

SISTEMAS CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Elena I. HIGHTON

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Concepto de control de constitucionalidad concentrado y control difuso.* III. *Explicación histórica.* IV. *Similitudes y diferencias entre los dos modelos institucionales.* V. *Variedad de sistemas vigentes en Latinoamérica.* VI. *El derecho supranacional.* VII. *La función de los jueces en ambos sistemas.* VIII. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y su configuración como tribunal constitucional por medio de la jurisprudencia.* IX. *Conclusión.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

La simplificación como opuestos de los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad no es del todo correcta, porque más allá de las diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad y al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucional, y una aproximación en los efectos de las sentencias.

Es decir que entre jueces constitucionales y tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables.

II. CONCEPTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO¹

Un tribunal o corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes —y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo— a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos. Pero asimismo y en general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Existen sistemas políticos, donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control *a priori*, de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional, y sistemas jurisdiccionales que reconocen opciones diversas.

Los dos modelos institucionales primarios del derecho occidental² presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

a) Por un lado está el esquema de revisión judicial o *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.

¹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2008, pp. 165-192; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 9 y 10; Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006, Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 148 y 149; Saggese, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni (en prensa); Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006, pp. 155-157.

² El sistema norteamericano o de control difuso —adoptado por la República Argentina— y el europeo continental o de control concentrado.

b) Por otro lado, se presenta el sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.

c) Pero, aparece, además, en América un tercer modelo, que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

La otra diferencia sustancial entre ambos sistemas se refiere a los *efectos de las decisiones*.

En principio: a) las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos *erga omnes* (y en muchos casos la ley declarada inconstitucional queda derogada, actuando el tribunal como un legislador negativo), b) Las decisiones de los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos *inter partes*, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso.

Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario consiste en que, si bien ambos generan y aplican derecho, el segundo sólo origina actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no elabora sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica.

Kelsen sostenía que la función del tribunal constitucional no es una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen. El Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas —la Constitución y la ley— eliminando la norma incompatible con la norma suprema mediante una sentencia constitutiva. Para Kelsen el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el legislador positivo, otro, el tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las leyes que no respetan el marco constitucional. El Tribunal Constitucional actúa así como un legislador

negativo, pues carece de la facultad de crear leyes pero, en el caso que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente. El propio Kelsen³ ha denominado a la jurisdicción constitucional como su “obra más personal”. Es sabido que el Tribunal Constitucional austriaco es el Tribunal Constitucional especializado más antiguo del mundo y ha influido considerablemente, como tal, en el desarrollo constitucional en Europa, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX. Por ello, a este modelo austriaco de examen judicial de las leyes se le designa también, sobre todo en los países romanistas, como modelo kelseniano. De acuerdo a la Constitución austriaca las sentencias tienen efectos *ex nunc* o hacia el futuro. La Carta dispone expresamente que el fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anti-constitucional, obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación, y que la anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia, plazo que no podrá exceder de un año.

En tanto en el sistema de control difuso se actúa en el problema contingente y propio que resuelve la comprobación constitucional en el circunscrito ámbito subjetivo entre partes y de ahí el efecto de la cosa juzgada, en el sistema concentrado puro la regla es la abstracción y generalidad del pronunciamiento, independientemente de la justicia del caso concreto.

Se dice entonces que habría un diverso poder de la jurisdicción. Así son los jueces quienes resuelven conflictos intersubjetivos, en un con-

³ Öhlinger, Theo, Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica, Conferencia pronunciada en el marco del congreso “Las influencias austriacas en la modernización del Derecho japonés”, Viena, 20 de marzo de 2003. Según este autor, la competencia del Tribunal Constitucional para examinar de oficio leyes que el Tribunal Constitucional tiene que aplicar en otro contexto (artículo 140 de la Constitución federal de Austria) se debe a una sugerencia de Kelsen; los políticos habían previsto sólo una legitimación activa del Gobierno federal y de los gobiernos de los Länder y habían concebido al Tribunal Constitucional como el árbitro en las controversias competenciales entre la Federación y los *Länder*. Fue precisamente esta competencia del Tribunal Constitucional la que se transformó en el motor del ulterior desarrollo de esta institución, e incluso lo transformó, de ser un mero árbitro entre la Federación y los Länder, a convertirse en un guardián de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales.

texto que no es el de las cuestiones de constitucionalidad, pues aquí se trata de interpretar lo que dice la norma fundamental frente a un acto que aparece contrario a sus estipulaciones.

Pero, en definitiva, la preocupación parece surgir a fin de desentrañar cuánto puede hacer el juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto, frente a la potestad del tribunal concentrado en una única actividad de resolver si la ley es o no constitucional.

En el sistema de control difuso, el juez tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio con respecto a la constitucionalidad de la norma. La decisión del juez ordinario es tan legítima como la decisión del Supremo Tribunal, ya que tanto el juez ordinario como el Supremo Tribunal, tiene legitimidad constitucional para tratar de la cuestión de constitucionalidad.

Y, en tal contexto, el segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque, en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

III. EXPLICACIÓN HISTÓRICA⁴

Las diferencias entre los dos modelos institucionales se deben a las distintas circunstancias históricas y a las diferentes filosofías políticas que imperaron en los Estados Unidos y en Europa en los momentos en que éstos fueron diseñados, que evidenciaban una distinta organización del Estado, y, muy especialmente, un distinto órgano en quien depositar la confianza/desconfianza.

En los Estados Unidos, existía desconfianza en el Parlamento opresor, que había dictado las leyes con que eran sojuzgados antes de la independencia.

De ahí que la confianza se depositó en los jueces. La gran confianza que existía en los jueces llevó a atribuirles el poder de ejercer el control de constitucionalidad como medio para mantener la supremacía de la Constitución. La revisión judicial surgió por la necesidad de limitar el

⁴ Saggese, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni (en prensa).

poder de las legislaturas que sólo representaban los intereses de “las mayorías circunstanciales, irracionales y apasionadas”, en perjuicio de las minorías.

La revisión judicial o *judicial review* es la doctrina de acuerdo a la cual la actividad de los poderes Legislativo y Ejecutivo están sujetas al escrutinio judicial. Los jueces que ostentan este poder pueden invalidar actos del Estado que encuentran incompatibles con la autoridad suprema de la Constitución. Esta revisión es un ejemplo del funcionamiento de la separación de poderes en un sistema en el cual el judicial es uno de los poderes del Estado o ramas del gobierno de un Estado.

El desarrollo de la revisión judicial aparecerá influido por el derecho británico.

La opresión a que se vieron sometidas las colonias por parte del parlamento inglés hizo que los colonos americanos acudieran a la tesis de Coke sobre la existencia de un *higher law* —un derecho superior a las leyes que permitía supeditar la validez de éstas a su adecuación con el primero— para legitimar la revolución.⁵

Las ideas de Coke sobre el control de las leyes conforme a un derecho superior a éstas no tuvieron éxito en Inglaterra porque a partir de la “glo-

⁵ La actuación de Edward Coke que en el caso *Bonham* afirmó la idea de que cuando un acto del Parlamento es contrario al derecho y a la razón, repugnante o imposible de ser ejecutado, el *common law* lo controlará, declarando nulo tal acto. Para algunos, Coke no pretendió construir una concepción sobre una ley fundamental superior a las leyes del Parlamento ni mucho menos implicó la posibilidad de que los jueces pudieran llevar a cabo la revisión judicial. Su aserto de que un acto del Parlamento contrario al derecho y a la razón es nulo, es consecuente con la concepción del Parlamento como Corte Suprema y último interprete de la ley; órgano al que el Rey y los jueces estaban obligados a obedecer. Es decir, las afirmaciones precedentes serían concordes con una regla de interpretación y no como sustento de la competencia de los tribunales para anular una ley.

riosa revolución” de 1688⁶ se impusieron las ideas de Blackstone de la supremacía parlamentaria.⁷

No obstante, los colonos americanos utilizaron la idea de la carta magna como un derecho que ni siquiera el parlamento podía contradecir — encargándose su cumplimiento a los jueces—, para justificar, junto con la idea *lockeana* sobre los límites del poder legislativo y el derecho a la rebelión en caso de incumplimiento de los mismos, el levantamiento con-

⁶ La Revolución Gloriosa (inglés: “the Glorious Revolution”), también llamada la Revolución de 1688, fue el derrocamiento de Jacobo II de Inglaterra en 1688 por una unión de Parlamentarios y el Estatúder Holandés Guillermo III de Orange-Nassau (Guillermo de Orange). Algunas veces también se llama la Revolución Incruenta, aunque hubo combates y pérdidas de vidas humanas en Irlanda y Escocia. Los historiadores Católicos y Toris prefieren el término “Revolución de 1688”. La Revolución constituye la última invasión con éxito de Inglaterra. Puede argüirse que el derrocamiento de Jacobo, comenzó la democracia parlamentaria moderna Inglesa: el monarca nunca volvería a tener el poder absoluto, y la Declaración de Derechos se convertiría en uno de los documentos más importantes de Gran Bretaña. La deposición del Católico Romano Jacobo II acabó con cualquier oportunidad de que el Catolicismo fuese restablecido en Inglaterra, y también condujo a la tolerancia de los Protestantes no-conformistas.

⁷ La regla “un acto imposible de ser ejecutado es nulo” aparecerá también en la obra de Blackstone -al abordar las leyes escritas- como una regla interpretativa. Esa regla no implica en sí alguna competencia anulatoria de los jueces. Al desarrollarla afirmaba: Finalmente, los actos del parlamento que son imposibles de ser ejecutados no tienen validez, y si colateralmente surgen de ellos cualesquiera consecuencias absurdas, manifiestamente contradictorias a la razón común, son, con respecto a esas consecuencias colaterales, nulos. Dejo la regla con las siguientes restricciones; si bien conozco que es generalmente dejada en términos más amplios, como que los actos del parlamento contrarios a la razón son nulos. Pero si el parlamento positivamente promulgara una cosa para realizarse que no es razonable, yo no conozco ningún poder en las formas ordinarias de la constitución que esté investido con autoridad para controlarlo; y ninguno de los ejemplos usualmente alegados en soporte de este sentido de la regla prueban que, donde el objetivo principal de un estatuto es irrazonable, los jueces estén en libertad de rechazarlo; eso sería colocar el Poder Judicial encima del legislativo, lo cual sería subversivo de todo gobierno. Pero donde algunas cuestiones colaterales surgen de las palabras generales, y sucede que son irrazonables; entonces los jueces están en lo correcto al concluir que esta consecuencia no estaba prevista por el parlamento, y por lo tanto ellos están en libertad de exponer el estatuto por equidad”. Sin embargo, aunque la idea de que los actos del Parlamento contrarios al derecho y a la razón son nulos no conlleva estrictamente la necesidad de que las cortes se encarguen de la invalidez de mérito, en Estados Unidos se pudo haber tomado prestada para explicar el instituto construido por su constitucionalismo. Por ende, el origen de la revisión judicial debe buscarse en el constitucionalismo de la nación americana que encontró su máxima expresión en el Documento Fundamental de 1787.

tra el parlamento inglés y la lucha por la independencia.⁸ Y una vez conseguida ésta, los americanos, conscientes de que el parlamento también puede ser fuente de opresión y tiranía, elaboraron un derecho superior al del parlamento y que éste debía respetar: la Constitución. Como expresó Tocqueville:

...los americanos han establecido el Poder Judicial como contrapeso y barrera al poder legislativo; lo han hecho un poder legislativo de primer orden (...) El juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que éstos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura (...) La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones sobre la Constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales.⁹

No surge de la letra de la Constitución americana, pero fue bajo el paraguas de estas ideas y circunstancias que tuvo lugar la célebre decisión recaída en el caso “*Marbury vs. Madison*” (1803), en el cual se materializó la idea sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*).¹⁰

En cambio, en Europa, y especialmente en Francia, la situación fue muy diferente. La revolución no tuvo su origen en la opresión del parlamento sino en la tiranía producida por el poder despótico del monarca absoluto y por unos jueces que no desempeñaban el papel de luchadores contra ese poder absoluto —como había sucedido en Inglaterra— sino que, en cambio, fueron partidarios, incluso más que el propio rey, del

⁸ Luego de la independencia, gran parte de la población, en especial los campesinos y los más desaventajados, se hallaban sumamente endeudados y presionaban a las legislaturas para que dictaran leyes que los exoneraran de sus deudas ante el acoso judicial que sentían por parte de sus acreedores. Así, las legislaturas comenzaron a ser permeables a los reclamos de las mayorías endeudadas y promovieron la emisión de moneda local para paliar el estado de endeudamiento, obligando a los acreedores a la percepción de sus créditos mediante esos nuevos títulos. Esta circunstancia alarmó a los conservadores y a los padres fundadores que, mediante *El Federalista*, impulsaron ideas para limitar el poder de las legislaturas.

