

Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina

Sebastián D. Toledo*

1 Origen normativo y jurisprudencial de la jurisdicción constitucional en la Argentina

El artículo 31 de la Constitución de la Nación Argentina establece la supremacía jerárquica de dicho documento al prever que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales...”. La reforma constitucional de 1994, por su parte, introdujo la proposición normativa por la cual ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos (se enumeran taxativamente once de ellos y previeron un mecanismo especial para realizar incorporaciones a dicha nómina) “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (Constitución de la Nación Argentina, artículo 75 inc. 22)¹. Dicha supremacía importa que, en un sistema democrático como el argentino, la constitución material es la base fundante del sistema jurídico² y que pueda afirmarse sin temor a equivocarse la existencia de un escalonamiento jerárquico dentro del sistema normativo que se deriva de la Constitución obligando de esta suerte que las normas y los actos de los órganos estatales y de los particulares se ajusten a las normas que se encuentran en gradación jerárquicamente superior dentro de este sistema, exigiendo coherencia tanto en los aspectos formales (referidos a los mecanismos previstos para la formación o dictado de una norma dada) como materiales (significándose con esto que el contenido de las normas ha de condecirse con el de aquellas de primacía jerárquica). Al respecto, ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución; ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales

* Ponencia presentada el 31 de mayo de 2006 en el Coloquio Internacional sobre “Temas de Derecho Constitucional contemporáneo”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 29/5/2006 al 2/6/2006, Xalapa, Veracruz, México. El autor es abogado, docente de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Secretario Académico del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

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

² Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado ...*, cit., Tomo I-A, p. 398; del mismo autor, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 88 y ss. y “¿Qué es una Constitución?”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 7 y ss.; FERREYRA, RAÚL G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Porrúa, México, 2004, pp. 44 y ss.

cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”³.

Kelsen ha afirmado que “la función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar los órganos y el procedimiento de la legislación, así como, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes”⁴.

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

Cuando se rompe la relación de coherencia que exige la gradación jerárquica normativa constitucionalmente prevista (sea en su sentido formal o en el material), hay un *vicio* o *defecto* al que se denominará *inconstitucionalidad*.

La supremacía jerárquica de una norma dada (la constitucional, en este caso) dentro de un sistema jurídico dado sería un concepto vacío y carente de sentido si no existieren mecanismos que la garantizaren: caso contrario, se estaría frente a la posibilidad de que una norma inferior contradijere a una norma jerárquicamente superior sin contar con mecanismo alguno para imponer la jerarquía de esta última, desvirtuándose así la supuesta estructuración del sistema: dicho en otros términos, la custodia de la supremacía jerárquica constitucional no puede dejarse a la buena voluntad de los poderes políticos constituidos, ya que, por negligencia o intencionalmente, estos tenderán a sobrepasar los límites constitucionalmente previstos⁷.

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

⁴ KELSEN, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1958, p. 280. Ver también, del mismo autor, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 20 y 21.

⁵ FERREYRA, RAÚL G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Porrúa, México, 2004.

⁶ CELOTTO, ALFONSO, *Formas y modelos de justicia constitucional: un vistazo general*, [en línea], Buenos Aires, 2005, disponible en Internet: <http://www.circulodoxa.org/documentos/>.

⁷ Señala Ekmekdjian que “el equilibrio [entre libertad y poder] se rompe permanentemente en beneficio del poder. Éste amplía su propio espacio permanentemente avanzando sobre su opuesto y trayendo aparejada la reducción, proporcionalmente inversa, del espacio de la libertad” (EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de derecho constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 6).

Tiene dicho Bidart Campos al respecto que “todo el sistema garantista de defensa de la constitución y de control de constitucionalidad es el que provee el instrumental para la exigibilidad que la fuerza normativa de la constitución requiere. No es que la constitución carezca de esa fuerza; lo que ocurre es que su efecto útil (cuando no lo surte por aplicación y cumplimiento espontáneo de los operadores tiene que ser impelido y exigido mediante el uso instrumental del aludido sistema garantista”⁸.

La supremacía jerárquica de las normas constitucionales y la necesidad de preservar los derechos en ella consagrados frente a eventuales avances de los poderes constituidos hace al fundamento del constitucionalismo democrático moderno⁹ y constituye la esencia de la Constitución que “jurídicamente hablando, es un gran contrato político-social. Las principales cláusulas de este megacontrato son los derechos de primera, segunda y tercera generación, cuyo reconocimiento, según el caso, los textos constitucionales confieren a los individuos, a los grupos de personas o a la colectividad o comunidad, respectivamente. Bajo tal óptica, no cabe sino predicar que la tarea liminar que en este esquema debe asignarse a los poderes constituidos es concretar y respetar tales inscripciones iusfundamentales, las que en forma de principios y reglas se alojan en el texto constitucional, por decisión que llega a los poderes constituidos por obra de la previa concertación fijada por el poder constituyente.”¹⁰.

La propiedad de validez de una norma jurídica refiere al cumplimiento por parte del órgano del cual emana para actuar dentro de las atribuciones delegadas por un órgano superior¹¹. En este sentido, se considera que una norma es válida cuando hubiera sido creada de conformidad “con todas las normas que disciplinan su creación”¹², es decir, cuando tenga lugar la regularidad de la creación normativa. Esto presupone la pertenencia de la norma al sistema jurídico y la existencia de normas que, también dentro del sistema, cumplen la función de regulación de la producción jurídica¹³.

La supremacía jerárquica de la constitución dentro del sistema jurídico argentino establecida en el artículo 31 de la Constitución devendría, como se ha dicho, en una mera abstracción si no se contara con algún mecanismo que permita hacer valer dicha supremacía en caso de colisión con cualquier norma de rango inferior. Esta colisión entre norma inferior y constitución, como se

⁸ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución...*, op. cit., p. 63.

⁹ Giancarlo Rolla tiene dicho que “los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son ... una categoría dogmática del derecho constitucional ... el constitucionalismo se ve nutrido de una raíz unitaria que se puede sintetizar en la intención de vincular el poder político con el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos una defensa cuando sus derechos se ven conculcados por los comportamientos arbitrarios o por abusos de los poderes públicos ... Como manifiesta la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ... afirma que toda sociedad en la que no estén garantizados los derechos no tiene una Constitución” . De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales. Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales caracterizándolos –al mismo tiempo– como derechos subjetivos de la persona y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional” (ROLLA, GIANCARLO, *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 127 y ss.).

¹⁰ FERREYRA, RAÚL G., *Notas ...*, op. cit., cap 3

¹¹ Ver VERNENGO, ROBERTO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 306.

¹² Ver GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 320. Ver, del mismo autor, “Rules Validity and Statutory Construction” en *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems* N° 11, Italian Association of Compared Law, 1992: 229-247 (citado por ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, “Inconstitucionalidad y derogación”, Revista *Discusiones* N° 2, 2001, p.23) y PÉREZ TREVIÑO, JOSÉ, “Validez, aplicabilidad y nulidad. un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”, Revista *Doxa* N° 22.

¹³ Ver CARACCILO, RICARDO, “Existencia de normas”, Revista *Isonomía* N° 7, 1997, p. 162 y BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1980, pp. 368 y ss.

ve, no se trata sino de un caso particular de invalidez: la invalidez constitucional o inconstitucionalidad.¹⁴

Siguiendo este itinerario llegamos sin mayores hesitaciones a la conclusión de que debe garantizarse el respeto de los derechos constitucionales por parte de los poderes constituidos; compartiendo con Fix Zamudio la afirmación de que la defensa de la constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales ... puede escindirse en dos categorías fundamentales ... protección de la constitución, y ... garantías constitucionales ... entendidas ... como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores [de la constitución]¹⁵. Arribamos así a la conclusión de que la función jurisdiccional¹⁶ de salvaguarda de los derechos fundamentales frente al avance de los poderes constituidos resulta uno de los pilares sobre los que se asientan los sistemas constitucionales modernos, entre los que incluimos al argentino.

