

## 2.C.Control de Constitucionalidad:

La doctrina de la supremacía exige, para ser eficaz, la existencia de un mecanismo destinado a su defensa, sino estaríamos ante una simple afirmación teórica, sin ninguna consecuencia práctica. Ya vimos que, la idea de someter al ejercicio del poder político a normas limitantes carece de sentido sino es bajo la condición de que sus prescripciones se impongan. Lo contrario, significa validar un gobierno ilimitado y como tal, no constitucional. De forma tal, ante violación de la norma constitucional, debe estar previsto un sistema de reparación que deje de lado la violación y permita la efectiva vigencia de la Constitución.

Los constituyentes norteamericanos de 1787 discutieron una suerte de consejo de revisión preventivo, integrado por el Presidente de la República y un número de jueces. También, se sugirió remitir las iniciativas de las leyes al Presidente de la Nación y de la Corte Suprema, con facultad cada uno de ellos de vetarla. Ninguna prosperó. Finalmente, la Constitución se sancionó sin ninguna norma expresa sobre el tema.

Es en “El Federalista” donde se propondrá que la Constitución tiene ciertas limitaciones expresas que “solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”<sup>1</sup>.

Finalmente será recepcionado en el fallo Marbury: “Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir que es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre si el tribunal debe decidir acerca de su validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso,... debe determinar cual de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso...”

Europa, y en especial en Francia, va a tomar un camino distinto. La tradición veía a los jueces como pertenecientes a una clase privilegiada, y la doctrina coincidirá en el carácter administrativo del juez, sin legitimidad electoral. Rousseau ve a la ley como la expresión de la voluntad general y por lo tanto, no contradecible por el juez burócrata. Montesquieu definió al poder judicial como el “Poder Ejecutivo de las cosas atinentes a lo civil” sujeto a la voluntad parlamentaria. En consecuencia, quedó como competencia parlamentaria revisar sus propias leyes a fin de determinar su congruencia constitucional, hasta a mediados del siglo XX. Disponía la Constitución Francesa de 1791: “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legisltivo ni suspender la ejecución de las leyes” siendo castigados penalmente por el delito de prevaricato<sup>2</sup>.

Esbozado el origen y justificación del control de constitucionalidad, veamos los distintos sistemas.

### 2.C.a.Sistemas de control de constitucionalidad

Este mecanismo de control adoptado difiere en cada una de las constituciones que los países se han ido dando. Simplificando las innumerables variantes, podemos resumir en:

**Según el órgano que lo ejerce, será:**

**Control político:** son aquellos que se inspiran en aquel originario de Francia, donde el juez, designado indirectamente sin legitimidad electoral, debe aplicar la ley, expresión soberana del pueblo.

Si bien primero fueron los propios Parlamentos los encargados de su autocontrol, hoy día, este sistema, en general, está a cargo de órganos políticos especiales. Por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés<sup>3</sup>, integrado por los ex presidentes y por nueve miembros designados por el

<sup>1</sup> El Federalista, LXXVIII, Hamilton, Fondo de Cultura Económica, 2da ed., 1957, pg.331

<sup>2</sup> Constitución de 1791, t.III, cap. V, art.3ro. y C. Penal,art.127.

<sup>3</sup> La calificación de “político” es ambigua. Puede referirse a la integración, a la función o a la forma para su ejercicio.

Presidente, el Senado y la Asamblea Nacional -equivalente a nuestra Cámara de Diputados-. En algunos países, se ha establecido, conjuntamente con otro sistema, el control directo por el electorado.

Una de sus notas definitorias es que se controla antes de que la misma empiece a regir, es decir que funciona en forma preventiva.

**Control judicial:** son aquellos que confían el control a los jueces. Se distinguen dos subsistemas:

Difuso: se llama así al norteamericano, establecido por el fallo *Marbury vs. Madison*, y de allí se trasladó a muchos países.

La declaración de inconstitucionalidad, en este sistema, es inherente a la función de los jueces al momento de dictar sentencia. Por lo tanto, siempre es en el marco de una causa o juicio e impide la aplicación de la ley, a posteriori, a ese caso concreto. La declaración de inconstitucionalidad puede efectuarla cualquier juez, de cualquier fuero y jurisdicción.

En nuestro país, al igual que la constitución norteamericana, no tenía ninguna cláusula expresa sobre el tema. En base a la cláusula del art. 116 que le otorga “*el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*” la Corte Suprema tradicionalmente ha sostenido la competencia judicial en el control de constitucionalidad. Por aplicación del art. 31 CN desde un principio controló las leyes provinciales que entraban en conflicto con la norma federal y desde su fallo del 5/12/1865, decidió que “*...es elemental de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que traen a su decisión, comparándolas con el texto constitucional para averiguar si guardan a no conformidad con ella, y abstenerse de aplicarlas si la encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional...*” Así, quedó establecido jurisprudencialmente en nuestro país el control de constitucionalidad judicial difuso..

**Concentrado:** La Constitución de Austria de 1920, redactada por Kelsen, crea un órgano especial, la Corte Constitucional, con la función exclusiva y excluyente de controlar la constitucionalidad de las leyes. Se la conoce como “jurisdicción constitucional”. Es el sistema que luego adoptaron, también, Italia (1948), Alemania (1949) y España (1978).