⁹ Tocqueville, Alejandro de, *De la democracia en América*, Madrid, Imprenta de D. José Trujillo e hijo, 1854, pp. 71/74.

¹⁰ Ello independientemente de las motivaciones y contradicciones históricas o personales que hayan podido mover al juez Marshall a votar como lo hizo.

ancien régime. Los jueces estaban tan profundamente imbuidos de valores tradicionales anti-igualitarios y tan firmemente enraizados en las estructuras feudales de la Francia prerrevolucionaria que estorbaban y paralizaban reformas tan moderadas incluso como las que el rey y su corte estaban dispuestos a conceder y que —tal vez— habrían contribuido a evitar la violenta explosión de la revolución “burguesa”. Por esta razón, el control judicial siempre fue visto con desconfianza y como contrario a los principios de soberanía popular.

La teoría constitucional se fundaba en el principio de que el parlamento era soberano porque era elegido por los ciudadanos y representaba a la nación. Se consideraba a la ley como el resultado de la racionalidad del sistema político y fuente de legitimidad de la actuación de los demás poderes. Según el principio de legalidad, el juez debía someterse a la ley y limitarse a su aplicación.

Sobre todo en Francia la situación de desconfianza era generalizada, pues —como se dijo— imperaba la creencia de que los jueces eran una clase privilegiada, “sobrevivientes” de las viejas monarquías. Además, ejerció una gran influencia el pensamiento *rousseauiano* de acuerdo con el cual la ley era el resultado de la voluntad del pueblo y ello determinaba que no pudiera ser anulada o dejada de aplicar por los jueces, pues de lo contrario se les estaría otorgando a éstos un poder que excedería ampliamente sus funciones propias. Y a ello se sumó el pensamiento de Montesquieu, quien —pese a ser el mentor de la división del Estado en tres poderes independientes uno de otro— consideraba a los jueces como “simple boca de la ley”, como “seres inanimados” cuya única función debería ser la de “aplicar de manera ciega, automática y carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular”.

A partir del imperio del principio de legalidad como único criterio de identificación del derecho válido, surge el Estado de derecho legislativo. En este contexto, las normas jurídicas son válidas no por ser justas sino por haber sido dictadas por la autoridad competente. La ley era un acto normativo supremo y los jueces debían limitarse a aplicarla.

Es así que hasta la Segunda Guerra Mundial prácticamente no existió la idea de que el poder legislativo debía ser controlado por el Poder Judicial, y en algunos países como Inglaterra esa idea sigue aún vigente.

Mas las experiencias negativas de los regímenes totalitarios imperantes hasta la segunda postguerra generaron un trascendental cambio de

concepción: se abandonó la idea de infalibilidad de las leyes y se aceptó que el parlamento también podía cometer excesos. Surgió así la necesidad de limitar al poder legislativo, lo cual motivó que en las constituciones posteriores empezara a expandirse la idea del control jurisdiccional mediante la creación de tribunales constitucionales.¹¹

De esta forma, la jurisdicción constitucional de la Europa de posguerra ha demostrado ser un elemento indispensable para la creación, el mantenimiento y el desarrollo del Estado de derecho constitucional. Asimismo, la superación de los regímenes totalitarios y el retorno a los sistemas democráticos ha sido la razón de ser para la institucionalización de tribunales constitucionales que supervisarán la conformidad de las leyes con la Constitución. Mientras que la IV República francesa se limitó a un mero gesto, las constituciones austriaca, alemana e italiana hicieron serios intentos en tal sentido, creando tribunales especiales con la exclusiva competencia de ejercer el control de constitucionalidad.¹² Estos países abiertamente profesaron ver en sus tribunales constitucionales y, en especial, en su principal función de controlar la constitucionalidad de las leyes, un instrumento de fundamental importancia para protegerse a sí mismos contra el retorno del mal: los horrores de la dictadura y la consiguiente conculcación de los derechos humanos fundamentales por legisladores serviciales a los regímenes opresores.¹³

En consecuencia, después de la segunda posguerra, y como resultado de la disminución de la confianza en el legislador producida por la experiencia del régimen nacionalsocialista, el control judicial de constitucionalidad de las leyes adquirió un rol preponderante.

¹¹ Mientras el sistema de control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos sirvió como modelo especialmente para las constituciones latinoamericanas del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, en las nuevas Constituciones dictadas a partir de la segunda mitad del siglo XX se reconoce la influencia de la jurisdicción constitucional concentrada y especializada europea.

¹² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 316; Cappelletti, Mauro, "El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, Madrid, enero-febrero de 1980, pp. 66-76, observa que también Francia está adoptando un sistema de control judicial, aunque poco a poco y de modo parcial y a menudo contradictorio, y menciona los tres hechos que considera determinantes de este cambio.

¹³ Cappelletti, Mauro, *The Significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World*, Ius Privatum Gentium, Festschrift Max Rheinstein, Mohr, Tübinga, 1969, pp. 150 y 151, 158 y 159.

En suma, de mutar la antigua confianza en desconfianza hacia los parlamentos absolutos, se desprende el surgimiento de los tribunales constitucionales europeos.

La jurisdicción constitucional de la Europa de posguerra ha demostrado ser un elemento indispensable para la creación, el mantenimiento y el desarrollo del Estado de derecho Constitucional. La superación de los sistemas totalitarios y el retorno a los sistemas democráticos han sido la razón de ser para la institucionalización de tribunales constitucionales, siendo el alemán y el español claros ejemplos de ello. Los tribunales constitucionales de estos dos países han ejercido en los últimos años una enorme influencia en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica.

Pero también estos cambios ocurridos en Europa motivaron un creciente interés por el derecho constitucional americano, que hacía ya muchos años había advertido los peligros de una tiranía mayoritaria y por esa razón había desarrollado un sistema de control judicial para evitar tales excesos. De este modo, se ha producido un acercamiento de las posiciones entre el constitucionalismo americano y el europeo.

IV. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS MODELOS INSTITUCIONALES¹⁴

La evolución ha dado lugar a algunas novedades modificatorias de la proposición primigenia.

Aunque esto no significa que hayan dejado de ser lo que son, ni que hayan perdido sus características básicas, pese a las diferencias, los sistemas de control de constitucionalidad ya no son tan puros, son porosos, y en su largo desarrollo han ido suscitándose diferentes cambios y transformaciones e influencias recíprocas.

La doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas y advierte cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro.

¹⁴ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2008, pp. 165-192; García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *La Ley*, 1998-E, 1175.

Por ejemplo, la generalidad y abstracción del Tribunal Constitucional se abandona en Italia, donde la intervención deviene incidental y para resolver un caso concreto. En España, inclusive, la posibilidad del amparo constitucional trae cierta ordinarización a la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, hasta el punto de provocar ciertas fricciones entre las potestades del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

El llamado *modelo americano* queda confinado al sistema constitucional de Estados Unidos de América y Argentina. En el resto de los países se han ido dando sistemas mixtos, y con múltiples variantes, pues salvo los principales países creadores de los modelos originales, los mixtos se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad, resultan recogiendo aspectos de esta última y dando nacimiento a sistemas bastante diferenciados. Y aparecen tribunales constitucionales de última instancia interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común.

V. VARIEDAD DE SISTEMAS VIGENTES EN LATINOAMÉRICA¹⁵

En diversas variantes se ha establecido el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose en general, poder anulatorio —en algunos países *erga omnes*— por inconstitucionalidad, a

¹⁵ Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Ábaco, 2002, t. 1, pp. 114-116; Bardelli Lartirigoyen, Juan Bautista, “El juez constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Uruguay, 2008, pp. 16-19; Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 1, pp. 149-152; Sagüés, Néstor Pedro, *Regional Report Latin America*, Konrad Adenauer Stiftung-Max Planck Institut, inédito; Marinoni, Luiz Guilherme, *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008, pp. 18-86; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2008, pp. 165-192; Guarnizo Alfaro, Manuel Fernando, *El tribunal constitucional peruano*, *Monografías.com*; García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La jusconstitucional a finales del siglo XX*, *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, año VII, núm. 6, Palestra editores, Perú, 1998, pp. 139-154; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009; Casas, Juan A., “Control de constitucionalidad concentrado en Latinoamérica”, E.D. t. 2000-2001 p. 360; Fernández Baeza, Mario, *Voto particular respecto del proyecto de ley sobre nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Forjadores del derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

las cortes supremas de justicia o a tribunales constitucionales. Aunque no es así siempre, pues en algunos casos, la decisión de la Corte Suprema que ejerce el control concentrado sólo tiene efectos entre partes.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aún cuando sea generalmente similar al “modelo europeo” de tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general han sido las cortes supremas de Justicia las que lo han ejercido y en los casos en los cuales se ha atribuido a tribunales constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial con pocas excepciones.

Es decir, que el poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad. En América Latina el control concentrado se ha configurado en esas dos formas. Además existe una tercera forma de control concentrado que ejercen en forma paralela y exclusiva tanto la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional.

1. *Bolivia*

Bolivia tiene historia de control de constitucionalidad pues ya en 1831 se creó el Consejo de Estado con funciones de control político, pasando en 1861 a ser jurisdiccional bajo el modelo americano de supremacía de la Constitución y control difuso por parte de todos los jueces y tribunales.

En la Constitución aprobada en 1994 surgió la figura del Tribunal Constitucional, órgano destinado a ejercer el control concentrado de la constitucionalidad en ese país, aunque operativamente empezó a funcionar en 1999. Este tribunal se creó como parte del Poder Judicial, pero con independencia de todo poder constituido. Quedó desactivado por vacancias a partir de noviembre 2007.

La Constitución Política del estado del 7 de febrero de 2009 creó el Tribunal Constitucional Plurinacional que vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el res-

peto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Fue ratificada el 25 de enero de 2009 mediante referéndum popular.

Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se eligen mediante sufragio universal y el tribunal forma parte de la función judicial.

Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley y entre otras, conocer y resolver, en un sistema concentrado de única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la presidenta o presidente de la República, senadoras y senadores, diputadas y diputados, legisladores, legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

Asimismo conoce en el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales y la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

Por otra parte, toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional también ejerce jurisdicción apelada o de revisión en recursos contra resoluciones del órgano legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas; en recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución; en revisión de las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento.

Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

2. *Brasil*

El control de constitucionalidad brasileño combina el método difuso con el concentrado, estando el Supremo Tribunal Federal en la cúpula de la jurisdicción constitucional. Surgido con el nacimiento de la República, en 1889, sucedió al Supremo Tribunal de Justicia de la época imperial, aunque su predecesor carecía de tales facultades. Fue la reforma constitucional de 1965 la que introdujo la primera forma de control concentrado a propuesta tan sólo del Procurador General de la República, mas la modificación de 1988 amplió notoriamente el instituto, que recibió continuas adiciones en constituciones según texto de 1993 y leyes de 1999, hasta llegar a ser vinculante.

Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución.

En Brasil, todo juez tiene el poder-deber de negar la aplicación de una ley inconstitucional. Más precisamente, todos los jueces tienen el deber de verificar si la ley, aplicable necesariamente para la resolución del litigio, es constitucional o no. Así, el juez posee la incumbencia de apreciar la cuestión constitucional de forma incidental en el caso concreto, aunque la cuestión constitucional no haya sido invocada por la parte. Por lo tanto, cuando la alegación de inconstitucionalidad no se hace, la aplicación de la ley por el juez significa la admisión de su constitucionalidad.

Al lado del sistema de control difuso, existe el sistema de control concentrado, ejercido mediante acción directa ante el Supremo Tribunal Federal, en el cual la decisión que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene el efecto de vincular a todos los órganos judiciales, además de los órganos de la Administración. Si el juez o el tribunal, ante el caso concreto, no obedece la decisión de inconstitucionalidad, cabe “reclamación” al Supremo Tribunal Federal, en tanto el proceso, en el que fue proferida la decisión que no atendió el pronunciamiento del Supremo, no se haya extinguido. Pero la sujeción del juez ordinario sólo tiene sentido cuando, en el momento en el que pende el caso concreto, la decisión de inconstitucionalidad ya fue proferida. Si, cuando el juez singular debe ejercer su poder-deber de control de la constitucionalidad, no hay decisión del Supremo Tribunal Federal, no hay ninguna vinculación. La decisión de inconstitucionalidad, declarada por el Supremo Tribunal

—por razones de seguridad jurídica y con el voto de dos terceras partes de sus miembros, el Supremo Tribunal puede definir el momento temporal a partir del cual la decisión de inconstitucionalidad producirá sus efectos— no tiene efecto retroactivo capaz de afectar la cosa juzgada.