Es hoy conteste la doctrina iuspublicista en afirmar que una de las principales garantías de la constitución y los derechos allí consagrados la constituye la actividad jurisdiccional constitucional, esto es la instancia jurídica directamente orientada a dar custodia a los principios y reglas que constituyen el sistema constitucional que se materializa mediante la configuración de procesos y estructuras judiciales, las tareas encaminadas a la defensa de la constitución, tanto de su contenido contextual como de la suprallegalidad que el instrumento supone, extremos que no se visualizan ni con esta intensidad ni con esta direccionalidad en el campo de la jurisdicción ordinaria. Mediante el ejercicio de la facultad jurisdiccional constitucional, esto es el control de constitucionalidad, los jueces declararán la invalidez (con variables efectos, según el sistema que se esté estudiando) de la norma inconstitucional. Con la claridad conceptual que lo caracterizó, Bidart Campos afirma que “Por ‘jurisdicción constitucional’ suele entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar, mantener y controlar la supremacía de la constitución. La referida tutela parece recaer, fundamentalmente, sobre la actividad que, por ser infractora de la constitución, se califica como inconstitucional o anticonstitucional”¹⁷

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

¹⁴ Ver nuestra contribución “Sobre los alcances de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad normativa”, en *Doctrina Judicial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 14/VII/2004.

¹⁵ FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 16-18.

¹⁶ Sin pretender ignorar la discusión doctrinaria al respecto, en esta contribución utilizaremos el concepto de jurisdicción que propone Requejo Pagés en tanto aquella forma de aplicación del Derecho que se distingue de otras modalidades, por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento jurídico (REQUEJO PAGÉS, JOSÉ L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 90). Asimismo, dejamos clara constancia de que es nuestro entendimiento el poder jurisdiccional lo ejerce el Estado porque se lo ha delegado el pueblo en la constitución.

¹⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2005, Tomo II-B, p. 572.

inconstitucional se reputará existente: “La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico, y en especial un acto estatal, no es tal ‘objetivamente’ porque es irregular; es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad ... Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad ... La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas”¹⁸

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

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

Si bien, tal como ocurrió en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁹, el texto constitucional argentino no previó en forma expresa la atribución a ningún órgano estatal de revisar las normas infraconstitucionales a los efectos de controlar su coherencia con la norma que se encuentra en la cúspide del sistema jerárquico, dicha carencia (nuevamente, como en el sistema norteamericano) fue suplida pretorianamente. En el célebre fallo “Marbury v. Madison”, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, fundada en los principios de supremacía constitucional y republicano, sentó las bases de la facultad judicial de controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales razonando que, si la Constitución es jerárquicamente superior e inmodificable por los poderes constituidos, los tribunales deben abstenerse de aplicar disposiciones normativas que la contraríen, sencillamente porque “el acto legislativo contrario a la Constitución no es ley”²⁰. Análogamente, la Corte Suprema de Justicia

¹⁸ KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional...*, op. cit., pp. 37 y 42.

¹⁹ Sostiene Ferreyra que “no resulta difícil de explicar el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino y el rol de la Corte, dado que el Poder Judicial de nuestro país tiene como modelo inspirador al de los Estados Unidos de Norteamérica. Los propios fallos de la Corte se ocupan de confirmar dicha hipótesis (CSJN, Fallos: 2:44), habiendo dejado el Tribunal, además, bien puntualizado que, los autores de la Constitución al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados Unidos en esta parte, como hicieron en las demás con muy pocas variaciones; y que la Constitución de la Argentina y la de los Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la CSJN.” (CSJN, Fallos: 2:44).” (FERREYRA, RAÚL G., “Reflexiones y perspectivas acerca del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina”, en Anuario Iberoamericano De Justicia Constitucional, número 4, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000).

²⁰ “It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.” (Suprema Corte de los EEUU, “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137).

de la Nación Argentina fundó en 1888, veinticinco años después de su instalación, las bases de la jurisdicción constitucional por la vía pretoriana²¹ cuando en el fallo “Procurador Municipal c/ Doña Isabel A. de Elortondo s/ expropiación”²² afirmó: “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.” De este modo, se fijó pretoriamamente en la República Argentina la facultad de los jueces de todas las instancias y competencias de controlar la constitucionalidad de la producción normativa infraconstitucional, así como de los actos de los órganos estatales y de los particulares. Inveterada jurisprudencia del más alto tribunal argentino mantiene hoy vigente esta configuración constitucional.

Recordemos que varias reglas de la Constitución de la Nación Argentina respaldaban implícitamente el itinerario jurisprudencial que tuvo el control de constitucionalidad: (a) el principio de supremacía de la Constitución contenido en el artículo 31 de la misma; (b) el principio que confiere rigidez del texto constitucional y que era desarrollado en el artículo 30; (c) el principio de razonabilidad de la reglamentación establecido en el artículo 28²³ que mandaba mantener inalterables las pautas constitucionales; y (d) el principio cuyo nacimiento marca el paso de la autotutela a la heterotutela, es decir, el tránsito que da lugar a la génesis de la potestad jurisdiccional estatal, en virtud de que, por delegación popular en la Constitución se confió a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versaren respecto de puntos regidos por el derecho de la constitución y demás detalles normativos allí cifrados (cfr. antiguo artículo 100, hoy 116 de la Constitución de la Nación Argentina).

En este sentido, Bidart Campos explica que “El principio de supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales ... El control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto”²⁴.

Para reafirmar la coherencia de lo decidido por el Más Alto Tribunal argentino con las previsiones e inteligencia constitucionales, recordemos que, más de tres décadas antes de ser dictado el fallo “Viuda de Elortondo”, Juan Bautista Alberdi, padre intelectual del texto

²¹ Aunque nunca hasta entonces la Corte había considerado la constitucionalidad de la ley nacional, había, sin embargo, considerado la constitucionalidad de un decreto presidencial. De hecho, en 1863, justo después de su creación, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un decreto presidencial en “Ríos” (CSJN, Fallos, 1:36). Además en “Calvete”, decidido en octubre de 1864, la Corte Suprema sostuvo que ella es interprete última de la Constitución, y como consecuencia, cuando la validez de cualquiera de sus cláusulas esté en duda, aún en casos donde la causa haya sido decidida por un tribunal inferior, la sentencia estará sujeta a revisión por la Corte Suprema (CSJN, Fallos 1: 345).

²² Fallos 33:162.

²³ “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

²⁴ BIDART CAMPOS, GERMAN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, T. I, Buenos Aires, 1995, pp. 138/139.

constitucional argentino de 1853²⁵ había afirmado que “La Corte suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino, para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución ... No hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución. Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución. Es la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuya Constitución ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema ... La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son ... Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga. Son condenables por la Corte, y revocables por el Congreso, las leyes que alteran los principios, derechos y garantías de la Constitución, en virtud de su artículo 28 ... Condenada por la Corte, derogada por el Congreso la ley inconstitucional, es preciso suplirla por otra nueva.”²⁶

La reforma constitucional de 1994 aportó una definitiva validación por parte del constituyente derivado del ejercicio del control de constitucionalidad que habían venido ejerciendo los miembros del poder judicial al incorporar definitivamente al catálogo constitucional a la acción de amparo (desprovista de ciertos encorsetamientos procesales que legislación anterior había previsto) al prever en el nuevo artículo 43 que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.”

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

(i) prevé la acción de amparo cuando no exista medio judicial más idóneo contra actos u omisiones de particulares o de autoridades públicas que afecten ilegítimamente en forma actual o inminente derechos y garantías constitucionales o normas de jerarquía legal o supralegal

²⁵ Aún hoy vigente en sus aspectos medulares luego de haber sido reformado sucesivamente en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

²⁶ ALBERDI, JUAN B., *Sistema Económico y Rentístico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

(ii) prevé la acción de amparo para proteger derechos de incidencia colectiva o de tercera generación, y legítima para su interposición al defensor del pueblo o asociaciones que propendan a esos fines

(iii) prevé la acción de habeas data, subgénero de la de amparo, para la protección de los datos personales de los individuos que se encuentren en bases de datos públicas o privadas

(iv) prevé la acción de habeas hábeas, subgénero también de la de amparo, que deberá ser resuelta de inmediato cuando se afecte la libertad ambulatoria o las condiciones de detención.

