitucional*, sep. 2010.
- BICKEL, ALEXANDER, *The least dangerous branch*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El per saltum*, ED, 138-598.
- *¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?*, ED, 116-800.
- *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*, ED, 9-918.
- *La jurisprudencia obligatoria*, LL, 2001-F-1492.
- *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1974.
- *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 2001.
- *Tratado elemental de derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 2001.
- *Una interesante disidencia en la Corte Suprema acoge la avocación por salto*, ED, 130-637.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., y otros, *El amparo constitucional*, Bs. As., Depalma, 1999.
- BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.
- *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1954.
- BLANCO, RAFAEL, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1969.
- *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.
- BORK, ROBERT, *Neutral principles and some first amendment problems*, "Indiana Law Journal", n° 47, 1971.

- BOTANA, NATALIO, *La emergencia perpetua*, "La Nación", 7/11/04.
- BOVERO, MICHELÁNGELO, *Democracia y derechos fundamentales*, "Isonomía", n° 16, p. 21.
- BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.
- BUCHANAN, JAMES M. - TULLOCK, GORDON, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980.
- BULYGIN, EUGENIO, *Regla de reconocimiento. ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a J. Ruiz Moreno*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1991.
- CALAMANDREI, PIERO, *La casación civil*, México, Oxford University Press, 2000.
- CAMUS, ALBERT, *Moral y política*, Bs. As., Losada, 1978.
- CAPPELLETTI, MAURO, *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, tr. C. GÓMEZ LARA y H. FIX-ZAMUDIO, "Revista de la Facultad de Derecho", t. XVI, n° 61, p. 83.
- *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1978.
- CARBONELL, MIGUEL, "Marbury versus Madison": en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", n° 5, p. 295.
- CARNOTA, WALTER, *Los derechos políticos y la jurisdicción constitucional costarricense*, ED, 151-97.
- CARRÉ DE MALBERG R., *Teoría general del Estado*, tr. J. L. DEPETRE, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CARRÍO, ALEJANDRO D. - GARAY, ALBERTO F., *La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1991.
- CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.
- CASSAGNE, JUAN C., *Sobre la judicialización de las cuestiones políticas*, LL, 2006-A-858.
- *Tratado de derecho procesal administrativo*, Bs. As., La Ley, 2007.
- CHEMERINSKY, ERWIN, *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*, "University of Illinois Law Review", 2004-3-676.
- CHIAPPINI, JULIO, *Aspectos indeseables del certiorari*, JA, 1998-II-662.
- CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO, *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Bs. As., Ábaco, 2004.
- COLAUTTI, CARLOS E., *Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial*, JA, 1999-IV-647.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Bs. As., Eudeba, 1988.

- CONSTANT, BENJAMÍN, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, tr. V. GOLDSTEIN, Madrid, Katz Editores, 2010.
- CONTRERAS CALDERÓN, JORGE A., *El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas", vol. 41, n° 115, jul.-dic., 2011, p. 331 a 361.
- COOLEY, THOMAS M., *A treatise on the constitutional limitations*, Boston, Little, Brown & Co., 1903.
- COOLEY, THOMAS L., *Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica*, Bs. As., Jacobo Peuser, 1898.
- CÓRDOBA GÓMEZ, LUIS A., *Liberalismo y democracia en la perspectiva de Norberto Bobbio*, "Convergencia Revista de Ciencias Sociales", vol. 15, n° 48, UNAM, sep.-dic. 2008, p. 29 a 49.
- CODERCH, JOSÉ A., *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro del Estudios Constitucionales, 1993.
- CORWIN, EDWARD S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Bs. As., Fraternal, 1987.
- *The Constitution and what it means today*, Princeton, Princeton University Press, 1978.
- COSSIO, CARLOS, *Meditación sobre el orden y la seguridad*, LL, 83-1023.
- COX, ARCHIBALD, *The Court and the Constitution*, Boston-Massachusetts, Houghton Mifflin Co., 1987.
- COX, NOEL, *The influence of the Common Law on the Decline of the Ecclesiastical Courts of the Church of England*, "Rutherford Journal of Laws Religion", vol. 3, n° 1, 2001.
- CRUZ, LUIS M., *La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo*, "Revista Jurídica Dikaion", Universidad de La Sabana, sep. 2009.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CUETO RÚA, JULIO, *Seguridad jurídica*, LL, 1994-A-743.
- CUEVA FERNÁNDEZ, RICARDO M., *De los niveladores a "Marbury vs. Madison". La génesis de la democracia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- CURRIE, DAVID, *La Constitución de la Corte Suprema. Los primeros cien años 1789-1988*, Chicago, Universidad de Chicago, 1992.
- DAHL, ROBERT A., *A preface to the democratic theory*, Chicago, The University Chicago Press, 1956.
- *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*, New Haven, Yale University Press, 1983.
- *Entrevista sobre el pluralismo*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- *Pluralist democracy in the United States: conflict and consent*, Chicago, Rand McNally, 1967.