Están legitimados para plantear la acción directa, el presidente de la República; la mesa del Senado Federal; la mesa de la Cámara de los Diputados; la mesa de la Asamblea Legislativa; el gobernador del estado; el procurador general de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

Asimismo, puede plantearse la inversa, que es la acción directa de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, que también es de competencia originaria del Supremo Tribunal Federal. Su objeto radica en la necesidad de fijar una orientación homogénea cuando exista controversia judicial relevante sobre la constitucionalidad de cierta norma. Constituye una herramienta de estabilización y concentración de la jurisdicción constitucional, pues ante pronunciamientos contradictorios provenientes del control difuso, la decisión del Supremo Tribunal Federal tiene efectos vinculantes y termina con la divergencia de los tribunales inferiores.

La decisión en el caso concreto, después que la declaración de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal deje de aplicar la ley con el argumento de ser inconstitucional, también estará sujeta al instituto de la reclamación.

Aparte de ello se pueden presentar la acción de descumplimiento de precepto fundamental (por lesión a algún precepto fundamental) y el mandato de obligación o mandado de injunção (por falta de reglamentación que vuelva inviable un precepto constitucional).

No obstante la normativa, existen decisiones confusas sobre el entendimiento tradicional del sistema brasileño.

Aparte de la indicada competencia originaria, el Supremo Tribunal Federal conoce en recurso extraordinario, como último escalón del control difuso.

3. Chile

En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control *a posteriori* que se ejerce respecto de las leyes vigentes, siendo excepcional la previsión de un sistema preventivo, respecto de las leyes no promulgadas, mas así ocurre en Chile.

Chile incorporó el Tribunal Constitucional en 1970, por especial modificación a la entonces vigente Constitución de 1925. El tribunal fue desmantelado en 1973, por el golpe de Estado de ese año. Posteriormente, la Constitución de 1980 reprodujo la figura del Tribunal Constitucional. El modelo volvió a ser, en sustancia, el mismo de 1970, o sea, permitía la inaplicación mediante el sistema difuso ante la Corte Suprema. Pero por otro lado, el Tribunal Constitucional tenía un control constitucional de carácter preventivo, o sea, previo a la sanción.

Después de la reforma constitucional de 2005, las atribuciones del tribunal constitucional fueron ampliadas, pues al control preventivo se sumó el control represivo o *a posteriori*, por vía de requerimiento de inaplicabilidad o de acciones de inconstitucionalidad. No obstante, los tribunales ordinarios conservan importantes competencias constitucionales y pueden declarar inconstitucionales y anular preceptos jurídicos, y la Corte Suprema asume dentro de su competencia la tutela del debido proceso. Mas el Tribunal Constitucional resuelve en última instancia sobre tales autos acordados.

La Constitución es lacónica, pues sólo indica que “habrá un tribunal constitucional” sin agregar definición del órgano ni descripción de su función basal; mas la ley orgánica constitucional indica que el Tribunal constitucional es un órgano del Estado autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder.

4. Colombia

Colombia tiene una larga tradición en materia de control constitucional, la cual se remonta a 1910. La creación de la Corte Constitucional en la Constitución de 1991, implica la incorporación de un tribunal específico al que se le confía la guarda de la supremacía e integridad de la carta magna. Junto con el control ejercido por la Corte Constitucional existe el Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción en lo conten-

cioso-administrativo. Además, sigue imperando doctrinal y jurisprudencialmente la interpretación que asigna el control difuso en cabeza de todos los jueces mediante la excepción de inconstitucionalidad. Su modelo puede considerarse mixto, aún cuando con evidentes peculiaridades. La Corte Constitucional es parte de la denominada “rama judicial”.

La Constitución atribuyó a la Corte Constitucional competencias que antes tenía la Corte Suprema de Justicia. Tiene a su cargo la acción pública de inconstitucionalidad, con control concentrado de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de similar rango, pudiendo cualquier ciudadano interponer una acción popular para requerir la anulación de dichos actos estatales incluyendo por ejemplo los de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, decretos, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados; las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, es decir el control preventivo de la constitucionalidad, respecto de las leyes cuya promulgación haya sido vetada por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad; el control automático obligatorio en los casos de decretos de emergencia o de leyes aprobatorias de tratados; la revisión de las sentencias de tutela de derechos fundamentales con el fin de unificar jurisprudencia.

Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica, que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro.

Las decisiones tienen carácter *erga omnes* y producen cosa juzgada constitucional.

5. Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica es el tribunal de mayor jerarquía del Poder Judicial en Costa Rica. El tribunal tiene cuatro Salas, tres denominadas Salas de Casación y la Sala Constitucional, es decir

que Costa Rica prevé una sala especializada dentro de la Corte Suprema que ejerce la jurisdicción constitucional. La función general de las tres primeras es la de Casación; es decir, revisar fallos de Tribunales Colegiados, para ejercer sobre ellos un control de legalidad en cuanto al procedimiento como al fondo de la decisión, unificando criterios y conformando jurisprudencia. Por su parte, la Sala Constitucional no es de casación, sino que cumple una función de control constitucional.

La Sala Constitucional, en ejercicio de sus funciones, conoce y resuelve en única instancia los asuntos sometidos a su conocimiento, lo que implica que sus decisiones no admiten recurso ulterior, excepto el recurso de adición y aclaración. La Sala sólo está sometida a la Constitución, a la ley y su jurisprudencia y sus precedentes son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Las sentencias dictadas por la Sala Constitucional no pueden ser recurridas, menos revisadas, sin embargo, en la *praxis*, la Sala en uso de sus auténticos poderes pretorianos revoca y anula, con cierta frecuencia, sus propias resoluciones.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé tres mecanismos para ejercer el control de constitucionalidad: la Acción de Inconstitucionalidad, la consulta legislativa y la consulta judicial.

Por la acción de inconstitucionalidad se puede impugnar la validez de cualquier acto subjetivo de las autoridades públicas y cualquier norma, inclusive aquellas emanadas de los particulares, que violen alguna norma o principio constitucional o algún tratado vigente en la República. La inconstitucionalidad puede ser tanto por vicios materiales como procedimentales, como ocurre con las leyes que pueden impugnarse cuando hayan sido aprobadas con violación de algún requisito fundamental del procedimiento legislativo.

La consulta legislativa es el procedimiento mediante el cual al menos diez diputados pueden solicitar a la Sala, luego de que un proyecto de ley haya sido votado en primer debate y todavía se encuentre en discusión en el tercero, que se pronuncie sobre si su articulado contiene vicios o no de inconstitucionalidad. Las resoluciones de la Sala, sólo son vinculantes cuando establezca vicios de procedimiento. Se trata de un típico control de constitucionalidad *a priori*, que técnicamente integra el procedimiento legislativo.

La consulta judicial es aquélla mediante la que cualquier juez de la república puede solicitar a la Sala que se pronuncie acerca de la posible

inconstitucionalidad de una disposición que debe aplicar en la resolución de un caso bajo su jurisdicción. El dictado de la sentencia se suspende hasta que la Sala haya resuelto lo que corresponda. Los efectos de la sentencia de la Sala, en este caso, son los mismos que en una acción de inconstitucionalidad.

Además, cualquier persona puede presentar un recurso de hábeas corpus, para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente sin necesidad de que medie un asesor legal o abogado.

Por otra parte, el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales, salvo los tutelados por el hábeas corpus. Por consiguiente, este recurso procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

6. *Cuba*

La experiencia es antigua pues la Constitución de 1940 contemplaba la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como una de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, que era parte del Poder Judicial. Entre sus atribuciones, este tribunal sólo decidía en asuntos constitucionales dentro de la modalidad del sistema difuso, y lo mismo sucedía con todos los jueces del Poder Judicial, que inaplicaban normas, pero lo elevaban siempre en consulta al Tribunal de Garantías para que al final resolviese. Esto es, un control difuso en toda la escala, pero que terminaba, para su decisión final, en el más alto tribunal, en concreto, en una de sus salas especializadas que era el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Pero también existía el recurso de inconstitucionalidad, como vía de acceso directo, y que podía ser interpuesto ante el tribunal por 25 ciudadanos, en una especie de acción popular, cuando existiese agravio institucional. La sentencia que en este caso declaraba fundada la demanda, tenía efectos *erga omnes*.

El caso cubano, que se fue formando durante décadas, representa por un lado un desarrollo peculiar del sistema norteamericano y, por otro, la presencia del modelo concentrado.

Tal modelo duró hasta 1959 en que advino la revolución castrista al poder, y puede ser calificado de mixto.

La Isla, enrolada muy pronto dentro de las democracias del bloque socialista, al adoptar su nueva Constitución en 1976, se adhirió al modelo político. La constitución sufrió modificaciones, la última fue en el 2002.

El texto establece que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones, en este orden, son definitivas.

Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, entre otras, decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales.

7. Ecuador

Ecuador da nacimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, pero con funciones totalmente irrelevantes y con una composición sobre todo política. De ser el caso, el tribunal, suspendía los efectos de la ley y la remitía al Congreso, para que resolviese lo conveniente. Se trataba de un órgano político, sin ningún poder efectivo de control, sólo con funciones consultivas. Esta Carta de 1945, fue remplazada por la de 1946 que lo eliminó, y volvió al Consejo de Estado. Años más tarde, la Constitución de 1967 volvió nuevamente a crear la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales meramente consultivo, en los mismos términos de 1945.

La Constitución ecuatoriana de 1978, mantuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales, en términos similares a las anteriores. Luego sufrió una serie de modificaciones, que demostraban el interés de la élite política en hacer más efectiva tal institución.

Todos estos esfuerzos lograron en 1996 una reforma que denominó al órgano como Tribunal Constitucional, otorgándole efectivos poderes jurisdiccionales y de control.

Pero como el Poder Judicial mantuvo también determinadas competencias, el sistema se aproximó al modelo paralelo o dual, toda vez que convergieron en el mismo sistema normativo los dos modelos de control, sin fusionarse, y que obedeció en parte a la influencia externa, y en parte a la propia lógica de su desarrollo político. Dentro de este sistema Ecuador, privó de efectos retroactivos al fallo, que por sí mismo era irrecurrible. Pero desde la fecha de publicación en adelante tenía efectos derogatorios.

En Ecuador existieron cambios políticos y mediante Consulta Popular realizada el 15 de abril de 2007, se convocó a una Asamblea Constituyente a fin de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado; la Asamblea Constituyente elaboró el proyecto de nueva Constitución de la República del Ecuador y el de Régimen de Transición, que fueron aprobados mediante referéndum efectuado el 28 de septiembre de 2008; así, la Disposición Derogatoria de la Constitución, dejó sin efecto expresamente la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, estableciéndose una Corte Constitucional para el Periodo de Transición, como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, que reemplazó al Tribunal Constitucional de la derogada Constitución de 1998. En el régimen definitivo, se prevé su reemplazo por una Corte Constitucional.

En el periodo intermedio, el tribunal de transición decidió asumir la calidad de magistradas y magistrados y ejercer las atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás normas secundarias confieren a la Corte Constitucional, hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y la ley; regular el trámite de los procesos constitucionales relacionados con las garantías de los derechos, así como las demás atribuciones de la Corte Constitucional, hasta que se expida la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad; disponer que los procesos constitucionales que hayan ingresado hasta el 19 de octubre de 2008, y que se encuentren pendientes de despacho, seguirán sustanciándose y concluirán de conformidad con las normas de la Constitución de 1998.

8. *El Salvador*

Ya en la Constitución de 1939 se contempla el control difuso de constitucionalidad, pues se establece la facultad de los tribunales de inaplicar cualquier ley o disposición contraria a la carta magna.

El Salvador fue el primer país en Centroamérica en adoptar el modelo de la Sala en lo Constitucional en la Constitución de 1983, actualmente en vigencia con las reformas aprobadas en el periodo de 1991 a 2003.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador es el máximo tribunal jurisdiccional del país. Está organizada en cuatro salas de las cuales una es la Sala de lo Constitucional, que conforme a la Constitución, es el único tribunal competente para conocer los demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo y hábeas corpus, y las controversias entre los órganos Legislativo y Ejecutivo. Se trata de un control abstracto.

Asimismo, el tribunal ejerce control previo durante el proceso de formación de la ley, cuando el presidente de la república considera inconstitucional un proyecto de ley y el órgano, legislativo lo ratifica.

Pero, aparte de ello existe el control difuso, pues, todo juez o tribunal ordinario goza de la potestad de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos del Estado, así como de los tratados, si son contrarios a la Constitución. El juez o tribunal ordinario a la vez que es aplicador de normas es “juez de su constitucionalidad”, ya que tiene potestad, sin consultar a nadie, de examinar si la norma a aplicar es conforme con la Constitución o no lo es. Sólo debe aplicar la que supere ese juicio y rechazará la que considere contraria a la Constitución.

9. *Guatemala*

El Poder Judicial, es ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones, tribunales de primera instancia, juzgados de paz o juzgados menores y demás juzgados que establezca la ley. La Corte Suprema de Justicia y las cortes locales manejan los casos civiles y criminales.

Paralelamente funciona una Corte de Constitucionalidad.