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

2 Características del control de constitucionalidad

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

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

- (i) es difuso, toda vez que no existe un fuero específico a cargo de la jurisdicción constitucional;
- (ii) de ejercicio exclusivo en el marco de una “causa”;
- (iii) requiere que la inconstitucionalidad sea introducida oportunamente por la parte que la alega y no procedería, en principio, de oficio;
- (iv) no se ejerce respecto de ciertas cuestiones denominadas “políticas”;
- (v) provocable solamente por *vía indirecta* (incidental o de excepción);
- (vi) provocable exclusivamente por el *titular actual* de un “derecho” que se argumenta afectado, así como para quien tiene un *interés legítimo*;
- (vii) de efectos limitados al caso concreto;
- (viii) se encuentra asentado en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad - “*iuris tantum*”- de todos los actos estatales.

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

Veamos.

2.a Ejercicio de la jurisdicción constitucional

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

Conforme lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina²⁷, la Corte Suprema resulta el intérprete final de la misma, sea por jurisdicción originaria o apelada:

2.a.1 Jurisdicción originaria

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

2.a.2 Jurisdicción en grado de apelación

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

El recurso extraordinario federal siempre trata cuestiones de derecho²⁸, tal como es previsto en el artículo 14 de la ley número 48: “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de la provincia en los casos siguientes: 1) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2) Cuando la validez de una ley, decreto de autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución de la Nación Argentina, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

Las tres causales de viabilidad del recurso extraordinario federal enumeradas en el transcripto artículo han sido ampliadas en la práctica por la Corte Suprema mediante la adición a las mismas de los supuestos de arbitrariedad de sentencia (que se tratará más adelante) y de gravedad institucional, que tiene lugar cuando, a criterio de dicho Tribunal, su intervención es

²⁷ “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.” (artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina)

²⁸ Aunque ha habido excepciones, tal como se señala en EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Tratado de derecho constitucional*, Tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 518.

justificada, a pesar de no haberse cumplido todos los recaudos exigidos para el mismo, en tanto la causa tiene tanta trascendencia, excediendo el simple interés de las partes, que, por razones de orden público, la Corte considera que debe concederlo²⁹.

Repárese que las afirmaciones que en esta contribución lo son en referencia con el control de validez respecto de la Constitución de la Nación Argentina: debe recordarse que en reiteradas oportunidades la Corte Suprema afirmó que el poder judicial nacional no puede juzgar la validez de proposiciones normativas provinciales con relación a la constitución local de que se trate, ni de los procedimientos de los funcionarios que las ejecutan, salvo cuando una cláusula constitucional autorice expresamente su conocimiento o cuando se haya violado la Constitución de la Nación Argentina.

2.b Presunción de validez de los actos estatales

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

Bien tiene dicho Bidart Campos al respecto que presumir *juris tantum* la validez de la actividad estatal redundaría en una alteración al principio de igualdad y conlleva también una afectación de la garantía de defensa en juicio ya que se coloca al particular en una inferioridad de condiciones ab initio respecto de la institucionalidad estatal.

2.c Materias controlables

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

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

- (i) las constituciones de las veinticuatro entidades autónomas que constituyen el Estado Federal, es decir las veintitrés provincias y la Ciudad de Buenos Aires;
- (ii) los reglamentos del Poder Ejecutivo (actos administrativos de alcance general), incluyéndose, naturalmente, los decretos por razones de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y también los actos administrativos de alcance particular;
- (iii) los tratados internacionales no incluidos en el bloque de constitucionalidad federal (los que, conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, revisten jerarquía supralegal pero infraconstitucional);
- (iv) la actividad de los particulares;
- (v) la actividad del constituyente derivado o reformador;

²⁹ CSJN *in re* "Antonio, Jorge s/interdicción", Fallos 248:189 (1960)

- (vi) de acuerdo con la doctrina judicial de la Corte, también las sentencias judiciales, pueden ser sometidas a control judicial de constitucionalidad en excepcionales circunstancias, si se reputaren arbitrarias.

2.c.1 Control de arbitrariedad de las sentencias judiciales

El control de constitucionalidad de las sentencias judiciales fue instaurado por el Más Alto Tribunal en 1909 al considerarse competente para entender en “casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces”³⁰. En estos casos, para que el control proceda, debe tratarse de una sentencia arbitraria, entendiéndose por tal la resolución judicial que no constituye una derivación razonada del derecho vigente, ya que es condición de validez de los fallos judiciales que sean fundados con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. La doctrina de la arbitrariedad que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, también autoriza la procedencia del control de constitucionalidad sobre una sentencia que para resolver el litigio haya prescindido para solucionar el entuerto y sin dar constancia razonable de ello, de prueba decisiva regularmente incorporada al proceso.

Es dable, para mayor claridad, esquematizar una sinopsis de la clasificación que Genaro y Alejandro Carrió realizaron respecto a las causales que ha encontrado la Corte Suprema para reputar de arbitraria a una sentencia de tribunales inferiores³¹:

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

Al respecto de la doctrina pretoriana de la viabilidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional respecto de sentencias arbitrarias, podemos afirmar que ha redundado en un gradual pero inexorable debilitamiento de este aspecto del recurso extraordinario federal y, por otro, el

³⁰ CSJN *in re* “Rey c/ Rocha”, Fallos 112: 384.

³¹ Ver CARRIÓ, GENARO y CARRIÓ, ALEJANDRO, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

crecimiento exponencial de la impugnación de las decisiones de las sentencias definitivas dictadas por el superior tribunal de la causa mediante la arbitrariedad de sentencia. Este camino, que permite la apertura de la jurisdicción apelada de la Corte, ha obligado al Tribunal al ejercicio de una actividad más ligada con la casación o uniformidad del Derecho que a la jurisdicción constitucional propiamente dicha. La enorme mayoría de las causas que hoy llegan a los estrados del más alto Tribunal están fundadas o relacionadas con arreglo a la doctrina de arbitrariedad de sentencias, lo que sin lugar a dudas redundará en enorme perjuicio de la calidad en la administración de justicia constitucional en la Argentina: baste como dato que a fines de 2004 la Corte Suprema registraba 62.872 causas en trámite, con un promedio de ingreso de aproximadamente 20.000 causas anuales de las cuales los recursos extraordinarios federales por causal arbitrariedad de sentencia representan más del 70%³² de la actividad apelada extraordinaria (esto es, aquella en la que podemos considerar a la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional).

2.d Las “cuestiones políticas no judiciales”

Es sentada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el control de constitucionalidad no ha de ejercerse respecto de las denominadas cuestiones políticas, es decir, sobre la zona de potestades exclusivas del Congreso y del Poder Ejecutivo; esto, toda vez que interpreta el tribunal que la existencia de “facultades privativas” de los órganos legislativo o ejecutivo importaría que la división de poderes vedaría al poder judicial interferir en ellas, así fuere para custodiar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución. En este sentido, el Tribunal ha dicho que “Si como queda demostrado, la materia..., es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, no pueden contestarse las facultades de aquellos para decidir tanto sobre el fondo, como sobre la forma de sus deliberaciones; así cuando se dicta la ley, como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro Derecho Público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.”³³. Como colofón, el Tribunal ha venido repitiendo que las cortes no deben evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de decisiones de los restantes poderes al realizar el control de constitucionalidad, so pena de “invadir” atribuciones exclusivas y excluyentes de aquellos.

La doctrina ha venido sistemáticamente refutando esta tesis pretoriana. Bien señala Bidart Campos que, si el argumento de las “facultades privativas” se aplicara en forma coherente, se obstaría lisa y llanamente el control constitucional de las normas infraconstitucionales³⁴.

En definitiva, todo parecería indicar que la autoinhibición para el juzgamiento de tales cuestiones –tal como está diseñada jurisprudencialmente– carece de soporte constitucional, en razón que al no haber realizado la Constitución distinciones de ninguna naturaleza –el artículo 116 de la Constitución dice claramente “todas las causas”, y no “sólo algunas” o “algunas”– no parece correcto que el intérprete las haga. En este sentido, el juez Varela decía, en su disidencia en la misma causa en la que fuera instituida la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales,

³² Ver el Informe del “Taller: El recurso extraordinario de arbitrariedad de sentencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Jornada de reflexión sobre el rol de la Corte en el nuevo siglo: Repensando la Corte Suprema en el siglo XXI” (organizado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y Konrad Adenauer, 10/3/2006). Disponible en línea: <http://www.foresjusticia.org.ar>.

³³ CSJN *in re* “Cullen, Joaquín M. v. Llerena, Baldomero”, Fallos 53:420.

³⁴ Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El derecho de la Constitución ...*, *op.cit.*, p.429.

que si la Constitución de la Nación Argentina había dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema podían hacer excepciones³⁵.