- D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitral*, JA, 2006-III-1378.
- DALLA VÍA, ALBERTO, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2002.
- *Derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2003; Universidad, 2004.
- *Derecho constitucional económico*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.
- *Modelos, tribunales y sentencias constitucionales*, www.juridicas.unam.mx.
- *Tres batallas por la libertad de prensa*, Bs. As., Academia Nacional de Periodismo, 2004.
- DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1980.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho internacional comparado*, Madrid, Espasa, 1985.
- *Más allá del diálogo entre tribunales*, Madrid, Civitas, 2010.
- DELLINGER, WALTER E., *The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, "Harvard Law Review", n° 97, 1983, p. 386.
- Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre, 1994.
- DÍAZ RICCI, SERGIO, *El Código Procesal Constitucional de Tucumán. Balance tras diez años de vigencia*, JA, 2010-III-1105.
- *El Tribunal Constitucional "non nato" de Tucumán. Una curiosidad argentina*, "Revista Peruana de Derecho Público", n° 3, 2006, p. 87.
- *Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los Estados provinciales de Argentina*, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", n° 11, p. 149.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- *The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe and Nerve*, "Fordham Law Review", vol. 65, 1997, p. 1249.
- ECHEVERRÍA, ESTEBAN, *Dogma socialista*, La Plata, UNLP, 1940.
- EGÜES, ALBERTO J., *El certiorari argentino*, LL, 1993-C-661.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1995.
- El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- ELSTER, JON, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- ELSTER, JON - SIAASTAD, RUNE (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ELY, JOHN H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, LINA M., *El recurso de inconstitucionalidad y el triunfo de la minoría política en España*, "Revista de Derecho", n° 26, p. 61 a 88.
- ESPINOSA SALDAÑA, ELOY, *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas y los riesgos de no respetarlo o usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*, "Estudios Constitucionales", vol. 4, n° 1, 2006, p. 67.

- FABRÉ-ALIBERT, VÉRONIQUE, *La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la CEDH, RTDH*, n° 35, 1998, p. 465.
- FALCÓN Y TELLA, MARÍA J., *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- FALLON, RICHARD, *The dynamic constitution. An introduction to American constitutional law*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- FAYT, CARLOS S., *Derecho político*, Bs. As., La Ley, 2003.
- *El "self moving". Garantía de independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los jueces federales, nacionales y provinciales*, Bs. As., La Ley, 2000.
- *Sufragio y representación política*, Bs. As., Omeba, 1963.
- *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Bs. As., Depalma, 1994.
- FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ-ALBERTOS, JOSÉ, *Dividir lo indivisible. División de poderes y soberanía popular en James Madison*, "Revista de Estudios Políticos", nueva época, n° 128, p. 293.
- FERNÁNDEZ QUINTANO, JOSÉ, *Democracia en la historia de Herodoto*, ponencia en "Pasado, presente y futuro de la democracia", Universidad de Murcia, abr. 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La obsolescencia de la bipolaridad "modelo americano - model o europeo-kelseniano" como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, "Parlamento y Constitución", 2002-30.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, www.juridicas.unam.mx.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (COORD.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO - ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO (COORDS.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Marcial Pons, 2008.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- FERREYRA, RAÚL G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Bs. As., Ediar, 2007.
- FISHKIN, JAMES, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Barcelona, Ariel, 1995.
- FISS, OWEN, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- *Why the state*, "Harvard Law Review", vol. 100, W4, feb. 1987, p. 781 a 794.