Guatemala es el primer país latinoamericano que creó un tribunal constitucional según el modelo europeo, paralelamente al sistema difuso, en tanto la Constitución de 1965 instauró un sistema concentrado de

control judicial que atribuyó a una Corte de Constitucionalidad, con dos peculiaridades, *a*) parte integrante del Poder Judicial, y *b*) no permanente, reuniéndose tan sólo ante algo que resolver.

Mas en la vigente Constitución de 1985 (con las reformas de 1993), se consagra la Corte de Constitucionalidad como órgano permanente, autónomo y con funciones específicas, afín a la versión concentrada.

La función esencial de la Corte de Constitucionalidad es la defensa del orden constitucional, así como la máxima autoridad en materia constitucional, y en tal cometido actúa con independencia de los demás organismos del Estado.

Pero no se puede decir que actúa al margen del Poder Judicial, pues esta Corte de Constitucionalidad se convierte en revisora, por medio de la apelación, de los fallos que den las autoridades judiciales de diversa jerarquía, pues las partes pueden plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, y el tribunal deberá pronunciarse al respecto.

El recurso de inconstitucionalidad sólo puede ser planteado por determinados funcionarios y autoridades, contra leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la corte efectos generales. La particularidad del procedimiento de la Corte de Guatemala está dada por la suspensión provisoria de los efectos de la ley o del acto ejecutivo impugnado, durante el curso del proceso, si la inconstitucionalidad es notoria y puede causar gravamen irreparable.

Existe también una función preventiva, pues puede emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; dictaminar sobre la reforma a las leyes constitucionales previamente a su aprobación por parte del Congreso, y emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

En definitiva, el tribunal constitucional conoce en grado de apelación en temas de constitucionalidad decididos por la justicia ordinaria en casos concretos, aunque entienda en primera instancia en acciones generales de inconstitucionalidad. Es decir que en la Constitución de Guatemala, el control *a priori* se acumula a los recursos *a posteriori* de control sucesivo y difuso.

10. Honduras

La Constitución Política hondureña vigente, se decretó en enero de 1982 y ha sido enmendada en múltiples oportunidades pues el Congreso Nacional ha modificado (o derogado) varios artículos y ratificado esos mismos cambios, en 22 fechas distintas. La Sala en lo Constitucional de la Corte Suprema se creó en 2000-2001.

El Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones, los juzgados, y demás dependencias que señale la ley. El conocimiento de las acciones de hábeas corpus y de amparo compete a diferentes órganos jurisdiccionales en un tipo de control difuso, pero la sentencia debe ser enviada a la Sala Constitucional en consulta. El amparo contra las leyes, tiene por objeto que se declare en casos concretos que la ley no obliga ni es aplicable al recurrente por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución.

El control judicial concentrado es ejercido exclusivamente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Conoce de los asuntos mediante una acción intentada por las personas interesadas o por vía incidental (sea por excepción o de oficio), mediante la remisión que le haga de la cuestión un juez ordinario. Las sentencias en que se declare la inconstitucionalidad de una norma serán de ejecución inmediata y tendrán efectos generales, y por tanto derogarán la norma inconstitucional, debiendo comunicarse al Congreso Nacional, quien la hará publicar en el *Diario Oficial La Gaceta*.

Cabe destacar que cuando las sentencias de las salas se pronuncien por unanimidad de votos, se proferirán en nombre de la Corte Suprema de Justicia y tendrán el carácter de definitivas. No obstante, cuando las sentencias se pronuncien por mayoría de votos, deberán someterse al Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

11. México

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra dentro del Poder Judicial.

Las trascendentes reformas constitucionales y legales de 1987-1988 y después de 1994-1995, incorporaron elementos fundamentales para la

configuración de un sistema de magistratura constitucional especializada, al haberse acercado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde un punto de vista material, a un tribunal constitucional. Con el otorgamiento a la Corte de la atribución exclusiva para conocer de las acciones abstractas de inconstitucionalidad, y la confirmación de la que ya tenía en materia de controversias constitucionales, se introdujo la posibilidad de emitir resoluciones con efectos generales futuros.

La acción de inconstitucionalidad tiene por objeto determinar si una disposición de legislación ordinaria, ya sea federal o local, es contraria a alguna disposición constitucional. A diferencia del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad únicamente puede ser promovida ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por órganos del Estado.

La acción de inconstitucionalidad da lugar a la invalidez de la disposición declarada inconstitucional. Esto no conlleva a su derogación, pues el texto de la disposición inconstitucional no es eliminado, sino que únicamente pierde su fuerza de aplicación. Las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resuelven las acciones de inconstitucionalidad son publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, a efectos de hacerlas públicas.

Posteriormente, mediante la reforma constitucional de 1996, junto con la incorporación del tribunal electoral al Poder Judicial de la Federación, se diseñan dos nuevos procesos constitucionales orientados a la materia electoral: el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, con los cuales se continuó delineando el vigente sistema de control de constitucionalidad mexicano.

México cuenta asimismo con un sistema difuso de control de la constitucionalidad.

En 1999 se verifican otras reformas constitucionales que confirman la tendencia de fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional, al establecer que las resoluciones que se dicten en materia de amparo por los tribunales colegiados no admiten recurso alguno con excepción de los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y, además, a juicio de la suprema Corte y conforme a los acuerdos generales que emita su pleno, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en este caso específico resulta procedente

el recurso de revisión, al limitarse su materia exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales; en caso contrario se desecha el recurso. Así, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión. Si bien la sentencia es relativa, es decir resuelve el caso respecto del peticionante, la jurisprudencia de la Corte es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de la República.

Es decir que actualmente la Suprema Corte de Justicia —aparte de otras competencias— cuenta con los siguientes medios para mantener el orden constitucional: *a)* acción abstracta de inconstitucionalidad, *b)* controversia constitucional, y *c)* juicio de amparo.

12. *Nicaragua*

La Constitución actual es la de 1987 reformada en 1995 y en cuanto al Poder Judicial dispone que los tribunales de justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia se integra en salas: Civil, Penal, de lo Constitucional y Contencioso-Administrativo. Hasta la reforma constitucional de 1995 que creó la Sala de lo Constitucional en el seno de la Corte Suprema de Justicia, no existía un órgano específico encargado de la justicia constitucional. Pero tal ausencia no llevaba aparejada su inexistencia ya que la Corte contaba, entre otras, con competencias de control de constitucionalidad

Por otra parte, la atribución de competencias en la materia a un órgano específico es parcial, por cuanto el Pleno de la Corte Suprema mantiene la competencia de enjuiciar, conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley. Los recursos de amparo, los tramitan y resuelve la Sala de lo Constitucional; no obstante, en cuanto a los recursos de inconstitucionalidad, la Sala instruye y proyecta estas resoluciones para que sean resueltas por la Corte Plena.

Asimismo, todos los órganos judiciales tienen la posibilidad de apreciar la inconstitucionalidad de normas, que deben aplicar. Aunque estadísticamente son muy pocos los casos en los que los órganos judiciales han hecho uso de esta facultad/obligación, el principio de supremacía constitucional lleva a que cualquier órgano judicial —en control difuso— pueda inaplicar una norma con fuerza de ley si se opone a la Constitución.

A los fines del control de constitucionalidad, el recurso por inconstitucionalidad se instituye contra toda ley, decreto o reglamento, que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano; el Recurso de Amparo se da en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de cada acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismo que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, y el recurso de hábeas corpus o exhibición personal se reconoce en favor de aquellos, cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.

Desde el punto de vista material, la declaración de inconstitucionalidad, implica la inaplicabilidad de la ley. Decreto-ley, decreto o reglamento, o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos; ello supone, en definitiva, y al menos *de facto*, que la sentencia posee efectos generales, a pesar de que se refiera la ley a inaplicabilidad en lugar de a categorías como anulabilidad o nulidad. Conviene precisar que cuando la inconstitucionalidad se aprecia en casos concretos, quedan a salvo derechos adquiridos por terceros en virtud de la norma declarada inconstitucional

De acuerdo con lo indicado, en el ordenamiento nicaragüense conviven el control directo con el control incidental. En efecto, junto a la competencia reconocida a la Corte Suprema de Justicia para conocer del recurso de inconstitucionalidad de la ley, se regula lo que denomina la inconstitucionalidad en casos concretos. De todos modos, este control incidental está sujeto, de una manera u otra, a control por parte de la Corte Suprema, lo que reduce los riesgos de discrepancias interpretativas e introduce elementos de concentración del sistema de justicia constitucional.

No sólo se abre la vía para el control de las decisiones así adoptadas, sino también para extender los efectos del caso concreto, a una oponibilidad *erga omnes*. La forma de llevar a cabo esa revisión extensiva es el control casacional al que las decisiones judiciales pueden verse sometidas; la cuestión será objeto, entonces, de análisis de la Corte Suprema, que, si confirma el juicio de inconstitucionalidad, declarará, a partir de la fecha de la sentencia, la inaplicabilidad de la norma no sólo en el caso concreto, sino con efectos generales. Además, se permite revisar las decisiones judiciales de inaplicación de una norma con fuerza de ley por

inconstitucional incluso cuando no existe posibilidad de interponer el recurso de casación. En estos supuestos, el órgano judicial que haya estimado que una ley es inconstitucional debe remitir a la Corte Suprema de Justicia su decisión para que ésta la ratifique o no en ese punto concreto y con efectos generales. Como fácilmente se deduce de lo expuesto, el control incidental de la ley se ve posteriormente filtrado por la Corte Suprema, exista o no recurso ante ella. Debe observarse, en todo caso, que, si cabe la casación, la revisión de la Corte Suprema queda a disposición de los legitimados para interponer el recurso; por el contrario, si éste no cabe, la revisión se realiza *ope legis*.

13. Panamá

En diversas variantes se ha establecido el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose en general, poder anulatorio —en algunos países *erga omnes*— por inconstitucionalidad, a las Cortes Supremas de Justicia, tal el caso de Panamá. El control de constitucionalidad es exclusivamente concentrado, y corresponde a la Corte Suprema de Justicia, la cual constituye el máximo tribunal del órgano judicial, función que ejerce privativamente y en pleno. Dicha facultad está prevista en la Constitución vigente.

A partir de la Constitución de 1941, se “estableció la guarda jurisdiccional, centralizada y plena, del ordenamiento constitucional” en Panamá. La Constitución de Panamá de 1972 (reformada en 1978, 1993, 1994 y 2004), le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la constitucionalidad de la legislación por medio de dos métodos: mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir justicia.

En la ley fundamental, se regulan estas dos vías de acceso al control, siendo ambas —la acción de inconstitucionalidad y la consulta oficial de inconstitucionalidad—, de conocimiento privativo de la Corte Suprema. De igual forma, se consagra la objeción de inexecutable y se establece que ésta también es de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

En total, dentro de su competencia se encuentran los siguientes recursos y acciones:

Recurso de inconstitucionalidad. Control directo y abstracto de constitucionalidad de actos de autoridad, con legitimación pública.

Cuestión de inconstitucionalidad. control de constitucionalidad de actos de autoridad a instancias de cualquier órgano judicial que dude de la constitucionalidad de disposiciones que deba aplicar a un asunto concreto, o a solicitud de alguna de las partes en el asunto.

Objeción de inexecutableidad. Control previo y abstracto de constitucionalidad de las leyes antes de que el Ejecutivo las sancione y promulgue. La legitimación está limitada al órgano Ejecutivo.

Recurso de amparo. Protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. La legitimación la ostenta cualquier persona que invoque interés legítimo. Aunque una gran variedad de instancias judiciales pueden conocer de amparos, sólo la Corte Suprema de Justicia conoce de aquellos interpuestos contra órdenes de hacer o no hacer procedentes de autoridades nacionales, o de autoridades con mando y jurisdicción en dos o más provincias.

Recurso de hábeas corpus. Protección del derecho a la libertad individual consagrada en la Constitución. La legitimación la ostenta cualquier persona, sin necesidad de invocar interés legítimo. Aunque una gran variedad de instancias judiciales pueden conocer de hábeas corpus, sólo la Corte Suprema de Justicia conoce de aquellos interpuestos contra órdenes de detenciones expedidas por autoridades con mando y jurisdicción nacional, o en dos o más provincias.

Acción de hábeas data. Protección del derecho de acceso a la información. Aunque una variedad de instancias judiciales pueden conocer del hábeas data, cuando el titular o responsable del registro, archivo o banco de datos tenga mando o jurisdicción en dos o más provincias o en toda la República, será de competencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

De ello se desprende que el modelo que sigue la justicia constitucional en Panamá, es el sistema concentrado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia, privativamente, dicha competencia. No obstante existir un sistema del control de la constitucionalidad concentrado, ello no implica que se trate de una jurisdicción especial o que la Corte sólo conozca del control de la constitucionalidad de las leyes. Por el contrario, a dicho tribunal, además de esta materia, le corresponde dilucidar asuntos o negocios de naturaleza civil y penal, siendo de su competencia, a su vez, el contencioso-administrativo.