Al afirmarse la existencia de ciertas cuestiones que, por “políticas”, no resultan judiciales, parecerían los tribunales olvidar que su actividad es también política, en tanto hacen a la conducción del Estado. Por supuesto lo recién afirmado no obsta que entendemos que ha de reconocerse que existen excepcionales casos en los cuales la competencia otorgada constitucionalmente para el dictado de una norma faculta discrecionalmente al órgano respectivo sin delimitar dicha competencia en un perímetro preciso dentro del cual pueda ejercerse aquella, respecto de los cuales los tribunales han de abstenerse en el ejercicio del control de validez constitucional: es el caso, por ejemplo, de la facultada de declarar la guerra que la constitución otorga sin ningún condicionamiento como facultad del poder ejecutivo con autorización del Congreso.

2.e Exigencia de existencia de una “causa”. Tipo de acción.

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

A nivel legal, se prevé en la ley número 27 promulgada en 1862 que “La justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de ministros o agentes públicos, de simples individuos, de provincia o de la Nación ... nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución de la Nación Argentina, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

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

No obstante, la noción de causa en el Derecho Constitucional argentino ha sido delimitada por la jurisprudencia vinculatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiendo reconocerse una evolución que encuentra una bisagra en ciertos fallos judiciales que comenzaron a darse hace poco más de 20 años:

2.e.1 1865-1984

A poco de comenzar sus primeras actuaciones, desde 1865 la Corte Suprema entendió que para que un reclamo fuera justiciable como materia del artículo 100 de la Constitución (hoy 116), autorizando el ejercicio del control de constitucionalidad, no debía consistir ni en una evacuación de consulta ni en el pedido de emisión de declaraciones acerca de fórmulas

³⁵ Cfr. doctrina registrada en Fallos 53:420.

teóricas, considerándose que un caso era abstracto, y por ende no controversial ni judicial, cuando no presentaba una real y sustancial controversia que inequívocamente requiriera la adjudicación de derechos, cuyo alcance deba de ser el meollo de la cuestión debatida por las partes: es decir, se identificó a “causa judicial” con “juicio contradictorio”

En este sentido, señaló la Corte Suprema “la misión de un tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor”³⁶. Desde entonces, la Corte Suprema sentó la interpretación vinculante de que ella y los tribunales inferiores sólo contaban con competencia constitucional para decidir en causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del Congreso, identificando “caso judicial” con causa contenciosa, en la que podía ser pronunciada sentencia de condena, porque la jurisdicción del juez había ser estimulada por el justiciable, y porque además, si se admitía que no había controversia de derechos o de intereses y se autorizaba al juez a pronunciarse en abstracto, se entendía que se lo estaba habilitando con un status que rompía el equilibrio de las funciones de los poderes constituidos.

Más aún, señaló la Corte Suprema que en el orden federal no existen acciones declarativas de inconstitucionalidad, motivo por el cual el contenido de una causa de inconstitucionalidad no puede ser sólo la declaración de ineficacia jurídica de las normas legales o reglamentarias, dado que se requiere además, que como consecuencia de ella se llegue a dictar una sentencia de condena, esto es, que reconozca a favor del actor un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas”³⁷. De resultas de esta interpretación restrictiva del concepto de caso, el titular de un derecho constitucional que se veía afectado por una disposición normativa constitucionalmente inválida, había de esperar que la controversia fuera actual, el perjuicio concreto, y sumar el planteo de inconstitucionalidad al menú principal del caso, el que se configuraba, de acuerdo al lenguaje asignado al tema por la Corte, sólo en el marco de un juicio donde hubiera partes adversarias, que deducían pretensiones de condena.

La doctrina constitucional fue crecientemente y con consistencia atacando la señalada interpretación constitucional afirmando que ésta tenía su fundamento en una norma arcaica e interpretada de modo antojadizo³⁸ y que “hay causa judicial también cuando no existe disputa ni pretensiones contradictorias entre partes que controvierten entre sí ... en toda causa judicial – aunque no sea contenciosa– hay marco para el ejercicio del control de constitucionalidad...”³⁹ Podemos concluir que hasta 1984/1985 la única vía apta para articular el control judicial de constitucionalidad, en la esfera del Derecho federal, era rigurosamente la excepcional o indirecta, que con arreglo a lo dispuesto por el artículo 2 de la ley 27 prescribe que la justicia federal sólo interviene en casos contenciosos, desoyéndose que el amparo o las acciones de mera certeza, cuando para su procedencia requerían la declaración de inconstitucionalidad, configuraban también una causa o controversia judicial en términos constitucionales. En tales supuestos, la doctrina negatoria consideraba equivocadamente que la naturaleza sumaria del procedimiento, unida a la ausencia de bilateralidad –que nunca era tal dado que el traslado de

³⁶ CSJN *in re* “Provincia de Mendoza v. Estado Nacional - Senado Nacional”, Fallos 2:253.

³⁷ CSJN, Fallos: 256:394.

³⁸ Ver EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Bs. As., 1995, t. III, pp. 317-319.

³⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental ...*, Tomo II-B, *cit.*, p. 607.

la demanda siempre aseguraba el debido proceso y la defensa en juicio—, impedían el debate de inconstitucionalidad⁴⁰.

2.e.2 1984 a la actualidad

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

No fue sino hasta 1984 que la Corte Suprema admitió que prosperase el control judicial de constitucionalidad de una disposición normativa en el juicio de amparo afirmando que “que siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo ... También ha dicho que el artículo 2º, inc. d), de la ley 16.986 [que impedía la declaración de inconstitucionalidad en tal vía procesal] no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto ... ”⁴¹. Esta admisión por parte de la Corte anticipó la ampliación de las vías procesales que admiten el control de constitucionalidad, redundando de suyo en una mayor laxitud de la interpretación pretoriana del término “causa” que estamos comentando.

Así, en esta línea de mayor amplitud, en 1985 la Corte afirmó que la acción meramente declarativa de certeza⁴² y el amparo tienen una finalidad preventiva y no requieren la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos al entender que la acción declarativa en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto, puede ser susceptible de constituir a su modo,

⁴⁰ Ver FERREYRA, RAÚL G., *Notas ...*, cit.

⁴¹ CSJN *in re* “Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Sanidad Escolar-)”, Fallos 306:400.

⁴² En 1967 se incluyó en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) una proposición normativa por la cual se instauró como vía procesal una acción cuyo objeto fuera obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente para evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales.

causa judicial en los términos de la Ley Fundamental⁴³. Por tiempo después, el Alto Tribunal señaló que la configuración de la jurisdicción constitucional en el sistema jurídico argentino no tenía por corolario que no pudiera reputarse la existencia de acción declarativa de inconstitucionalidad, distinguiendo al respecto entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud y las acciones determinativas de derechos de base constitucional, cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos como son la acción meramente declarativa y el amparo⁴⁴. Meses más tarde el Alto Tribunal afirmó que “existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante esta Corte cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria” aunque aclaraba que “la acción meramente declarativa está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el artículo 322”⁴⁵, con lo que dio a entender que no existe una acción directa de inconstitucionalidad con naturaleza procesal autónoma (o, como denomina Bidart Campos, “acción directa de inconstitucionalidad pura”). Afirma Ricardo Haro que, al instituir la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la Corte Suprema lo ha hecho en ejercicio del poder constituyente material⁴⁶.

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

Así, en abril de 1997, la Corte Suprema ha dicho que la circunstancia de que la actora hubiera optado por demandar por la vía de la acción meramente declarativa, no constituye un óbice para la aplicación del artículo 43 de la Constitución nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. Agregando que el pedido de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquéllas que explícitamente la Corte ha admitido como medio idóneo, ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derecho de base constitucional.⁴⁷

No obstante lo señalado respecto al estado actual del derecho judicial al respecto, no debe dejar de señalarse que en el sistema constitucional argentino (tal como es interpretado por la Corte Suprema de Justicia) los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la

⁴³ “la acción declarativa regulada en el artículo 322 CPCCN., constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio ... toda vez que provee a la definición, ante los estrados del tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta ... la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza.” (CSJN in re “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o YPF”, Fallos 307:1379).

⁴⁴ CSJN in re “Lorenzo, Constantino c/ Estado Nacional”, Fallos, 307:2384.