- FLORIA, CARLOS, *Pasiones nacionalistas*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- FREUND, PAUL A., *On understanding the Supreme Court*, Connecticut, Greenwood Press, 1977.
- FRIED, CHARLES, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, Madrid, Katz Editores, 2009.
- FRIEDMAN, BARRY, *The cycles of constitutional theory*, "Law and Contemporary Problems", 67-2004-150.
- FUKUYAMA, FRANCIS, *Confianza*, Bs. As., Atlántida, 1996.
- GAONA RODRÍGUEZ, ROBERTO, *El control constitucional a la reforma de la constitución*, Madrid, Dykinson, 2006.
- GARAY, ALBERTO, *El precedente judicial en la Corte Suprema*, "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 2, n° 1 y 2, abr. 1997, p. 51 a 108.
- GARCÍA, JOSÉ F., *El control de constitucionalidad en "El Federalismo" y los fundamentos de una sociedad libre*, "Revista Chilena de Derecho", vol. 30, n° 3, p. 505.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003.
- *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", n° 181-182, t. XLII, p. 63.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO - FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1991.
- GARCÍA BELSUNCE, HORACIO, *La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional. Implicancias de su declaración*, "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", anticipo de Anales, año XLV, 2ª época, n° 38, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995.
- *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en Estados Unidos de América*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 2006.
- GARCÍA HAMILTON, JOSÉ I., *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva)*, Bs. As., Albino y Asociados, 1990.
- GARCÍA LEMA, ALBERTO, *Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99, inciso 4º de la Constitución nacional*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 172, p. 10.
- GARCÍA-MANSILLA, MANUEL J., *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.
- GARCÍA MELGAREJO, FLAVIA, *La declaración oficiosa de inconstitucionalidad*, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista", 2007-90.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1959; Alianza, 1984.
- *La división de poderes y su control jurisdiccional*, "Revista de Derecho Político", n° 18-19, p. 7 a 16.

- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, "Revista de Estudios Constitucionales", vol. 8, 2010 (1), p. 126 y 127.
- *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006", p. 1115.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Bs. As., Miño y Dávila Editores, 1995.
- *Derecho constitucional*, Bs. As., Universidad, 2004.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*, "Isonomía", n° 12, p. 7.
- GAZZANIGA, JEAN L., *L'appel "omisso medio" au papeet l'autorité pontificale au Moyen Aye*, "Revue Historique du Droit Française et Etranger", vol. 60, n° 3, p. 395 a 414.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2005.
- *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009)*, ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, ago. 2009.
- *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*, LL, 1994-C-291.
- GERBER, SCOTT D., *The Court, the Constitution, and the history of ideas*, "Vanderbilt Law Review", t. 61, n° 4, 2008, p. 1067.
- GIALDINO, ROLANDO E., *Un lugar de encuentro en materia de control de constitucionalidad*, LL, 1997-C-1013.
- GIANFORMAGGIO, LETIZIA, *Estudios sobre Kelsen*, México, Fontamara, 1996.
- *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, "Doxa", n° 4, 1987.
- GIL, LUIS, *Las primeras justificaciones griegas de la democracia*, www.revistas.ucm.es/fll/11319070/articulos/CFCG9696110011A.pdf.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El caso "Fayt": una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 170, jun. 2002, p. 4.
- *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Bs. As., Ediar, 2009.
- GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho procesal civil*, Madrid, Labor, 1936.
- GÓMEZ, CLAUDIO D., *Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN*, LL, 2003-A-230.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., Estrada, 1983.
- *Obras completas*, Universidad Nacional de La Plata, 1935.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1994.
- *Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Lajouane, 1930.

- GONZÁLEZ VILLANUEVA, ROBERT M., *El control de constitucionalidad de oficio y su compatibilidad con el sistema de enjuiciamiento acusatorio*, tesis final de la maestría en derecho procesal de la Universidad Nacional de Rosario, 2000.
- GOZAÍNI, OSVALDO A., *Derecho procesal constitucional*, Bs. As., Universidad de Belgrano, 1999.
- *El debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.
- *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- GRABER, MARK A., *Federalist or friends of Adams: the Marshall court and party politics*, "Studies in American Political Development", n° 12, 1998, p. 229.
- *The scholarship of Sanford Levinson: establishing judicial review: "Marbury" an the Judicial Act of 1789*, "Tulsa Law Review", n° 38, p. 609, 2003.
- GRANT, JAMES A., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.
- GREGORICH, LUIS, *Alternativas para la eternización populista*, "La Nación", 6/2/13.
- GUASTINI, RICCARDO, *¿Separazione dei poteri divisione del potere?*, "Revista de Teoría Política", XIV, n° 3, p. 25.
- GUIBOURG, RICARDO, *Deber y saber*, México, Fontamara, 1997.
- *Notas publicadas*, supl. "Filosofía y derecho", www.albrematica.com/dial.udes.edu.ar/wp-content/uploads/Gullco-2013.pdf.
- GULLCO, HERNÁN V., *Problemas constitucionales del persaltum*, revistajuridica.udes.edu.ar/wp-content/uploads/Gullco-2013.pdf.
- GUZMÁN, CHRISTIAN, *El principio del preferencia por los derechos fundamentales. Un intento de fundamentación lógica*, "Revista Jurídica del Perú", año LI, n° 27, oct. 2001, p. 1.
- HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, tr. H. FIX-FIERRO, Bs. As., Astrea, 2007.
- *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2000.
- *Teoría de la acción comunitaria*, Madrid, Taurus, 1987.
- HAMILTON, ALEXANDER - MADISON, JAMES - JAY, JOHN, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HARO, RICARDO, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Zavalía, 2003.
- *El "persaltum" en la justicia federal argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar.
- *La competencia federal. Legislación, jurisprudencia y doctrina*, Bs. As., LexisNexis, 2006.