Se trata, en todo caso, del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, al cual le ha sido asignada, de manera excluyente, la competencia concerniente al control de la constitucionalidad de las leyes.

El tipo de normas susceptibles de ser sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia depende del medio utilizado para acceder y ejercer este control. En ese sentido, por medio de la acción de inconstitucionalidad, se establece que la Corte podrá conocer y decidir, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma, se impugnen ante tal tribunal.

De ahí surge que las normas susceptibles de control, por medio de la acción de inconstitucionalidad, incluyen tanto actos provenientes del órgano Legislativo —leyes—, del Ejecutivo —decretos de gabinete, decretos-leyes, éstos equiparables a las leyes, decretos expedidos en el ejercicio de la potestad reglamentaria—, como del Judicial —resoluciones judiciales—, y, en fin, actos provenientes de cualquier autoridad, como por ejemplo, decretos o acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de otras entidades administrativas. Tal amplitud en cuanto a los actos o normas que pueden ser objeto del control de constitucionalidad no se da o no se produce cuando de la consulta de inconstitucionalidad u objeción de inexecutable, se trata. En efecto, en el caso de la consulta oficial de inconstitucionalidad, sólo son susceptibles de control, disposiciones legales o reglamentarias, lo que implica “que no todos los actos jurídicos pueden ser objeto de control en virtud de la Consulta sobre Constitucionalidad” —puesto que—, “solamente son dos categorías de actos jurídicos y éstos poseen, además, carácter normativo”. En lo atinente a la otra vía de acceso a la jurisdicción constitucional, la objeción de inexecutable, por medio de ésta se controlan normas jurídicas no perfeccionadas y, por ende, no vigentes, como los proyectos de leyes y de reformas constitucionales.

Tanto el control abstracto por vía de acción, como el control concreto, o sea, el promovido dentro de un proceso por vía incidental, se dan en el sistema de justicia constitucional panameño. El control abstracto se ejerce por medio de la acción de inconstitucionalidad, la cual es una de las vías de acceso a la jurisdicción constitucional, directamente ante la Corte Suprema. El control de la constitucionalidad también puede ser promovido con ocasión de un proceso, dando lugar a la consulta de inconstitu-

cionalidad. El control concreto se da cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, caso en el cual, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, correspondiéndole a este tribunal, resolver, en forma exclusiva, si la disposición legal o reglamentaria elevada en consulta es o no inconstitucional (cuando la consulta es promovida por una de las partes recibe el nombre de “advertencia de inconstitucionalidad”). Este procedimiento no prosperará, en dos supuestos distintos: *a*) cuando sobre la disposición objeto de la consulta exista ya pronunciamiento de la Corte, resultando improcedente la consulta por existir cosa juzgada constitucional o, *b*) cuando la disposición ya haya sido aplicada por el funcionario que conoce de la causa y dentro de la cual se hace la advertencia por una de las partes de la posible inconstitucionalidad. En este supuesto, se entiende que el funcionario no está obligado a elevar la consulta, aún cuando una de las partes advierta la inconstitucionalidad, puesto que, y así lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la disposición ya ha sido aplicada. Otras particularidades de este procedimiento, consisten en que, elevada la consulta a la Corte, el funcionario que la hace, continuará el curso del procedimiento hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia.

También se ha previsto el control previo o preventivo, que se ejerce por medio de la objeción de inexecutable. Este mecanismo de protección de la supremacía constitucional procede cuando la Asamblea Legislativa, insistiere en la aprobación de un proyecto de ley que ha sido devuelto por el Ejecutivo, al objetarlo por inexecutable, es decir al considerar el presidente de la República que dicho proyecto contiene vicios de inconstitucionalidad, caso en el cual, ante la insistencia del Legislativo, el Ejecutivo remitirá el proyecto objetado a la Corte Suprema, para que decida sobre su inconstitucionalidad. El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional, obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar. Se trata de un control previo, en la medida en que el acto sobre el cual recae es un proyecto de ley que aún no está perfeccionado. Además de los proyectos de ley, pueden ser objeto de control, por medio de la objeción de inexecutable, los proyectos de reformas constitucionales, que pueden ser objetados cuando se considere que su aprobación no se ha ajustado a lo establecido en la Constitución. En lo atinente al control *a*

posteriori, reparador o represivo, éste se ejerce en Panamá, por medio de la acción de inconstitucionalidad, así como por la consulta de inconstitucionalidad, aunque en este último caso, se da una peculiaridad. Así, no cabe duda de que la consulta de inconstitucionalidad procede sobre actos ya vigentes, pero a su vez, con ella lo que se persigue es evitar la aplicación de una disposición legal o reglamentaria, de cuya constitucionalidad el magistrado duda. Se entiende, así, que se previene la aplicación de un acto que puede resultar contrario a la Constitución.

La legitimación para activar el control de constitucionalidad depende de la vía de acceso de que se trate. Así, cuando se proceda mediante la acción de inconstitucionalidad, estará legitimada cualquier persona. En el caso de la consulta de inconstitucionalidad, están legitimados, tanto el funcionario que conoce de la causa, como las partes, y en la objeción de inexecutable, sólo está legitimado para promoverla el Presidente de la República.

Las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad tienen efectos generales o *erga omnes*. Son de carácter constitutivo y sus efectos en el tiempo son *ex nunc*, lo que implica que las sentencias de inconstitucionalidad en Panamá no operan su eficacia retroactivamente sino hacia el futuro. Por lo demás, se deja establecido que las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial.

14. Paraguay

En la constitución de 1992, la República del Paraguay adopta el sistema del control concentrado, en su acepción más pura. En efecto, el único órgano judicial con competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos en general, así como de sentencias judiciales, es la Corte Suprema de Justicia. En virtud de las disposiciones constitucionales, tanto la Corte Suprema de Justicia en Pleno, como la Sala Constitucional, pueden resolver sobre la inconstitucionalidad de leyes, demás instrumentos normativos y resoluciones judiciales, no existiendo otro órgano con tales potestades.

La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en la Constitución y en la ley.

El juez que, para decidir sobre la acción de amparo, debe determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, debe remitir en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta declare la inconstitucionalidad, en la brevedad posible, si la misma surge de forma manifiesta. La diligencia en cuestión no suspende el juicio, que debe proseguir hasta el trámite de sentencia. El amparo no puede promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes.

En cuanto a la distribución interna de competencia en el seno de la Corte Suprema de Justicia, la regla general la atribuye a la Sala Constitucional para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, actos normativos y resoluciones judiciales. Sin embargo, existen ciertos y determinados casos en los que la competencia para conocer sobre inconstitucionalidad es atribuida al pleno de la Corte Suprema de Justicia. Son los supuestos relativos a la inconstitucionalidad de decisiones emanadas del Tribunal Superior de Justicia Electoral, y a la inconstitucionalidad de las resoluciones emanadas del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. El fundamento surge de la trascendencia institucional y la relevancia de la temática, que amerita el estudio por parte del más alto tribunal en Pleno. Pero también, cualquier asunto iniciado ante la Sala Constitucional puede ser elevado al pleno a pedido de cualquiera de los miembros de la Corte bajo el requerimiento de ampliación de sala.

La Corte Suprema es un órgano que forma parte del Poder Judicial, y que entiende también en otras cuestiones por vía de recursos ordinarios (en materia civil y comercial, penal, contencioso-administrativa), por vía del recurso de casación o en instancia originaria.

El control de constitucionalidad puede promoverse por la vía de acción y de excepción. A estas dos vías, puestas a disposición de los justiciables que entienden vulnerados sus derechos de raigambre constitucional, se suman los mecanismos de la declaración de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la consulta constitucional.

En primer término, las resoluciones judiciales admiten el control por vía de la acción de inconstitucionalidad, es decir, mediante pretensión

autónoma dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución atacada.

Por esta vía de acción de inconstitucionalidad es posible ejercer el control sobre leyes u otros instrumentos normativos, pues se habilita en presencia de lesión de derechos legítimos originada por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación los principios o normas de la Constitución. La acción es el mecanismo más amplio de control, pues por medio de él pueden ser controlados tanto las resoluciones judiciales como los actos normativos más diversos. Se incluyen tanto los actos normativos de carácter general como aquellos de carácter particular, entendidos como tales aquellos que afecten derechos de personas expresamente individualizadas.

El escrutinio puede invocarse asimismo por vía de excepción. Pese al nombre, no es una excepción en sentido propio, como impeditivo de la pretensión del actor. La excepción de inconstitucionalidad no ataca la pretensión del accionante sino la ley o instrumento normativo en el que ésta se funda, que el excepcionante postula como inconstitucional.

El control de constitucionalidad de oficio de resoluciones judiciales, se admite exclusivamente por parte de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza.

Por último, el control de constitucionalidad puede ser provocado también por medio de la consulta constitucional, limitada a leyes o disposiciones normativas. Este mecanismo se halla previsto como facultad de ordenar de los jueces o tribunales, que así tienen la facultad de remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, una vez que el mismo se halle en estado de resolución, a fin de que el máximo órgano jurisdiccional efectúe el control de constitucionalidad, cuando a juicio del Tribunal alguna disposición normativa aplicable al caso concreto pueda ser contraria a normas constitucionales. Esta norma permite a los diversos órganos juzgadores someter a la Corte Suprema de Justicia sus dudas en contra de la constitucionalidad de determinados instrumentos legales, y permite así suscitar la cuestión de la jerarquía constitucional de las normas aplicables al caso concreto. Esto evidencia a las claras el carácter centralizado del control de constitucionalidad, porque permite a los jueces y tribunales una valoración de la norma a la luz de la jerarquía constitucional, con

el resultado de someterla al control de la Corte Suprema de Justicia en caso de que el examen en cuestión resulte negativo.

Aunque algunas interpretaciones postulan que la Constitución de Paraguay acoge ambos sistemas de privación de efectos, esto es, que el pleno de la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad para privar de toda validez jurídica a las disposiciones y actos de autoridad contrarios a lo establecido en la Constitución con efectos *erga omnes* y que el pronunciamiento de la Sala Constitucional tiene efectos para el caso concreto, la interpretación mayoritariamente aceptada es que la decisión de inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, sólo declara la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en fallo que tendrá efecto en relación con el caso concreto y que el magistrado deberá ordenar a quien corresponda que, en lo sucesivo, se abstenga de aplicar la norma jurídica declarada inconstitucional al favorecido con la declaración.

Escasos fallos decidieron en favor de la generalidad y la Corte Suprema de Justicia en su presente conformación parece haberse alejado de tal tendencia.

15. Perú

En Perú coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Se prevé simultáneamente un control judicial difuso para el caso concreto, y un control concentrado en manos de un tribunal *ad hoc* que en acción abstracta puede expulsar del sistema jurídico las normas incompatibles con la Constitución del país.

Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993.

En 1979 se elevó por vez primera a nivel constitucional el precepto de la preferencia que todo juez debía otorgar a una norma superior sobre cualquier otra de menor rango. Es decir, el control difuso. Pero al mismo tiempo, por temor a la poca iniciativa del Poder Judicial, se creó, al margen y fuera del Poder Judicial, un órgano autónomo, no profesional, que no era instancia, y que seguía el sistema concentrado europeo. Fue creado así el Tribunal de Garantías Constitucionales, de carácter permanente. Las competencias de este tribunal eran tan sólo dos:

1. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de los hábeas corpus y amparo, agotada la vía judicial.

2. Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad.

Como puede apreciarse, era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él, ya que el Poder Judicial retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales por medio del hábeas corpus y el amparo (tan sólo conocía en casación el tribunal de garantías constitucionales y en caso de resoluciones denegatorias) y el mismo Poder Judicial mantenía el control difuso y de inaplicación de normas.

Así, la jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que entonces pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales.

La vigente Constitución del Perú de 1993 mantiene en sustancia el modelo, con las siguientes variantes que no alteran su esencia:

1. Adquiere el nombre de Tribunal Constitucional.

2. Sus resoluciones no operan en casación, sino en fallo definitivo, para conocer los instrumentos protectores de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Pero, en principio, sólo para las sentencias denegatorias que se dan en tales acciones, pues el resto se mantienen en sede judicial.

3. Resuelve en exclusiva los conflictos de competencia o funciones que tengan o se produzcan en los órganos del Estado que señala la ley.

Es decir que en Perú, la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial con arreglo a la Constitución y a las leyes, y en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, en ejercicio del control difuso, los jueces deben optar por la primera. Igualmente, en cuanto a la aplicación de una norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. En cuanto a la Constitución, deben guiarse por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer el proceso Constitucional de acción popular (primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley) y los procesos de tutela derechos en primera y segunda instancia.

Además, y en sentido diverso, el Tribunal Constitucional ejerce el control de la Constitución.