⁴⁵ CSJ N in re “Gomer S.A. v. Provincia de Córdoba”, Fallos 310:142.

⁴⁶ HARO, RICARDO, “La acción declarativa de inconstitucionalidad en la doctrina judicial argentina”, en VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR (coord.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/14.pdf>

⁴⁷ CSJN, in re “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina”, Fallos: 320:690.

Constitución. Se requiere, entonces, la existencia de un derecho o interés de quien lo alega que sea afectado o esté en ciernes de resultar afectado: este requisito es lo que nos permitirá afirmar a renglón seguido que no existe en el ordenamiento constitucional argentino una acción directa de inconstitucionalidad “pura” en la que se omitiere la exigencia de afectación actual o inminente de un derecho o interés de quien la intentare. La máxima instancia jurisdiccional argentina ha sido, hasta ahora, muy celosa en la preservación de este requisito: aún en sus decisiones más innovadoras y activistas en pro de la más amplia defensa jurisdiccional de la Constitución, se ha cuidado el Tribunal de dejar sentado que sus decisorios no importaron una declaración “en abstracto” de inconstitucionalidad (ver, por ejemplo, las citas que se hacen del fallo “Banco Comercial de Finanzas”).

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

2.f Instancia del control

La Corte Suprema tuvo por más de un siglo sentada doctrina interpretativa por medio de la cual se impide a los tribunales formular un pronunciamiento judicial declarativo de inconstitucionalidad, sin petición expresa de una de las partes del proceso: desde el consolidado precedente “Ganadera Los Lagos” (1941), con firmeza y por unanimidad el tribunal negó a los jueces la potestad de ejercer dicha atribución sin instancia de parte⁴⁸.

A continuación, entonces, se realiza una sistematización de los distintos argumentos sobre los que descansa la postura del Máximo Tribunal negatoria de la potestad judicial de declarar *ex officio* y predominante hasta lo decidido en septiembre de 2001:

1. Desequilibrio de los poderes constituidos

Sostuvo el Más Alto Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad normativa por los jueces, sin que ella fuera instada por una de las partes de un proceso importaría una indebida intromisión por parte del Poder Judicial en los ámbitos de competencia propios de los Poderes Legislativo o Ejecutivo, según fuere el caso. En este sentido, tuvo dicho la Corte Suprema que: “Es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de “poder” la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución de la Nación Argentina. Que siendo por consiguiente indispensable en el Derecho Público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición del parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique, la circunstancia de no poder serlo de oficio por los jueces no altera la verdadera naturaleza del acto que será

⁴⁸ Ver SZARANGOWICZ, GUSTAVO A. Y TOLEDO, SEBASTIÁN D., “Breve reseña sobre el control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en La Ley – Suplemento de D. Constitucional, 20 de septiembre de 2005, ps. 74 y sigtes.

inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido su objeto por la Constitución o por la ley. Y eso, porque no podría decirse sin manifiesta inconsecuencia que la nulidad de un acto que allana disposiciones de carácter constitucional no lesiona al orden público o a la colectividad porque se haya atribuido para mantener el instrumento de gobierno así creado a los directamente interesados en conservarlo el pedido de nulidad. En el Derecho Administrativo por razones institucionales la declaración de actos inexistentes o nulos es independiente del hecho de que ella pueda o no pedirse por los interesados. Más aún, es a éstos a quien les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial.”⁴⁹

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

Tenía dicho el Más Alto Tribunal in re “Morales, Dionisio v. Cánovas, Manuel y Eduardo”⁵⁰ que: “si bien la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 Constitución de la Nación Argentina., ello no significa que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes vigentes sancionadas por el Congreso, porque como lo tiene reiteradamente declarado esta Corte “es condición esencial de la organización del Poder Judicial, el que no le sea posible controlar por su propia iniciativa -de oficio- los actos legislativos, ni aun los actos administrativos que, por serlo, tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos, debe necesariamente ser alegada y probada en juicio” (Fallos 190:142 ; 199:466 ; 204:671).”

III. *Afectación al requisito de existencia de ‘causa’*

En “Marítima Key Kar S.R.L. c/ M.C.B.A. s/ revocatoria”⁵¹ (1988), la Corte Suprema afirmó que: “Los jueces no están habilitados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (...) una de las razones fundamentales en las que se basa la mencionada doctrina es la necesidad de que los tribunales ejerzan sus facultades constitucionales en causas de carácter contencioso (...) dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (...) la función del poder judicial no es, entonces, la de ejercer un control abstracto de constitucionalidad, sino la de proteger derechos individuales que se encuentren afectados o amenazados. Pero la ausencia en el caso de un agravio particular respecto a las cuestiones señaladas impide, precisamente, determinar a los tribunales si tal agravio efectivamente ha tenido lugar, lo cual obsta a la existencia de una ‘causa’ de naturaleza constitucional”.

⁴⁹ “Ganadera Los Lagos S.A. v. Nación Argentina s/nulidad de decreto” CSJN, Fallos 190:142. En igual sentido, ver “Peyrú, Osvaldo J.”, LA LEY 1987-E, 126; “Roncoroni de Claisse, Elida Josefa v. Uhart, Roberto Domingo”, Fallos 251:455.; “Temporelli de Montagna o Montaña, Inés v. Consejo General de Educación de Santa Fe y/u otros”, Fallos 267:150; “Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos”, LA LEY 1979-C, 84; “Martínez, Onoribal s/ cancelación de ciudadanía” LA LEY 1984-A, 396; “María del Carmen Pérez y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Fallos: 310:1090

⁵⁰ Fallos 234:335. Ver, en igual sentido, “Ganadera Los Lagos S.A. v. Nación Argentina s/nulidad de decreto” (párrafo 6°); “Ferrari, Daniel C. y otros c/ Peiti, Ramón”, CSJN, 1944, (Fallos 199:466); “Municipalidad de Buenos Aires c/ Rodríguez, Pedro”, CSJN, 1946 (Fallos 206:471), entre otros.

⁵¹ Fallos 311:2088.

En el año 1957, la Corte señaló una importante excepción a la doctrina sentada en “Ganadera Los Lagos”, admitiendo el control de constitucionalidad de oficio de las normas que desborden los límites constitucionales de sus propias atribuciones jurisdiccionales, en particular en lo que refiere a la competencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Si bien es de principio que el contralor de la validez de los actos de los demás poderes no puede ejercerse por los jueces de la Nación ex officio (...) hace excepción el supuesto de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de esta Corte y en la medida necesaria para determinar la competencia del tribunal”⁵²

En “Ricci, Oscar Francisco Augusto v. Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente ley 9688”⁵³ (1988), en atención a la índole de los derechos fundamentales involucrados y a que el Tribunal ya se había pronunciado anteriormente declarando la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso en estudio, admite la Corte la interposición del pedido de parte de declaración de inconstitucionalidad en ocasión de expresar agravios (fundamento de apelación de sentencia de primer instancia), a diferencia del criterio tradicional que indicaba que debía hacerse en la primer oportunidad procesal. Esto importó que el Tribunal comenzara un lento pero progresivo camino hacia una mayor laxitud de los recaudos estrictamente formales referidos a la forma y oportunidad en que debía instarse la jurisdicción constitucional a través del planteo de la cuestión constitucional que, tradicionalmente, exigía ser puesta de manifiesto en la primer oportunidad procesal posterior a la configuración de la inconstitucionalidad (generalmente, en la demanda o su contestación).

La admisión de la tesis favorable al control *ex officio* de constitucionalidad alcanzó su punto culminante el 27 de septiembre de 2001 en el pronunciamiento recaído en la causa “Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes”⁵⁴. Sin embargo, al menos desde hacía tres lustros podía observarse en el seno del Máximo Tribunal, el surgimiento de una *opinio iuris* disidente a la clásica postura prohibitiva de “Ganadera Los Lagos”: desde 1984, los votos en disidencia de los jueces Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio comienzan a admitir sin cortapisas la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio por los jueces comenzando en “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”⁵⁵ y luego en se reiteró en plurales oportunidades⁵⁶.

En 2001, la mayoría de los integrantes del Superior Tribunal adscribe en los autos “Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes” a la postura que otrora en minoría anticiparan los jueces Fayt y Belluscio en “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”. Afianzando esta tesitura, en idéntico sentido se pronunció recientemente el Tribunal en “Banco Comercial de Finanzas S.A.”⁵⁷. Señaló el Más Alto Tribunal que el control de constitucionalidad de oficio por los jueces resulta admisible en virtud de las consideraciones que se reseñan a continuación.