- *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, LL, 1991-D-1063.
- “*Marbury v. Madison*”. *El sentido constituyente y fundacional de su sentencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.
- HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.
- HELD, DAVID, *Modelos de democracia*, Madrid, Universidad, 1996.
- HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.
- HITTERS, JUAN C., *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 10, jul.-dic. 2008, p. 131 a 156.
- HITTERS, JUAN C. - FAPPIANO, OSCAR L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bs. As., Ediar, 2006.
- HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, tr. M. SÁNCHEZ SARTO, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.
- HOBSON, CHARLES, *El presidente del Tribunal Supremo: John Marshall y el Estado de derecho*, University Press of Kansas, 1996.
- HOBSON, CARLES F., y otros (eds.), *The paper of John Marshall*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1990.
- Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Valencia, Fundación de Estudios Avanzados, 2000.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- IBÁÑEZ RIVAS, JUANA M., *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, “Anuario de Derechos Humanos 2012”, p. 108 a 111, www.anuariocdh.uchile.cl.
- IBARLUCÍA, EMILIO A., *Acerca de los nuevos escrutinios de control de constitucionalidad*, EDCO, 2006-434.
- IBLEL, MARTÍN, *Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y del derecho administrativo en Alemania*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerio”, n° 50-51, p. 17.
- JESCHECK, HANS, *Tratado de derecho penal. Parte general*, tr. J. L. MANZANARES SAMAMIEGO, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988.
- KAIRUZ, MARÍA, *La obligatoriedad de los fallos plenarios en la Justicia Nacional en lo Penal*, LL, 2006-D-96.
- KAPISZEWSKI, DIANA, *La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2006-5.
- KELSEN, HANS, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006.

- *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, tr. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 2001; “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, n° 10, jul.-dic. 2008, p. 3.
- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, tr. R. J. BRIE, Madrid, Tecnos, 1995.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, México, Textos Universitarios, 1969.
- *Teoría general del Estado*, tr. LEGAZ Y LACAMBRA, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- *Teoría pura del derecho*, tr. M. NILUE, Bs. As., Eudeba, 1968.
- KETCHAM, ROBERT, *Escritos antifederalistas y debates de la Convención Constitucional de los Estados Unidos*, Barcelona, Hacer, 1996.
- KRAMER, LARRY D., *The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy*, “Valparaiso University Law Review”, vol. 41, n° 2, p. 697.
- *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004.
- *We the Court*, “Harvard Law Review”, n° 115, 2001, p. 165.
- KRÜGER, HERBERT, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vaden & Ruprecht, 1950.
- L'influenza dei valori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985.
- LICHT, ROBERT A., *¿El Tribunal Supremo es el guardián de la Constitución?*
- LIVELY, DONALD - ROBERTS, DOROTHY - WEAVER, RUSSELL (eds.), *First amendment anthology*, Anderson Publishing Co., 1994.
- LIPHART, AREND, *Democracy in plural societies*, New Haven, Yale University Press, 1977.
- LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed. Bs. As., Astrea, 2002.
- LINARES, SEBASTIÁN, *Modelos de justicia constitucional y deferencia al Poder Legislativo*, “Revista Argentina de Teoría Jurídica”, vol. 6, nov. 2005.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, Bs. As., Tea, 1946.
- *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Bs. As., Plus Ultra, 1980.
- LINDGREN, JAMES - MARSHALL, WILLIAM P., *The Supreme Court's Extraordinary Power to Grant Certiarari before Judgment Court of Appeals*, “The Supreme Court Review”, vol. 1986, p. 259 a 316.
- LINZ, JUAN J. - VALENZUELA, ARTURO (comps.), *La crisis del presidencialismo*, Madrid, Alianza, 1997.
- LLANOS, MARIANA, *Understanding presidential power in Argentina: a study of the policy of privatization in the 1990s*, “Journal of Latin American Studies”, vol. 33, n° 1, 2001, p. 67.
- LOCKE, JOHN, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, El Libro de Bolsillo, 1998.
- LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1997.