Por una determinada interpretación de la Constitución pueden ser expulsadas del sistema jurídico algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales, lo cual puede originar, asimismo, la inconstitucionalidad de otras normas que se encuentren en conexión con tales leyes. Sólo el Tribunal Constitucional puede declarar lo inconstitucional en *ultima ratio*. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto pero la decisión no tiene efecto retroactivo (salvo en materia penal en tanto resulte más benigna, y en materia tributaria donde el tribunal puede determinar los efectos).

El tribunal es autónomo e independiente porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Conoce:

- En instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- En instancia única, los conflictos de constitucionales competencia, o de atribuciones,
- En última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, pues la primera y segunda instancia se sustancian ante el Poder Judicial. Asimismo conoce en las resoluciones estimatorias de derechos que se hayan expedido en contra del orden constitucional.

Respecto de decisiones de inconstitucionalidad o que asienten jurisprudencia constitucional sesiona en Pleno, respecto de decisiones desestimatorias de garantías sesiona por medio de una Sala.

El tribunal constitucional distingue entre doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes con efecto normativo. A diferencia del precedente, la jurisprudencia constitucional no hace alusión a una norma de efecto vinculante general sino a una repetición de criterios normativos contenidos en las sentencias. El tribunal ha establecido que si se desconoce la doctrina jurisprudencial procede el amparo, debido al desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial; en cambio, si se desconoce un

precedente, procede el recurso de agravio constitucional, lo cual indica que el precedente tiene efectos similares a una ley.

16. Uruguay

La Constitución de Uruguay de 1967 (con las modificaciones de 1989, 1994, 1996 y 2004) atribuye a la Suprema Corte de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales. El sistema se pronuncia, *a posteriori*, y está en condiciones de verificar el contenido y la forma de sanción de la ley.

La Corte es el único órgano, en un sistema judicial concentrado. Esta solución se ha mantenido desde la Constitución de 1934 en forma invariable.

Las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren, exclusivamente, al caso concreto, teniendo, por tanto efectos sólo en los procedimientos en los que fueron adoptados. La sentencia, ostenta efecto *ex nunc*, sólo hacia el futuro, a partir de la fecha de la demanda.

La Corte también conoce de los asuntos de inconstitucionalidad, sea mediante una acción que sólo pueden ejercer los interesados, sea mediante una incidencia planteada en un proceso ordinario.

La vía de acción se materializa en una demanda, directa, ante la Suprema Corte de Justicia. Con la misma se inicia un nuevo proceso. Debe efectuarse por escrito, indicándose, como en todas las vías, con precisión, los preceptos constitucionales que se entiende han sido violados por la ley. La norma exige una legitimación activa de interés directo, personal y legítimo. Directo significa que la lesión debe ser directamente a su persona. Personal significa que será el presuntamente lesionado el que debe presentar la acción de inconstitucionalidad, salvo, obviamente, representación. Se excluyen asociaciones intermedias, como por ejemplo los sindicatos, organización de arrendatarios, etcétera. . Tampoco podría accionar la Defensoría del Pueblo, o el Comisionado Parlamentario. Legítimo, unido a interés, refiere a una situación jurídica subjetiva habilitante para accionar.

La excepción es una vía que se interpone en un proceso que se está desarrollando y, donde probablemente, podría aplicarse la ley cuestiona-

da. Es decir, que, a diferencia del supuesto de la vía de acción, existe un juicio que se está ventilando. Planteada la inconstitucionalidad, el juez debe enviar el expediente a la Suprema Corte de Justicia la que, decidida que fuere la excepción o defensa, devolverá el expediente al juez de la causa. Una vez devuelto, el magistrado debe seguir procesando el juicio y, cuando decida, deberá tener presente la declaratoria efectuada por la Corte. La elevación del expediente tiene efecto suspensivo preceptivo de los procedimientos en que se promueve la cuestión. Pero si el petitorio hubiese sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal o existiere jurisprudencia en el caso planteado que corresponde mantener, la Suprema Corte resuelve la cuestión con prescindencia de la situación en que se encuentre el trámite respectivo.

La vía de oficio es la posibilidad que se le concede a los jueces ordinarios del Poder Judicial, y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de suspender los procedimientos y enviar el expediente a la Corte para que esta decida si la ley es inconstitucional. Es decir, existiendo un proceso que se está desarrollando, el juez llamado a fallar, tiene la duda o certeza de que la norma es inconstitucional. Pero como no está habilitado para inaplicarla directamente, y ante la falta de planteamiento del interesado, decide plantearla de oficio. El trámite es similar al supuesto de la vía de excepción.

La sentencia de inconstitucionalidad se aplica, únicamente, al caso concreto. Por ello la ley continúa vigente. Para lograr su inaplicabilidad cada afectado deberá solicitar la inconstitucionalidad del precepto correspondiente. Sin embargo, toda sentencia que declara la Inconstitucionalidad de una ley, será comunicada al Poder Legislativo o al gobierno departamental correspondiente para que tomen conocimiento de la declaración y, si lo creen conveniente u oportuno procedan a derogar la norma cuestionada.

Además, el veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. Se trata de un caso no habitual de revisión de constitucionalidad por medio del cuerpo electoral, si se realiza tal derogación invocando razones de inconstitucionalidad.

17. *Venezuela*

El sistema de justicia de la República Bolivariana de Venezuela está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados y autorizadas para el ejercicio.

La Constitución de 1999 (derogatoria de la de 1961) prevé ambos sistemas, el control difuso y el control concentrado.

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, y en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

El máximo tribunal de la República tiene competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la constitución. El Tribunal Supremo de Justicia funciona en Pleno y en diversas salas una de las cuales es la Constitucional. Entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra la de ejercer la jurisdicción constitucional, la cual será ejercida por medio de la Sala Constitucional, en tanto corresponde exclusivamente a esta Sala, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

El Tribunal Supremo de Justicia tiene la misión de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y es el máximo y último intérprete de la Constitución. En tal contexto, vela por la uniformidad en su interpretación y aplicación, y las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del Tribunal Supremo de justicia y demás tribunales de la República.

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
- Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.
- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
- Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público.
- Verificar, a solicitud del presidente o presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
- Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el presidente o presidenta de la República.
- Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
- Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer.
- Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del poder público.
- Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
- Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

En atención a estas amplias facultades, especialmente la de revisión de las sentencias dictadas por los restantes tribunales de la República, existe una única o final interpretación concentrada en la Sala Constitucional

cuando se desaplica una norma por contrariar la Constitución. Si bien el control difuso se ejerce en casos concretos, cuando la Sala Constitucional revisa las decisiones en que tal control ha tenido lugar, efectúa un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. La constitución de 1999 que creó la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, intentó colmar carencias estableciendo la facultad de la Sala para revisar las sentencias de los tribunales en las que se haga uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, lo cual evita disparidad de criterios entre los jueces sobre la compatibilidad de alguna ley con la Constitución y permite a la Sala decir la última palabra sobre este asunto. El desarrollo jurisprudencial de esta facultad la ha configurado como un control que tiene carácter de orden público y que procede, aun en ausencia de solicitud de las partes, en virtud de la obligación fijada pretorianamente a los jueces de remitir a la Sala Constitucional copia de todas las decisiones en que desapliquen alguna norma legal por estimarla inconstitucional.

La creación y funcionamiento de la Sala Constitucional han producido un efecto de concentración pues, además, sus interpretaciones son vinculantes para todos los jueces, lo cual incluye a los de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. La seguridad es garantizada con una extensa facultad de revisión de sentencias que la Sala ha asumido. No obstante que la Sala no ostenta rango superior a las restantes Salas de Tribunal, el efecto vinculante ha sometido a éstas a la revisión de sus fallos por desacato a la doctrina constitucional o graves errores de interpretación constitucional. Estas potestades han convertido a la Sala en una especie de Tribunal Constitucional.

A ello se agrega el control preventivo respecto de tratados internacionales, después de su suscripción y antes de la ratificación.

En cuanto a la eficacia definitiva de los fallos, la Sala Constitucional determina los efectos de la decisión en el tiempo.

VI. EL DERECHO SUPRANACIONAL

Justamente como lo prueba el nacimiento del sistema europeo y la actividad de las cortes y tribunales con la competencia respectiva, lo más relevante en esta materia es el cambio sobrevenido por la destacada im-

portancia de la defensa de los derechos humanos en el control constitucional de las leyes.

Por ello, la situación se ha entrelazado también con el diverso reconocimiento que se otorga en los países al derecho internacional. El derecho internacional parte de un principio fundamental: la superioridad o supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Pero todo depende del modo en que los órganos del Estado hayan establecido la integración de las normas internacionales por su derecho interno.

Las diferencias estructurales entre la organización supranacional de integración y la internacional de cooperación, determinan una diversa naturaleza jurídica de las funciones, competencias y alcances de las atribuciones.

Con uno u otro carácter y en evolución permanente, emergió con la Carta de San Francisco ese orden público mínimo y necesario, que en lo sucesivo sería garantizado por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. En el plano de lo normativo, tiene lugar el nacimiento de las llamadas obligaciones de *ius cogens*,¹⁶ cuya tuición asumiría originariamente la Organización de las Naciones Unidas.

Y en América a los fines del control de constitucionalidad, adquiere particular relevancia Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y mucho más aun, en esta especialísima materia de los derechos humanos, el mantenimiento de la cúspide de la facultad interpretativa en el orden interno o el reconocimiento de este tribunal supranacional como intérprete último y final.

VII. LA FUNCIÓN DE LOS JUECES EN AMBOS SISTEMAS

La función de los magistrados no aparece tan dispar en el control difuso o concentrado. Los jueces siempre son jueces, y tienen que decidir de acuerdo a la normativa vigente en cuya cúspide está la Constitución.

¹⁶ El *ius cogens* hace referencia a normas imperativas de derecho. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

1. *La función en el primer examen de constitucionalidad*

La interpretación de la Constitución y su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Es así siempre, pues al tener que aplicar la ley, los jueces necesariamente hacen un primer examen: si la ponderan constitucional la aplican; de lo contrario ingresan en el procedimiento propio de la declaración de constitucionalidad/inconstitucionalidad, sea su declaración (sistema difuso) o el planteo o elevación del tema al tribunal constitucional (sistema concentrado). Además, de las varias interpretaciones posibles, si es admisible, los jueces atribuyen a la norma una interpretación constitucionalmente adecuada o conforme. Lo único que les está vedado es —en el sistema concentrado— anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado exclusivamente al Tribunal Constitucional.

2. *La función de resolución del caso*

Alguna división teórica se ha visto desvaída en cierta medida, cuando desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, o por propia decisión del tribunal que limita los efectos, se pierde la resolución *in abstracto* que debía pronunciarse hacia la generalidad, para solucionar desde el caso particular. Con ello, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema difuso en la eficacia de la cosa juzgada, que en ambos casos les suele permitir relativizarla en sus efectos o anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

3. *Los efectos de la decisión del tribunal constitucional*

De acuerdo a la teoría primigenia, la decisión de los tribunales constitucionales significa una decisión que opera con efecto retroactivo al tiempo en que fue realizado el acto, inclusive en perjuicio de derechos ya asentados. Es decir que las sentencias constitucionales, propiamente dichas, son retroactivas (*ex tunc*) y generales (*erga omnes*).

No obstante la retroactividad que originariamente caracterizó el modelo, está lejos de ser general. En los hechos se la maneja con suma prudencia, y las legislaciones o las sentencias suelen establecer efectos

contrarios, o por lo menos prevenciones ante el riesgo de quebrantar la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio.

Pero también tienen hoy en día efecto positivo, en el sentido de unificación y creación del derecho desde la interpretación constitucional, permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales. Ello se acerca al efecto del *stare decisis* del sistema americano, con el relevante valor del precedente.

VIII. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA Y SU CONFIGURACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR MEDIO DE LA JURISPRUDENCIA

Cabe afirmar que cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina asume un rol institucional, fijando políticas, actúa como un verdadero Tribunal Constitucional.

Como hemos dicho, el control de constitucionalidad en Argentina es de tipo difuso, tal vez en la mezcla más explosiva que pueda imaginar un europeo, en atención a la diversidad de fuentes y de prácticas.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes* un alcance del que carece Argentina.

De todos modos, aunque en nuestro sistema el control de constitucionalidad es difuso, cuando lo ejerce la Corte Suprema —como cabeza del Poder Judicial— adquiere una dimensión diferente, pues si bien sus fallos no son obligatorios para los tribunales inferiores, lo hace en su carácter de intérprete final de la Constitución y sus decisiones tienen una indudable autoridad moral sobre los tribunales inferiores en grado. Por otro lado, los efectos de estas decisiones trascienden a las partes del litigio, precisamente por el carácter institucional de la cuestión involucrada. Y, en general —por lo menos si vuelve el tema a la Corte Suprema—, se resuelve sin más de acuerdo al precedente, entendiendo que los tribunales no pueden apartarse sin nuevos argumentos que no hayan sido considerados por la Corte.