⁵² “Partido Provincial Unión Santiagueña”, CSJN, 19/07/1957, Fallos 238:288, párrafo 3º.

⁵³ CSJN, R. 229. XXXI.

⁵⁴ Fallos 324:3219.

⁵⁵ Fallos 306:303.

⁵⁶ Fallos 310:1090 (disidencia de los Dres. Fayt y Belluscio), LA LEY 1987-E, 126 (voto del Dr. Belluscio y disidencia del Dr. Fayt), LA LEY 1997-C, 809 (voto del Dr. Fayt), entre otros.

⁵⁷ CSJN, 19/08/2004, considerandos 3º y 4º

(i) *Inexistencia de afectación al equilibrio de los poderes constituidos*

Sostiene la Corte que “no puede verse en la admisión de esa facultad [la de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad normativa] la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”. (considerando 9º de “Mill de Pereyra...” y, en idéntico sentido, considerando 4º de “Banco Comercial de Finanzas S.A.”).

(ii) *Mantenimiento de la presunción de validez de los actos estatales*

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

(iii) *Incoluidad del requisito de existencia de causa*

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

(iv) *Aplicación del principio iura novit curia*

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

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

2.g Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad

En el sistema de control de constitucionalidad argentino, la declaración de inconstitucionalidad, argüible por cualquier juez, carece de efectos generales, resultando sus efectos limitados *inter partes*. Esto, toda vez que la norma declarada inconstitucional no es aplicada por el juez que así lo declaró, se declara la “nulidad para el caso particular” (con efectos *ex tunc*), pero no es definitivamente excluida del ordenamiento legal, conservando la norma plena validez *extra partes*.⁵⁸

⁵⁸ Ver TOLEDO, SEBASTIÁN D., “Sobre los alcances de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad normativa”, en Doctrina Judicial, 14/7/2004.

Con asiento en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad –*iuris tantum*– de todos los actos estatales⁵⁹, cualquier juez de cualquier instancia y fuero podrá declarar para el caso particular en el que entiende la repugnancia de una o varias normas a la Constitución de la Nación Argentina, de forma tal que las mismas no se aplicarán al caso sometido a juzgamiento en virtud del principio de supremacía de la Constitución.

No debe ignorarse, por otro lado, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la Corte Suprema habrá de tener “de hecho” algún tipo de influencia en decisiones jurisdiccionales análogas posteriores ya que si bien es cierto que no cabe atribuir efecto *erga omnes* a ninguna resolución judicial, cabe reputarse que del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emana que sus fallos tienen un importantísimo valor jurídico-institucional como precedente, esto es, ya que dicho tribunal ha incorporado al derecho nacional la figura del *stare decisis* estadounidense: “Las resoluciones de la Suprema Corte sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo, y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en con formal sus decisiones a los fallos de la Suprema Corte, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría é integridad de los magistrados que la componen, y tiene por objetó evitar recursos inútiles; sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas, cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos”⁶⁰. Esta creación pretoriana que redundaba en la “fuerza ejemplificativa” de los decisorios de la máxima instancia judicial ha traído inconvenientes no menores: la razón es sencilla, ya que pocas cosas claras pueden surgir de mezclar en un mismo “cóctel” figuras tipificantes del sistema continental del *ius civile* (que es allí donde reconoce sus raíces el sistema jurídico argentino) y del sistema anglosajón del *common law* (que reconoce obligatoriedad al precedente y permite a los jueces apartarse de la letra normativa para motivar sus decisorios en razones de equidad).

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

El control de constitucionalidad argentino, entonces, –a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad– limita sus efectos al caso en el cual se ejerce. Desde la clásica regla sentada por la *Supreme Court* en “*Marbury v. Madison*” un tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, simplemente le niega fuerza legal en la controversia traída ante sus estrados. Con tal alcance, una decisión acerca de la constitucionalidad de una norma afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma⁶¹.

⁵⁹ Principio hoy fuertemente cuestionado no sólo por la doctrina, sino también por jurisprudencia cada vez más numerosa. Ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Reflexiones y perspectivas ...”, *cit.*, p.101.

⁶⁰ CSJN in re “Pastorino, Bernardo capitán de la barca ‘Nuovo Principio’ c/ Ronillon Marini y Cía.”, Fallos 25:364.

⁶¹ GUNTHER, GERALD y SULLIVAN, KATHLEEN M., *Constitutional Law, University Casebook Series, 1997, 13th edition*, pp. 26/27.

Debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica predicar la invalidez de la misma, y no su inexistencia. Esto significa que la norma se reconoce como perteneciente al sistema jurídico, pero que adolece de un defecto de incumplimiento de las normas reguladoras de producción jurídica. La norma jurídica declarada inconstitucional continúa perteneciendo al sistema hasta que sea eventualmente derogada⁶². A todo evento, podrá considerarse, con Bulygin, que la norma inconstitucional es inválida pero permanece siendo perfectamente aplicable⁶³.

Al respecto se ha afirmado que en el sistema argentino la norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó (esto, conforme el viejo apotegma del paralelismo de las funciones que predica que sólo puede eliminar o modificar una norma el órgano que la creó)⁶⁴: el Poder Judicial se limita a no efectivizarla en el expediente específico donde se la haya objetado por inconstitucional, y siempre que ese cuestionamiento haya sido aceptado por el tribunal del caso, pasando su pronunciamiento en autoridad de cosa juzgada. Dicho esquema tiende a preservar el principio de división de los poderes. En resumen, al menos en sus aspectos formales, el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es relativo, *inter partes*, y no *erga omnes*⁶⁵.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que, en el marco de los planos teórico y normativo, las atribuciones de los jueces de la Nación en su potestad de jurisdicción constitucional resultan de alcance estrictamente limitado al caso específico en que se ejercen. En sentido congruente con la hipótesis de trabajo propuesta, es dable proponer que resulta repugnante al esquema político e institucional diseñado por la Constitución de la Nación Argentina pretender extender los alcances de una declaración de inconstitucionalidad más allá de tal cota, al menos dentro del marco normativo vigente.

3 Actualidad jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad

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

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

⁶² “la declaración de inconstitucionalidad respecto de un caso individual no altera de modo directo su pertenencia o no pertenencia al sistema” (ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, “Inconstitucionalidad y derogación”, Revista *Discusiones* N° 2, 2001, p. 47).

⁶³ Bulygin considera que la norma inconstitucional no pertenece a ningún sistema del orden jurídico (ya que la constitucionalidad no depende de una declaración jurisdiccional), pero que, hasta tanto no sea derogada resultará aplicable por los jueces (BULYGIN, EUGENIO, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, Revista *Doxa* N°9 - 1991, p. 262 – Disponible en línea en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>).

⁶⁴ Bidart Campos considera que una eventual declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* por parte de los tribunales no entraría en conflicto con este principio, ya que éste resulta aplicable siempre y exclusivamente cuando las normas han sido dictadas conforme las previsiones constitucionales que reglamenten su dictado, tanto en los aspectos formales como materiales. Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El derecho ...*, cit.

⁶⁵ Ver SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso Extraordinario*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I, pág. 156.

2. “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”⁶⁶: la Corte Suprema morigeró notablemente la restrictividad que importa la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales al avocarse al estudio de constitucionalidad de una proposición normativa introducida por el constituyente derivado.

3. “Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”⁶⁷: la Corte Suprema no sólo se limitó a declarar inaplicable una norma, sino que fue más allá y “creó” en sentido positivo una proposición normativa, sustituyendo la norma inválida y ajustando el sistema normativo infraconstitucional a los requisitos de coherencia constitucional. Parecería que en este precedente la Corte falla una sentencia manipuladora análoga a las *sentenze manipolatrici* italianas, que son aquellas que modifican el alcance normativo de un determinado texto, particularmente en este caso, operando positivamente, a través de la introducción de normas diferentes a las expresadas en el texto normativo, es decir, ejerce el tribunal una función “paralegislativa”. Creemos no estar exagerando con esta categorización: la jurisprudencia sentada no sólo fue de inmediato aplicada por los tribunales laborales, sino que, a pocos meses de su dictado la autoridad tributaria nacional emitió un dictamen técnico referido a cómo debía tratarse impositivamente a esta nueva escala indemnizatoria, identificándola en tal sentido con aquella que prevé expresamente la Constitución de la Nación Argentina.