- LÓPERA MESA, GLORIA P., *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", n° 5, 2001, p. 247.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988.
- LÓPEZ ULLA, JUAN M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999.
- LORENZETTI, RICARDO - KRAUT, ALFREDO, *Derechos humanos: justicia y reparación*, Bs. As., Sudamericana, 2011.
- LUGONES, NARCISO F., *El reglamento sobre el recurso extraordinario. La búsqueda de un clasicismo*, JA, 2007-II-95.
- MAGALONI, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001.
- MANILI, PABLO, *El bloque de constitucionalidad federal*, Bs. As., La Ley, 2003.
- *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, Bs. As., Universidad, 2007.
- *La reciente reforma de la Constitución francesa*, LL, 2008-E-1006.
- MANILI, PABLO (COORD.), *"Marbury vs. Madison". Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2011.
- Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997.
- MARCIANI BURGOS, BETZABÉ, *La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos*, "Pensamiento Constitucional", año IX, n° 11, p. 351 a 378.
- MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN, *Consideraciones sobre los tribunales constitucionales (el supuesto del Consejo Constitucional francés)*, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 15, 1977, p. 551.
- MEIKLEJHON, ALEXANDER, *Testimony on the meaning of the first amendment*, <http://w3.trib.com/FACT!st.meike.html>.
- *The first amendment is an absolute*, "Supreme Court Review", n° 245, 1961.
- MENDES FERREIRA, GILMAR, *Controle concentrado de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- MERRYMAN, JOHN H., *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- MEZZETTI, LUCA, *Giustizia costituzionale e oprezione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Forli, Maggioli, 1993.
- MIDÓN, MARIO, *Los límites del poder constituyente. A propósito del caso "Fayt"*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 169, p. 11.
- MILLER, JONATHAN M., *Control de constitucionalidad: el control político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, ED, 120-919.
- MILLER, JONATHAN M. - GELLI, MARÍA A. - CAYUSO, SUSANA, *Constitución y poder político*, Bs. As., Astrea, 1995.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, tr. M. BLÁZQUEZ y P. DE LA VEGA, Madrid, Tecnos, 2008.

- MONTILLA MARTOS, JOSÉ A., *Minoría política y tribunal constitucional*, Madrid, Trotta, 2001.
- MORAL, LEONOR, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Esquema del certiorari en la ley 23.774*, JA, 1990-III-727.
- *La nueva etapa del recurso extraordinario: el certiorari (ley 23.774)*, La Plata, Platense, 1990.
- MORODO LEONCIO, RAÚL - DE VEGA GARCÍA, PEDRO (COORDS.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense, 2001.
- MUSTAPIC, ANA M., *Oficialistas y diputados: las relaciones ejecutivo-legislativo en la Argentina*, "Revista Desarrollo Económico", vol. 39, n° 156, ene.-mar. 2000, p. 571.
- NELSON, WILLIAM E., "Marbury v. Madison". *The origins and legacy of judicial review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, "Centro de Estudios Institucionales", n° 4, sept.-dic. 1989, p. 85.
- *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Justicia y tribunales en América del Sur*, Lima, Palestra, 2006.
- *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur*, "Revista Iut et Praxis", año 10, n° 2, 2004, p. 197 a 223.
- NOWAK, JOHN E. - ROTUNOLA, RONALD, *Constitutional Law*, Minnesota, West Group, 2000.
- O'DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997.
- OYHANARTE, JULIO, *Historia del Poder Judicial*, "Todo es Historia", n° 61, 1972, p. 94.
- *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Bs. As., Paidós, 1969.
- PADILLA, MIGUEL Á., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.
- PALACIO, LINO E., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.
- PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F. (COORD.), *Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005.
- PARDO FALCÓN, JAVIER, *Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*, "Revista de Estudios Políticos", nueva época, n° 72, abr.-jun. 1991, p. 243.
- PERINA, EMILIO, *La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*, Bs. As., Sudamericana, 1996.