Otro elemento importante que de algún modo contribuye también al acercamiento entre el rol de la Corte Suprema y el de los tribunales constitucionales está dado por la tendencia de la actual Corte a reducir su competencia, con el propósito de poder concentrar más su atención en

los asuntos institucionales, y, muy especialmente, por los efectos de las sentencias.

Voy a señalar algunos ejemplos de fallos que profundizan la tendencia de la Corte a convertirse en un tribunal constitucional, en diálogo con los otros poderes del Estado y con sentencias de diverso tipo que son propias de los tribunales constitucionales propiamente dichos (aditivas, sustitutivas, delegativas, diferidas, exhortativas, etcétera), en manifestación de un fuerte activismo asumido en cuestiones institucionales.

La tendencia del Tribunal a reducir su competencia quedó evidenciada en los siguientes precedentes:

1. *Barreto, 21 de marzo de 2006*

Se limitó la competencia originaria al decidirse que las acciones de responsabilidad civil contra las provincias involucran cuestiones de derecho administrativo local y, por ende, no constituyen la “causa civil” mentada en la Constitución pese a ser parte una provincia, a los fines de la competencia originaria. Se dijo que los miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de “causa civil” que se viene aplicando; que adquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado ha tenido una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha ley suprema; que frente a la impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte, se impone un nuevo y prudente examen del ámbito de aplicación que, con base en una razonable interpretación que arraigue objetivamente en el texto normativo en juego y en la amplitud de opiniones fundadas que permite se incline por la alternativa de mayor rigurosidad que, a la par de dejar en el ámbito de la jurisdicción originaria del Tribunal un núcleo de asuntos nítidamente previsto por la ley funda-

mental, permita atenderlo de modo compatible con el responsable ejercicio de otras atribuciones que hacen de modo directo a las altas funciones jurisdiccionales subrayadas con anterioridad, que de modo indelegable corresponden a este Tribunal en su condición de supremo.

2. Mendoza (Riachuelo), 20 de marzo de 2006

Se limitó la competencia originaria al decidirse que ésta no puede surgir como fruto de una acumulación subjetiva de pretensiones. En este caso, se dividió la causa y respecto de la reclamación que tenía por objeto el resarcimiento de la lesión sufrida en bienes individuales por daños a la persona y al patrimonio ocasionados como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente, se indicó que los litigios debían tramitar ante jueces de primera instancia o locales; en tanto la Corte admitió la radicación del asunto en cuanto tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva “de uso común e indivisible” configurado por el ambiente, tutela que se persigue mediante la prevención, la recomposición y, por último, por el resarcimiento del daño colectivo.

3. Itzchovich, 29 de marzo de 2005

Se redujo la competencia apelada (recurso ordinario) al declararse la inconstitucionalidad de artículo 19 ley 24.463, que establecía tal remedio contra las decisiones de la Cámara de Seguridad Social, respecto de jubilaciones. Aquí es importante destacar que uno de los fundamentos de tal declaración de inconstitucionalidad fue precisamente la necesidad de mantener a la Corte dentro de su rol institucional (además del derecho de los jubilados y pensionados de obtener una rápida solución a sus conflictos provisionales). La Corte aclaró que aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad. Manejó la pauta de la inconstitucionalidad sobreviniente en una versión morigerada.

Expresó el Tribunal al respecto que:

...esta Corte no puede negar la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido por la ley ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común.

Para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, la Corte advirtió que el pronunciamiento no despojaba de validez a los actos cumplidos, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia. A fin de evitar la retrogradación de los procesos, las causas en las que hubiera sido notificada la sentencia de Cámara, antes del momento en que el fallo quedara firme, debían continuar su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad se decretaba.

Cabe destacar que en un término menor a un mes, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26025 que derogó la norma tachada de inconstitucional.

En este mismo sentido, debe destacarse el criterio estricto con que el Tribunal está evaluando el requisito de arbitrariedad para la procedencia del recurso extraordinario.

También cabe mencionar la Acordada 4/07, que al reglamentar los requisitos del recurso extraordinario y de la queja, tiene como propósito facilitar y agilizar el trabajo del Tribunal.

Como ejemplos de fallos institucionales en los que la Corte, adoptando una posición activista, fijó políticas públicas, pueden mencionarse los siguientes:

4. *Mendoza (Riachuelo), 22 de agosto de 2007*

Aparte de haber disminuido la competencia, la Corte requirió a las empresas demandadas que informaran sobre una serie de puntos en torno a los líquidos y demás residuos que arrojan al río, si tomaban recaudos respecto a su tratamiento, así como también si tenían seguros contratados. En relación con el Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires, les concedió un plazo de treinta días para presentar un plan integrado para el saneamiento de la cuenca.

El Tribunal convocó a una audiencia pública —que se celebró durante el mes de septiembre de 2006— a fin de que las partes informaran sobre los diversos puntos que fueron requeridos.

Finalmente, la Corte dictó una resolución en la que estableció las pautas mínimas para un plan de recuperación del río Riachuelo. Este plan requiere que organismos competentes se reorganicen y cumplan con los estándares establecidos. Al mismo tiempo requiere de una conexión con los intereses específicos de las partes, para su consulta y eventualmente para establecer las bases de un acuerdo que podrá resolver el problema. La resolución describe las características que debe cumplir el plan definitivo, el control por el juez federal de sección que se determina y la participación de las demás partes (ONG constituidas en *amicus curiae*, Defensor del Pueblo). El plan, con algunas dificultades, se está cumpliendo.

5. *Verbitsky, 3 de mayo de 2005*

Una ONG ampliamente reconocida en el ámbito de los derechos humanos planteó un hábeas corpus colectivo contra la provincia de Buenos Aires en favor de todos los detenidos en comisarías e instituciones penales superpobladas, dadas las pésimas condiciones en que aquellos se encuentran, donde no se respetan sus derechos mínimos y son claramente violatorias del artículo 18 de la Constitución.

La Corte admitió el planteo expresando que aunque la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

Así, la Corte dictó una sentencia que en su parte resolutive:

- Declara que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

- Dispone que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por medio de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.
- Instruye a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.
- Ordena al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.
- Dispone que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires informe sobre las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.
- Exhorta a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
- Encomienda al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires para que por medio de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar cada sesenta días de los avances logrados.

6. *Rosza, 23 de mayo de 2007*

La Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogancias (reemplazos de jueces) aprobado por el Consejo de la Magistratura, en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento de jueces circunscrito a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial, es decir sin participación del Poder Ejecutivo y Legislativo (nominación-acuerdo del Senado). No obstante, y dado el impacto que la decisión provocaba en los procesos en curso, se estableció la validez de los actos ya cumplidos y la continuidad de los jueces subrogantes por un año, tiempo en el que debía dictarse un nuevo sistema acorde con los principios establecidos en el fallo.

En suma:

- Declara la inconstitucionalidad de la Resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación.
- Declara la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional.
- Mantiene en el ejercicio de sus cargos a quienes fueron designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales vacantes hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año.

Es decir que se decretó la inconstitucionalidad con efectos diferidos, aparte de exhortar al Poder legislativo en cuanto al dictado de una norma que supliera las necesidades y vacío normativo existente.

Cabe destacar que el último día del año otorgado, el Congreso aprobó la nueva ley de subrogancias.

7. *Badaro, 8 de agosto de 2006 y 26 de noviembre de 2007*

La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 7o., inciso 2, de la ley 24.463, dispuso que la prestación del actor se ajuste, a partir del

1o. de enero del 2002 y hasta el 11 de diciembre del 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el INDEC y exhortó al Congreso a que dicte una ley que regule las pautas que garanticen la movilidad de los haberes jubilatorios.

Se expresó como fundamento que si bien le corresponde al Congreso “fijar los incrementos, mediante las leyes del presupuesto”, éste no había cumplido con ello y esa omisión produjo, a partir de la crisis del 2002, un severo deterioro en las condiciones de vida del apelante y que los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo en la materia habían otorgado aumentos pero no habían subsanado la merma sufrida en los beneficios superiores a \$1000, por lo que el aumento resultaba insuficiente para reparar el deterioro en el patrimonio del recurrente. Los jueces concluyeron que se verificaba en el caso una lesión a la garantía prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN) ya que la prestación no había sido acompañada en el transcurso del tiempo y reforzada a medida que perdía la razonable relación que debía mantener con los ingresos de los trabajadores. Finalmente, señaló que el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional contribuiría a dar mayor seguridad jurídica y que una buena reglamentación de la misma permitiría reducir la litigiosidad en la materia.

Por unanimidad la Corte Suprema declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad provisional estipulada en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable; adoptasen las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

El Congreso otorgó un aumento a ser percibido por todos los jubilados pero no las normas que el Tribunal reclamó en la sentencia anterior, lo cual surgía del mismo texto legal aprobado por el Congreso, que ejerce por primera vez las facultades reservadas por la ley de solidaridad previsional y de tal forma establece el incremento anual de las prestaciones, pero que no contiene precepto alguno dirigido a resolver la particular situación vinculada con años anteriores. En consecuencia, en nueva sentencia y a pedido del actor, la Corte fijó el índice de ajuste.

En cuanto a la proyección de la decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, se aclaró que el fallo se limitaba únicamente al caso concreto; que no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la CN dictar una sentencia con carácter de norma general respecto de las disposiciones cuestionadas, pues ello implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le son propias. Pero también dijo la Corte que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional, que una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial, por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática.

Desde entonces, se han dictado muchísimas sentencias en el mismo sentido, así lo hacen los jueces de todas las instancias y el gobierno ha anunciado que no va a apelar ante la Corte Suprema las sentencias que se conformen al precedente.

8. *Devaluación de la moneda o pesificación*

La grave crisis económica y emergencia dictada a principios del 2002 dio lugar a cientos de miles de expedientes judiciales, en donde se cuestionaba la normativa federal de conversión de la divisa extranjera en moneda nacional.

Las causas sobre pesificación resueltas por la Corte se refieren básicamente a cinco grandes grupos: (i) deuda pública (Galli); (ii) deuda privada con garantía hipotecaria (Rinaldi, Fecred, Longobardi y otras); (iii) deuda privada sin garantía hipotecaria (no hay cabeza, son remisiones a Longobardi); (iv) imposiciones en FCI (Mata Peña), y (v) depósitos (bancarios: Massa; judiciales: EMM; mutuales: Della Ghelfa). Aún está pendiente de resolución la pesificación de las rentas vitalicias provisionales (Benedetti) y los seguros de retiro.

En líneas generales los precedentes fueron seguidos por todos los jueces del país.

10. *Capatti*

La Corte dictó una medida cautelar de prohibición de innovar ordenando a la provincia de Buenos Aires que se abstuviera de cobrar el impuesto creado por la ley 13.648 (denominado “impuesto a la riqueza” y que consistía en adicionales a los impuestos inmobiliario urbano, a los automotores y a las embarcaciones).

Poco tiempo después, la provincia dejó sin efecto este tributo.

11. *Castillo, 7 de septiembre de 2004*

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley de riesgos del trabajo en cuanto establecía la competencia de los tribunales federales para reclamos contra las aseguradoras de riesgos del trabajo.

Se declaró la inconstitucionalidad por interpretar que, si bien las normas son del resorte legislativo del Congreso de la Nación, éste no puede alterar las jurisdicciones locales, determinando la aplicación de normas comunes por los tribunales federales; que en consecuencia la asignación de la competencia federal en el supuesto no encuentra otro basamento que el mero arbitrio del legislador.

Sin problema alguno —conformándose al precedente—, los jueces provinciales de todo el país aceptaron la competencia que les era propia.

12. *Aquino, 21 de septiembre de 2004*

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley de riesgos del trabajo, en cuanto vedaba al trabajador acceder a una reparación integral de su incapacidad. Se sostuvo que la ley de riesgos de trabajo, al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a poder demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de responsabilidad civil para el empleador, cercena de manera inconciliable con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra; que es un hecho notorio que la ley de riesgos del trabajo, eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como la ley 9688, sancionada en 1915. Tal exclusión resulta censurable en la medida en que traduce el abandono de los preceptos constitucionales de protección al trabajador, que se ve pri-

vado, por su sola condición de tal, de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos que, paradójicamente, tienen expreso y especial reconocimiento en la ley fundamental y en los pactos de igual jerarquía que le acceden; que, en el ámbito de las cuestiones examinadas, el artículo 39, inciso 1, de la ley 24.557 afecta las garantías constitucionales reconocidas en los artículos 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la CN y de los tratados incorporados por el artículo 75 inciso 22, de modo que se encuentran reunidas las condiciones que exigen declarar la invalidez de la norma, como ultima ratio del orden juríEste fallo ha sido sistemáticamente seguido por todos los jueces del trabajo del país.