4. Asimismo, en “Vizzotti” (junto con otros precedentes), también, aparece con meridiana claridad un abandono de la consagrada tesitura de la Corte Suprema que entendía que los jueces no deben adentrarse en cuestiones de “oportunidad, mérito o conveniencia”, avanzándose en la descalificación de una previsión normativa basada en criterios de equidad y de técnica legislativa, más que en la mera validez constitucional formal. A contrario sensu, dos años antes el mismo tribunal había reiterado en “Gorosito c/ Riva S.A. y otro”⁶⁸ el principio de que la impugnación de inconstitucionalidad de un régimen legal no es pertinente cuando lo que se pretende con ella no es la inaplicación de dicho régimen sino la reimplantación del que quedó derogado.

5. “Itzcovich c/ Estado Nacional”: en un fallo de 2005 donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Solidaridad Previsional que imponía un recurso ordinario y obligatorio en causas de jubilaciones por ante la Corte Suprema de Justicia; su único sentido, en verdad, era utilizar al sistema judicial como herramienta para posponer los pagos al dilatar la firmeza de las decisiones condenatorias contra el Estado. La resolución del Tribunal ha permitido que el mismo no se vea innecesariamente obligado a tratar causas de derecho común que implicaban un 35% de las causas que a esa instancia llegaban con lo que se logrará un parcial alivio de la desmesurada carga del Tribunal. Otra característica saliente de este fallo es que su redacción prácticamente en tono de acordada y el hecho inusual de que el tribunal dispuso su publicación en el Boletín Oficial a los efectos de que fuere conocido públicamente para que sus efectos alcanzaren efectos más amplios que los limitados al caso concreto, demuestra que se han comenzado sólidos pasos hacia la consolidación de los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de la Corte Suprema.

6. “Mill de Pereyra” – “Banco Comercial de Finanzas”: como se comentó, la Corte Suprema –contrariamente a su doctrina centenaria– admitió la posibilidad de que los jueces

⁶⁶ CSJN, 30/4/1998.

⁶⁷ CSJN, 14/09/2004.

⁶⁸ CSJN, 1/2/2002.

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

7. “*Per saltum*” la Corte Suprema ha comenzado a admitir que en ciertas circunstancias donde la gravedad institucional es manifiesta, se requiere su intervención con mayor inmediatez, a los efectos de evitar la proliferación de los efectos dañosos del estado de incertidumbre constitucional⁶⁹. Este instituto resulta en términos teóricos un avance en pro de una plena y efectiva jurisdicción constitucional, aunque en la práctica ha sido utilizada por una mayoría del tribunal adicta al poder ejecutivo de turno y para beneficiar los intereses de éste.

8. Si bien no es resultado de la actividad judicial, es dable resaltar la aparición de una conformación más calificada y menos política del tribunal: la democracia argentina tiene escasos 23 años de consolidada, en este proceso de consolidación se han visto notables manipulaciones por parte de los poderes político-partidarios en la determinación de la composición del tribunal (ergo en sus decisiones), tanto en lo que respecta a quiénes son sus miembros, como a cuántos son sus integrantes: a tal punto ha llegado esto que se consideró que la conformación de la Corte Suprema durante casi toda la década de 1990 ha tenido como resultado la existencia de una “mayoría automática” (de 5 miembros, sobre el total de 9) que respondía casi ciegamente a los intereses del Poder Ejecutivo, más que a criterios o convicciones jurídicas⁷⁰. Tratando de no pecar de entusiastas, en las últimas designaciones de miembros de la Corte, se ha determinado una conformación algo menos político-partidaria y más técnica y basada en la idoneidad de los juristas. Aún queda mucho por recorrer...

9. En “Méndez Valles, Fernando c. Pescio, A.M.”⁷¹ (1996), la Corte Suprema admite que la aplicación de tratados internacionales de cualquier naturaleza es competencia del Poder Judicial de la Nación y el cuestionamiento de su validez o de cualquier inteligencia o derecho de ellos emanados puede ser causal de interposición de recurso extraordinario federal, para suscitar la intervención de la Corte Suprema como última instancia jurisdiccional constitucional.

10. Protección amplia de los derechos fundamentales: numerosos fallos del último lustro demuestran que la Corte Suprema busca asumir un rol de activo garante de los derechos fundamentales.⁷²

⁶⁹ Ver HARO, RICARDO, “El ‘per saltum’ en la justicia federal argentina”, disponible en línea en: www.acader.unc.edu.ar/artpersaltum.pdf.

⁷⁰ Zaffaroni afirma que “En nuestra Corte Suprema ... en los casos que han interesado directamente al Poder Ejecutivo siempre ha habido una mayoría automática de cinco ministros votando de acuerdo con el punto de vista presidencial: justamente se trata de los cinco jueces nombrados por el actual presidente. Esta no es la usual división ideológica de los tribunales constitucionales del mundo, sino una división partidista que, como se ha visto, no es la forma de ejercicio de poder político propia de los jueces que controlan la constitucionalidad. ...Pero lo más grave es que esta mayoría automática de la Corte ha hecho expresa renuncia del control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo.” (ZAFFARONI, EUGENIO R., “El control de los actos de gobierno”, Diario La Nación del 23 de junio de 1998)

⁷¹ LL, 1996-C, 501

⁷² Ver claras muestras de esta tendencia en lo resuelto en “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete)” (CSJN, 14/06/2005) y “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros” (Fallos 327:3312)

11. ¿Hacia una Corte Constitucional? La Corte Suprema ha comenzado a mostrar algunos indicios de su voluntad de constituirse en tribunal constitucional pretorianamente: en 2005, en la causa “CELS” se autodenominó como “corte constitucional”, huelga explicar la trascendencia de la opción terminológica de los magistrados. Por otro lado, en octubre del mismo año, el tribunal dejó dicho que aún no había llegado a un decisorio sobre el mentado “corralito” argentino ya que aún no se había arribado a un consenso amplio sobre el tema, para decidir con efectos generales, podemos agregar.

Desde ya, debe señalarse que el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina amplió notablemente las fronteras de la jurisdicción constitucional en Argentina y sentó las bases de la evolución pretoriana que se daba hasta dicho momento y que va reconociendo un avance apoyado en los sólidos pilares normativos (si bien, avance en exceso moderado, considerando la fuerza y normatividad del nuevo artículo).

4 Algunas propuestas de *constitutione ferenda*

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

Algunas propuestas de *constitutione ferenda*⁷³ que nos permitimos realizar como necesarios avances que los operadores jurídicos habrían de considerar para un desarrollo adecuado y sustentable del instituto jurisdiccional constitucional argentino:

1. **Plena justiciabilidad de todos los asuntos que fueren llevados a estrados constitucionales:** el estado constitucional de derecho exige el abandono de la doctrina pretoriana que afirma la existencia de cuestiones políticas no judiciales. Debe tenerse presente que no existen constitucionalmente cuestiones que estén exentas de la autoridad de los magistrados: como bien decía el Juez Varela a fines de siglo XIX, cuando la Constitución refiere a “todas las causas” no deja lugar a dudas o a interpretaciones ambiguas, no existen causas o cuestiones que, llevadas a estrados judiciales por instancia de parte, estén fuera del ámbito de competencia de los magistrados, revalidándose el carácter político de la función judicial dentro del esquema constitucional. Ignorar esto y excluir materias del control de constitucionalidad no implica sino una desvirtuación de la garantía jurisdiccional de la Constitución.
2. **Creación de salas en el ámbito funcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:** para la especialización de ellas en Sala de Casación por un lado y Sala Constitucional, por el otro⁷⁴. Esto permitiría una mayor especialización y desvinculación de las temáticas de derecho común con la constitucional; es, quizás, un paso obligado para lograr que la Corte Suprema Argentina sea un verdadero tribunal constitucional. La conformación de una Sala de Casación en el seno de la Corte Suprema argentina resulta requerida para la avocación a las causas que llegan a esa instancia en virtud de la causal de la arbitrariedad de

⁷³ Nos referimos nuevamente a la constitución material ya que, como se verá, mucha de las proposiciones que se esbozan podrían realizarse por vía pretoriana o legal.