- PIZZOLO, CALÓGERO, *Democracia, opinión pública y prensa*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal*, LLBA, 2006-D-1022.
- POST, ROBERT, *The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion demaratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, "Harvard Law Review", vol. 103, w3, jan. 1990, p. 601 a 686.
- PRIETO SÁNCHEZ, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PRITCHETT, HERMAN C., *La Constitución americana*, Bs. As., Tea, 1965.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996.
- RABASA, OSCAR, *El derecho angloamericano*, México, Porrúa, 1982.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RECUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Barcelona, Ariel, 2000.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- *Una relectura del "Bonham case" y de la aportación del Sir Edward Coke a la creación de la "judicial review"*, www.juridicas.unam.mx.
- ROBBINS, JEREMY, *Releyendo los casos "Brown v. Board of Education", "Marbury v. Madison" y "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus"*, "Nueva Doctrina Penal", 2007-A-73.
- RODRÍGUEZ GAONA, ROBERTO, *El control constitucional a la reforma de la constitución*, Madrid, Dykinson, 2006.
- ROITMAN, HORACIO, *Previsibilidad, estabilidad y desarrollo de la legislación económica y del derecho privado empresario*, RDCO, 1998-255 y AbeledoPerrot, 0021/000084.
- ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. CARRIÓ, Bs. As., Eudeba, 1994.
- RUA, GONZALO S., *Obligatoriedad de los fallos de la Corte. Acerca del alcance de la doctrina "Marcilese"*, LL, 2003-B-421.
- SABSAY, DANIEL, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", n° 3, 1999, p. 427 a 460.
- *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2010.
- SÁCHICA, LUIS C., *La Constitución colombiana cien años haciéndose*, México, UNAM, 1982.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Bs. As., Ad. Hoc, 2006.
- *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2002.
- *Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano*, LL, 2009-B-1.

- *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2003.
- *Las sentencias constitucionales exhortativas*, “Estudios Constitucionales”, vol. 4, n° 2, p. 189.
- *Recurso extraordinario*, Bs. As., Depalma, 1984.
- *Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales*, LL, 1996-E-957.
- *Teoría de la Constitución*, Bs. As., Astrea, 2004.
- SAGUIER, JULIO C., *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Bs. As., Prometeo Libros, 2007.
- SALAZAR UGARTE, PEDRO, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SALVADORES DE ARZUAGA, CARLOS I. - AMAYA, JORGE A., *El certiorari y su aplicación práctica*, JA, 1991-III-785.
- SÁNCHEZ MARÍNCOLO, MIGUEL A., *La inconstitucionalidad y nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional*, LLActualidad, 2/11/99, p. 1.
- SANÍN RESTREPO, RICARDO, *En nombre del pueblo. Destruyendo a “Marbury”*, “Revista Criterio Jurídico”, vol. 6, 2006, p. 61.
- SANTIAGO (H.), ALFONSO (dir.), *La responsabilidad judicial y sus distintas dimensiones*, Bs. As., Ábaco, 2006.
- SAPAG, MARIANO A., *El principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, “Revista Jurídica Díkaion”, año 22, n° 17, p. 157 a 198.
- SARTORI, GIOVANNI, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 2007.
- SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución*, tr. M. SÁNCHEZ SARTO, Barcelona, Labor, 1931.
- SCHUMPETER, JOSEPH, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Orbis, 1983.
- SERRAFERO, MARIO, *Exceptocracia. ¿Confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As., Ediciones Lumiere, 2005.
- SERRANO, MARÍA C., *El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte*, “Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 167, mar. 2000.
- SHUTE, STEPHEN - HURLEY, SUSAN (eds.), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
- SMIKUS PADVALSKIS, IGNACIO, *Introducción al persaltum en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentario a la ley 26.790, Erreiús*, n° 70, ene.-feb. 2012, p. 341.
- SMITH, JEAN, *John Marshall: el definidor de una nación*, New York, Henry Holt and Company, 1998.