13. *Milone, 26 de octubre de 2004*

La Corte atenuó los efectos de la ley de riesgos de trabajo en cuanto ésta permitía a las aseguradoras abonar en cuotas, mediante una renta periódica, las prestaciones dinerarias a que el trabajador tuviere derecho. Allí se decidió que aun cuando la LRT (artículo 14.2.b) no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche, por no establecer excepción alguna para supuestos como el subexamine, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura. Frente a tales circunstancias, además, la norma consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (artículo 14 bis *cit.*), al paso que mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio.

Todos los tribunales siguen el precedente.

14. *Vizzoti, 14 de septiembre de 2004*

La Corte resolvió la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en la LCT, en relación con la base salarial de cálculo de la indemnización por despido, condenándose al empleador al pago de las diferencias derivadas de la no aplicación de dicho tope.

Allí se estableció que no resulta razonable, que la base salarial prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, “la mejor

remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”, pueda verse reducida en más de 33%. Expresamente se dijo que:

Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el artículo 14 bis de la CN, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del artículo 28 de la CN por el cual las garantías no pueden ser alteradas por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Se aclaró que la Corte no desconoce que los efectos que produzca la doctrina de estos fallos son considerados, desde ciertas posiciones o escuelas o intereses, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general, reconociendo que hay grandes críticas de que estas decisiones desincentivan las inversiones; que esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza sólo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la CN, cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aun más por los señeros aportes del artículo 14 bis y la reforma de 1994 (especialmente artículo 75 inciso 22). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la CN, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó por medio de la CN; que resulta claro que el hombre no debe ser objeto

de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la CN y el derecho internacional de los derechos humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.

También los jueces se conformaron rápidamente con esta regla de derecho.

Como consecuencia de estas decisiones, la prensa dio cuenta de que quienes sostenían la vigencia de esta normativa reconocieron que hacía tiempo que sabían que debían reformarla. Pero, a 6 años de los fallos, subsiste la laguna legislativa, con graves consecuencias económicas y sociales, ya que los empleadores y los trabajadores, o sus representantes y quienes les prestan oído en el Congreso, todavía no se ponen de acuerdo en los términos y el congreso todavía está debatiendo su reforma.

15. Simón, 14 de junio de 2005

La Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final, así como de cualquier otro acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la nación argentina.

En su calidad de miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo de Ejército Argentino y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976-1983), el imputado secuestró, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era lisiado de ambas piernas y se movilizaba en silla de ruedas, luego secuestró a la esposa (que se encontraba con la hija de ambos), quien fue capturada en su domicilio. Los secuestrados eran adherentes al grupo político "Cristianos para la Liberación". Los condujeron al centro clandestino de detención. Ya en el centro fueron torturados por Julio Héctor Simón e interrogados. Entre los métodos de tortura utilizados contra am-

bos se encontraba la “picana eléctrica”, la aplicación de golpes con elementos contundentes como palos o gomas. Durante el tiempo que duró su cautiverio fueron sometidos a vejámenes y malos tratos; por ejemplo, se les aplicaban golpes, a la mujer la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a Poblete, a quien le decían “cortito”, lo levantaban y lo soltaban desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores le impediría evitar que se golpeará contra el suelo. Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de éste, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos, y permanecía en el centro de detención en forma estable.

En el caso, la Corte estableció que queda claro que la incorporación al orden interno de los tratados de derechos humanos se hace, tal como señala la Constitución (al referirse a sus condiciones de aplicación) a cómo son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional, incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los tratados en la Constitución, incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático.

La Corte dijo que los Estados, y entre ellos la Argentina, han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participado en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos, y en el caso “Barrios Altos” vinculado con la república de Perú en el punto sobre “Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que

...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos... como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las leyes de “punto final” y “obediencia debida” carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la

investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...

De la conjunción de los principios mencionados, se determinó que toda vez que las leyes en cuestión apuntaban a procurar impunidad de los hechos por ellas contemplados, tenían vicios originarios derivados de su grave infracción tanto respecto del derecho internacional de los derechos humanos que, como dijera, forma parte de nuestra CN, cuanto de las normas de nuestro orden interno.

El precedente ha sido seguido por todos los tribunales del país y se están desarrollando los juicios por las graves violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura militar.

16. *Mazzeo, 13 de junio de 2007*

Se decidió la inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo que dispuso un indulto por el mismo tipo de delitos. Se llegó así a la conclusión de que esta Corte debía declarar que existía la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos. Se sostuvo, en síntesis, que por receptación del *ius cogens*, del contenido de todos aquellos tratados firmados por el Estado argentino y conforme a la doctrina acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no pueden quedar impunes actos aberrantes y tampoco resulta posible dictar normas internas que consagren dicha impunidad o que siquiera estorben o impidan el esclarecimiento de los hechos y el castigo de sus responsables.

Todos los jueces siguieron pacíficamente este precedente.

16. *Lavado (o cárceles de Mendoza), 6 al 9 de junio de 2006, 13 de febrero de 2007 y 20 de marzo de 2007*

La Corte Interamericana había dictado medidas provisionales, y se pidió la intervención de la corte argentina, ante la posibilidad eventual de que frente a su incumplimiento se generara la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En el caso, la Corte Interamericana dictó una resolución (22 de noviembre de 2004) que, entre otras imposiciones, requería al Estado na-

cional que adoptara de inmediato las medidas necesarias para proteger la vida de los internos y demás personas en riesgo alojadas en las unidades en cuestión; que investigara los hechos que motivaban la adopción de las medidas provisionales; que determinara las responsabilidades consiguientes, y que en determinado plazo le informara al Tribunal sobre las medidas que se hubiesen adoptado como consecuencia de su decisión.

Nuevos hechos de violencia, y la ausencia de informes por parte del Estado nacional, motivaron una nueva resolución de “medidas provisionales” (18 de junio de 2005). En esa ocasión, la Corte Interamericana reconoció que persistía una situación de “extrema gravedad y urgencia”, y dispuso reiterar al Estado que mantuviera las medidas provisionales, y disponga, “en forma inmediata”, las que fueran necesarias “para proteger eficazmente la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad en las penitenciarías de Mendoza, así como de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas”.

Finalmente, el 30 de marzo de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vio exigida a dictar un nuevo pronunciamiento del mismo tenor de los anteriores, en el que le indicó al Estado argentino que “no puede alegar razones de derecho interno (la descoordinación entre autoridades federales y provinciales) para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más”.

Al realizar la presentación ante la Corte, el accionante afirmó que ni el Estado nacional ni el provincial había tomado medidas acordes con la gravedad de la situación, y que luego de todo lo actuado se sucedieron tres nuevas muertes violentas de internos, quienes aparecieron con mutilaciones en sus cuerpos.

Nuestro fallo se fundamentó en la gravedad de la situación imperante, y en la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que podía traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las “medidas provisionales” adoptadas por ella, y su consecuente incumplimiento, razón por la cual esta Corte cumplió con el deber de adoptar medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tendieran a sostener la observancia de la CN.

En tal contexto se requirió al Poder Ejecutivo Nacional y a la provincia de Mendoza, a informar al tribunal en el plazo de quince días sobre:

- Decisiones concretas, y actos llevados a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del 2006, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de las unidades de detención de Mendoza.
- Si se llevaron a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los “jóvenes-adultos” de los “adultos”, y si se definió y concretó la separación de quienes están detenidos y procesados, de aquellos detenidos que han sido condenados.

Posteriormente, la Corte debió intervenir nuevamente. Por medio de una nueva resolución y en atención a la falta de resultados obtenidos en relación con la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo la aclaración que lo hacía frente a la reiteración de las graves situaciones que se denunciaban que no lograban ser modificadas, insistió en que la previsión contenida en el artículo 18 de la CN —en tanto establece que “...las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija...”— tiene contenido operativo; que impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de la vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral; que el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y en atención a la falta de resultados obtenidos en relación con la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ve en la ineludible obligación de:

- Intimar al Estado nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la provincia de Mendoza.
- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de contrariar el artículo 18 de la CN.

- Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos.
- Notificar con habilitación de días y horas inhábiles al Poder Ejecutivo Nacional y al señor gobernador de la provincia de Mendoza.

17. *Halaba, 24 de febrero de 2009*

Se trata de una acción reclamando inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario, en tanto autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos. El actor alegó que esa intromisión constituye violación de derechos a la privacidad y a la intimidad para los usuarios, a la par de menoscabar el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados se presentaron como *amicus curiae* adhiriendo a los planteos del actor. La impugnación del Estado nacional ante la Corte Suprema se dirigió exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* otorgado a la sentencia de inconstitucionalidad decretada en la instancia anterior.

El Tribunal afirmó que no hay en el derecho argentino una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, en defensa de derechos de incidencia colectiva, en el ámbito específico objeto de la litis; que debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos; que frente a esa falta de regulación que constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la ley suprema ha instituido, se señala que la disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia; que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer; que de tal principio ha nacido la acción de amparo; que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas

limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías; que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos.

En consecuencia, confirmándose el decisorio, se formularon algunas precisiones, respecto de la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” delineada en el fallo, hasta tanto el legislador llene el vacío.

Así, la Corte Suprema argentina creó pretorianamente la acción de clases, como 50 años antes había instituido por vía pretoriana la acción de amparo, que fuera consagrada más tarde legislativamente.

18. *Arriola, del 25 de agosto de 2009*

El Tribunal en relación con la tenencia de estupefacientes para uso personal declaró:

- La inconstitucionalidad de una disposición legal en cuanto incrimina tal tenencia para uso personal que se realice en condiciones que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.
- Exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

19. *Espósito (por el hecho cometido en perjuicio de Bulacio), del 23 de diciembre de 2004*

Bulacio era un joven de 17 años que resultó muerto tras haber sido golpeado en una comisaría.

La Policía federal argentina realizó una detención masiva o “razzia” de más de ochenta personas en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones de un estadio donde se iba a realizar un concierto de música rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría, específicamente a la “sala de menores” de la misma. En este lugar fue golpeado por agentes policiales. Los detenidos fueron liberados progresivamente sin que se abriera causa penal en su contra y sin que conocieran, tampoco, el motivo de su detención. En el caso de los menores, no se notificó al juez de menores de turno, tal como lo requería la ley y, en el caso particular de Bulacio, tampoco se notificó a sus familiares. Durante su detención, los menores estuvieron bajo condiciones inadecuadas. El joven fue trasladado a un Sanatorio. El médico de guardia denunció ante otra seccional de Policía que había ingresado “un menor de edad con lesiones” y, en consecuencia, ésta inició una investigación por el delito de lesiones. Pocos días después, el joven murió.

Con independencia de la discrepancia que los ministros de la Corte pudiéramos tener con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal valoró que el rechazo del recurso tendría como efecto inmediato y directo la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal; que ello justamente contravendría lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso “Bulacio vs. Argentina”, donde se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino —entre otros puntos— debido a la deficiente tramitación del expediente que ocupaba resolver.

La decisión internacional se había producido en el marco de un acuerdo de solución amistosa donde el Estado argentino había reconocido su responsabilidad internacional por la violación a los derechos humanos de Bulacio, derivada de un inapropiado ejercicio del deber de custodia y de una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales del personal policial actuante.

El Tribunal internacional sostuvo también que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”, de manera tal

que si se declarara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Afirmé entonces que aun cuando en la decisión de la Corte Interamericana se hubieran considerado —entre otros elementos— hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional del que no participó el acusado, resultaba un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana, en *Bulacio*, se refirió en concreto a otras formas de reparación —de índole no pecuniaria— que compete adoptar el Estado argentino frente al reconocimiento de responsabilidad efectuado (*cf.* párrafos 105, 109 y ss.), y la CSJN cumplió con el fallo.

En suma, en este caso, la Corte argentina consagró que la decisión de la corte Interamericana resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

Es decir que la Corte argentina, en el caso, hizo evidente el carácter monista del derecho argentino, con supremacía del derecho internacional al que queda subordinado el derecho nacional o interno. Y que ello debía hacerse preferentemente en especie y no por vía de la responsabilidad reparatoria de daños y perjuicios al modo de una indemnización civil.

IX. CONCLUSIONES

Todos estos precedentes demuestran que la Corte Suprema argentina actúa como un verdadero tribunal constitucional.

1. Se reivindica el rol de poder del Estado y se aclara el perfil y función del tribunal, concentrando esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas.
2. Se establece un diálogo de poderes, sea con el legislador, sea con el Poder Ejecutivo, sea con los diversos poderes provinciales, reconociendo la importancia de tender puentes interactivos con otros

poderes del Estado y ejercitando esas facultades constitucionales —a veces con efecto diferido— en sentencias declarativas, exhortativas, ordenatorias, delegativas, aditivas, sustitutivas, etcétera. .

3. Se pautan los lineamientos de cumplimiento y articulan los efectos de los pronunciamientos constitucionales.