⁷⁴ Afirma Sagüés que “Normativamente, la Constitución no prohíbe ni promueve la división en salas” SAGÜÉS, NESTOR P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 511. Por su lado, Germán Bidart Campos opinaba que “la Corte no puede ser dividida en salas” *El derecho constitucional del poder*, TII, GBC, 1967, Ediar, p.223.

sentencia: la naturaleza casatoria de la jurisdicción requiere una formalización de, cuanto menos, el efecto ejemplar de las sentencias de la Corte lo que, de suyo, habría de redundar en una disminución del aluvión de causas que llegan anualmente al tribunal.

3. **Uso racional del writ of certiorari** previsto en el artículo 280 CPCCN: se resalta lo imperioso de la necesidad de alivianar el cúmulo de causas que llegan a la Corte, último intérprete constitucional, para lograr una racional administración de la jurisdicción constitucional. Si bien parece una verdad de Perogrullo, vale recordar con Lynch que *“si la Corte está abrumada de trabajo no puede cumplir correctamente con sus funciones primarias. Corresponde quitarle trabajo superfluo o que no le corresponde, especialmente el derecho común ... para concentrarla en su función esencial”*⁷⁵. Es por esto que el tribunal argentino habría de imitar a su par norteamericano que ha limitado considerablemente en los últimos tiempos el cúmulo de causas que admite en análisis de jurisdicción apelada extraordinaria, a los efectos de permitir una administración de justicia constitucional más eficiente y especializada.
4. **Extensión de efectos erga omnes de declaraciones de inconstitucionalidad:** entendemos conveniente sincerar de una vez y para siempre el real papel que las sentencias del Supremo Tribunal ejercen en el ámbito de la práctica forense. Este sinceramiento que se propone tendría inmediatos efectos benéficos en el ámbito de la justicia constitucional argentina ya que permitiría la aplicación de los criterios interpretativos del Más Alto Tribunal a aquellos casos con sustentos fáctico y jurídico similares a aquellos del caso en que la resolución concreta tuvo lugar, permitiendo así el ahorro de un dispendio jurisdiccional enorme implicado por la necesidad de reiteración de criterios ya fijados.⁷⁶ Téngase presente, para comprender más cabalmente la relevancia de lo expuesto que entre fines de 2001 y 2002 una cifra de aproximadamente 120.000 acciones de amparo fueron interpuestas contra ciertas disposiciones normativas referidas al tratamiento de los depósitos bancarios de los habitantes, casos que tienen idénticas sustanciaciones fácticas y jurídicas y que, tal como está configurada el esquema procesal constitucional argentino a la fecha, deberían terminar siendo resueltos todos y cada uno de ellos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la extensión de los efectos de las sentencias de constitucionalidad que aquí se propone, permitiría evitar dicha innecesaria y contraproducente circunstancia. Respecto a si la mencionada extensión de efectos de las sentencias de constitucionalidad requiere para su implementación de una reforma constitucional o alcanzaría con una implementación por la vía legislativa, si bien parecería asistir razón al Maestro Bidart Campos cuando afirmaba que la vía legislativa sería suficiente, entendemos que una decisión constituyente redundaría en una apoyatura sustancial a la legitimidad del instituto. Podría pensarse la posibilidad de que se extendiera este efecto exclusivamente a las resoluciones tomadas por cierta mayoría calificada, tal como es el caso mexicano.

⁷⁵ LYNCH, HORACIO M. “Cambios en la Corte Suprema: enfoques del siglo XXI”, en La Ley, 30 de julio de 2003.

⁷⁶ Ver EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO J., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR (coord.), *Tribunales y justicia constitucional – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ – UNAM, México, 2002, pp. 165 y ss.

5. **Implementar una acción directa de inconstitucionalidad pura**, entendiendo por tal una acción de inconstitucionalidad con la que de modo directo se impugna una norma general tildada de inconstitucionalidad con legitimación para interponerla de todo sujeto que sufre agravio a un derecho o interés propios, aunque no haya recaído sobre él un acto concreto de aplicación de la norma, para lograr una sentencia declarativa sobre su pretensión.
6. **Implementar una acción popular en defensa de la juridicidad constitucional**: para asegurar el ordenamiento constitucional al tiempo que se defiende el plexo de derechos y garantías fundamentales, una vez instaurado el efecto *erga omnes* de ciertas declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional argentino y la acción directa de inconstitucionalidad pura, entendemos conveniente se avanzara en pro de la implementación de la acción popular de inconstitucionalidad en el sistema argentino, en la que cualquier ciudadano o entidad no gubernamental pudiere buscar la declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma de alcance general vigente. Se trataría de una acción de inconstitucionalidad pura ampliada por sus efectos y por la laxitud de la legitimación requerida para interponerla. Esta acción no es más ni menos que una reivindicación del derecho de todos los habitantes del suelo argentino a que se respete la jerarquía normativa de la Constitución, tal como se exige en el artículo 31 del texto constitucional.⁷⁷
7. Avanzar jurisprudencialmente en la previsión del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina permitiendo el **control de constitucionalidad de las omisiones por parte de los poderes constituidos** de mandas constitucionales que reclamarían en forma expresa actividades positivas de los gobernantes: es esta una exigencia primaria del sistema republicano constitucional⁷⁸.
8. **Implementar una vía de control constitucionalidad de los tratados internacionales en forma previa a la ratificación de los mismos**, a los efectos de evitar que, si dichos tratados fueran inválidos constitucionalmente, al serlo posteriormente a su ratificación, el Estado argentino incumpliere con compromisos ya asumidos, incumpliendo la norma fundamental del derecho internacional público (*pacta sunt servanda*)
9. **Implementar por vía legislativa de un código procesal constitucional** que prevea las vías de acceso, efectos, mecánicas y formalidades que han de observarse en la instancia jurisdiccional constitucional⁷⁹. Entendemos que el dictado de este código es necesario para estandarizar las vías de acceso a la jurisdicción constitucional, y evitar ciertas “divergencias” de aplicación por parte de los jueces a la hora de evaluar el cumplimiento de requisitos procesales para

⁷⁷ Ver la tercera parte de FERREYRA, RAÚL G., “Reflexiones ...”, *cit.*.

⁷⁸ Ver BAZÁN, VICTOR, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en *Defensa de la Constitución - Garantismo y controles - Libro en reconocimiento al Dr Germán Bidart Campos*, Victor Bazán Coord., Ediar, 2003, pp. 831-845 y, del mismo autor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171-269

⁷⁹ Puede verse un principio de intento codificador en el sentido que se propone en el “Proyecto de ley orgánica del procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación” presentado por el Diputado Nacional Jorge R. Vanossi disponible en línea en: http://www.vanossi.com.ar/actividad_leyes.asp.

instar la jurisdicción constitucional, de creación pretoriana, que a veces parecerían tener límites cambiantes ya que van mutando según el caso.

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

5 Colofón

La tendencia hacia un fortalecimiento de la defensa de la constitución a través de la jurisdicción constitucional observable a nivel mundial y, muy particularmente, a nivel latinoamericano, es indiscutible. El tema, por supuesto, no es menor: siendo que los derechos no son sino en la medida de sus garantías, podemos aventurar que sin la garantía de una jurisdicción constitucional real y efectiva, no existirá protección verdadera de los derechos fundamentales, que “armen jurídicamente” a los individuos frente al avance de los órganos de gobierno, y, entonces, lamentablemente, la constitución no será sino una mera expresión de deseos o, como afirma el Dr. Manlio F. Casarin Leon, no se tratará sino de “poesía constitucional”⁸⁰.

Nos atrevemos a afirmar que la actualidad de los mecanismos procesales constitucionales ya no permite hablar de sistemas “puros” en los sentidos tradicionales que reconocen una diádica entre sistema americano de *judicial review* y el sistema austríaco de un Tribunal Constitucional de control concentrado: como tiene dicho el Maestro Francisco Fernández Segado, puede advertirse “la existencia de una clara tendencia convergente de ambos modelos ... en el sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición”⁸¹.

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

⁸⁰ CASARÍN LEÓN, MANLIO F., discurso de apertura del Coloquio Internacional de Derecho Constitucional, Xalapa, Veracruz, México, 29 de mayo de 2006.

⁸¹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 de septiembre de 2002, pp. 33 y 34