- SOLA, JUAN V., *Control judicial de constitucionalidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.
- SPOTA, ALBERTO A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Bs. As., Plus Ultra, 1981.
- *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.
- STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1984.
- TAWIL, GUIDO S., *La Constitución, el respeto a los símbolos patrios y la libertad de expresión*, ED, 133-945.
- TODOROV, TZVETAN, *Los enemigos íntimos de la democracia*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2012.
- TORICELLI, MAXIMILIANO, *El sistema de control constitucional argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Bs. As., LexisNexis, 2002.
- *Organización constitucional del poder*, Bs. As., Astrea, 2010.
- TREACY, GUILLERMO F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, p. 181 a 216.
- TRIBE, LAURENCE H., *A Constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role*, “Harvard Law Review”, vol. 97, 1983, p. 433.
- *American constitutional law*, New York, The Foundation Press, 1988.
- *Constitutional choices*, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- *God save this Honorable Court. How the choice of Supreme Court justices shapes our history*, New York, Random House, 1985.
- *The people themselves: judicial populism*, “The New York Times”, 24/10/04.
- TRIONFETTI, VÍCTOR, “*Marbury*” a contraluz, LL, 2009-C-989.
- TUSHNET, MARK, *Taking the Constitution away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press, 1999.
- VALDÉS S., CLEMENTE, “*Marbury vs. Madison*”. *Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en EE.UU.*, “Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional”, n° 4, 2005, p. 313.
- VANOSI, JORGE R., *El asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional*, “Pensamiento Constitucional”, año IV, n° 4, p. 55 a 67.
- *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Bs. As., Eudeba, 1982.
- *Estado de derecho*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2008.
- *La constitución evanescente (Una reforma espasmódica)*, LL, 1994-E-1246.
- *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*, Bs. As., Pannedille, 1970.
- *Obediencia debida y punto final*, LL, 2003-E-1504.
- *Teoría constitucional*, Bs. As., Depalma, 1976.
- VÁZQUEZ RIZO, ANA M., *El caso “Bonham”. Supremacía constitucional*, “Revista de Derecho de la Universidad del Norte”, n° 11, p. 137.
- VERLY, HERNÁN, *El argumento contramayoritario*, ED, 144-983.

- VERNENGO, ROBERTO, *La interpretación literal de la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971.
- VIGO, RODOLFO, *Interpretación constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.
- VIVEIROS, MAURO, *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. Tesis doctoral*, Madrid, Universidad Complutense, 2011.
- WALDRON, JEREMY, *A right-based critique of constitutional rights*, "Oxford Journal of Legal Studies", vol. 13, 1993, p. 28.
- *Judicial review and the conditions of democracy*, "Journal of Political Philosophy", vol. 6, issue 4, dec. 1998, p. 335.
- *Law and disagreement*, New York, Oxford University Press, 2001.
- *Moral truth and judicial review*, "American Journal of Jurisprudence", vol. 43, 1998, p. 75.
- *The core of the case against judicial review*, "The Yale Law Journal", vol. 115, n° 6, apr. 2006, p. 1346.
- WARREN, CHARLES, *The Supreme Court in United States history*, Boston, Little Brown & Co., 1926.
- WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- *Sociología del poder*, Madrid, Alianza, 2007.
- ZARINI, HELIO J., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2009.

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA,
Lavalle 1208, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada
2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena
de junio de 2015.

Jorge Alejandro Amaya

Especialista en Derecho Constitucional (UP), Máster en Derecho Público (UP); Doctor en Derecho (área Derecho Constitucional) (UBA) y Posdoctor en Derecho (área derecho Constitucional) (UBA) – Completó sus estudios de posgrado en las Escuelas de leyes de las Universidades de Harvard y George Washington (USA) –

Es profesor regular Adjunto de Derecho Constitucional de la UBA,; Director del curso intensivo de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos (UBA) y Profesor del curso de actualización con validez para el Doctorado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Es Profesor titular de la Especialización en Derecho Constitucional (UBA); del Máster en Derecho Procesal (UNR); y de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ).

Es Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y vocal titular del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Ex Vicerrector y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires. Ex Director Parlamentario de bloque del Senado de la Nación Argentina y Asesor de bloque la reforma constitucional de 1994 –

Recibió el Premio “Colegio Público de Abogados de la República Argentina en Derecho Constitucional; y el “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (año 2012/2013) –

En 2014 fue premiado por el Rector de la Universidad de Buenos Aires con el “Reconocimiento a la Excelencia Académica” y en el 2015 por Ley N° 5424 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue declarado “Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires”.

Es autor de numerosas obras y trabajos de Derecho Constitucional; Procesal Constitucional y Electoral.