El procedimiento de control es algo complicado y puede revestir distintas modalidades: una es que los legisladores pidan su opinión al Tribunal Constitucional en forma preventiva, y otra consiste en que cuando se plantea una cuestión constitucional en un juicio ordinario, el juez, antes de dictar sentencia, deba remitir el expediente al Tribunal Constitucional para que se pronuncie.

Entonces, aquí sólo es competente un cuerpo judicial especial, que puede o no integrar el Poder Judicial, aunque sí tiene fisonomía judicial.

**Mixto:** Tanto un Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios pueden ejercer el control, aunque cada uno por vías procesales distintas (Chile, Perú, Colombia).

### **Según quienes puedan provocar el control, los sistemas podrán ser:**

**Amplio:** Cuando puede provocarlo cualquier persona a quien la violación constitucional le produzca un perjuicio, agravio. Es típico del control judicial difuso, como en EEUU y Argentina, en el orden federal.

**Amplísimo:** Cuando está habilitada cualquier persona, sin importar que tenga algún interés que lo convierta en afectado. En nuestro país, la reforma de 1994 amplió el impulso tradicional legitimando a promover el control de constitucionalidad a las asociaciones defensoras de derechos humanos y al defensor del pueblo, mediante la acción de amparo (art.43CN); que

---

Acá es utilizada en el primer sentido, en cuanto sus miembros son elegidos por criterios políticos; fundamentalmente, que hayan sido en su momento elegidos popularmente (presidente, senador, diputados). En cuanto, a la función, siempre, en todos los sistemas, el control de constitucionalidad tiene un rol político: impedir la aplicación o la entrada en vigencia de la norma inconstitucional. Respecto a la forma, ésta puede variar. Hauriou opina que el Consejo Constitucional ejerce su rol mediante una actividad jurisdiccional. Cfr. Hauriou, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, ed. Ariel, Barcelona, 1971, pg. 640 nota 1, citado por Sagüés, Nestor Pedro, Recurso Extraordinario, ed. Depalma, Bs. As., 1984. tomo 1, pg. 33.

jurisprudencialmente ha sido extendida a la acción declarativa de certeza. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene una norma similar, pero ligeramente más amplia que la federal.

**Restringido:** Cuando el impulso solo está reservado a ciertos funcionarios: el juez, un grupo de legisladores, el presidente, el defensor del pueblo, etc. Es característico, aunque no privativo, de los sistemas de control político o el judicial concentrado.

**Según el procedimiento utilizado para ejercer el control (en los sistemas judiciales), éste podrá ser:**

**Por vía directa o de acción:** Es decir, en un proceso se persigue como, objetivo principal, obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma o acto cuestionado. Ello sin perjuicio de que, en algunos casos, la posibilidad de obtener tutela judicial presupone necesariamente la existencia de un “caso”, en el que se persiga en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.

Esta posibilidad, ha sido incorporada, desde hace un tiempo, en nuestro sistema federal, ante la posibilidad de pedir la declaración de inconstitucionalidad en la acción declarativa de certeza y el amparo.

Es aplicado por la mayoría de las constituciones provinciales, previendo una acción directa ante el Superior Tribunal provincial.

**Por vía indirecta o incidental:** tiene lugar cuando en el trámite de un proceso que no tiene por objeto principal resolver la cuestión de inconstitucionalidad se pide su declaración, como defensa y a fin de obtener sentencia sobre el objeto principal en un determinado sentido. En otras palabras, el pedido de inconstitucionalidad es una defensa procesal con el objeto que no se aplique una norma que regula el objeto principal del juicio. Por ejemplo, cuando el Estado me reclama judicialmente el pago de un impuesto, puedo resistir solicitando al juez que declare la inconstitucionalidad de la ley impositiva y sentencie en el sentido de que no corresponde lo demandado por el Estado.

**Según el efecto que la declaración de inconstitucionalidad produce, los sistemas podrán ser:**

**Erga omnes:** Cuando sus efectos se extienden a todos los casos en que la norma invalidada podría haberse aplicado; es decir, equivale a su nulificación.

**Inter partes:** La declaración de inconstitucionalidad solo afecta a las partes de la relación jurídica que dio lugar al pedido de control.

**Preventivo:** actúa antes de que la norma en revisión entre a regir.

**Reparador:** neutraliza los efectos luego de que la ley ha entrado en vigor

**Mixto:** la norma puede ser cuestionada antes y después de la promulgación.

## **2.C.b.Características del control en la Argentina.**

Entonces, las notas básicas del control de constitucionalidad en nuestro país y en sistema federal, son las siguientes:

Es **difuso**, toda vez que corresponde a todos los jueces, nacionales o provinciales, de cualquier fuero o instancia, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución, vía recurso extraordinario.

Es **reparador**, ya que la revisión es posterior a su entrada en vigencia y tiene por objeto, reparar el agravio que la violación constitucional ha ocasionado o que necesariamente va a ocasionar.

Tradicionalmente, la Corte ha exigido:

\* Que no se trate de una petición de declaración general o consulta.

\*Se debe demostrar claramente el derecho y la lesión invocada.

\*El actor debe acreditar que la violación le ocasiona perjuicio, que debe ser “personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial”<sup>4</sup> o, en otros términos, “agravio

<sup>4</sup> Causa “Prodelco c/P.E.N.” Fallos 321:1252

diferenciado respecto a la situación en que se hallan los demás ciudadanos”. No satisface el que se funda en “interés general en que se as leyes”<sup>5</sup>

\*Que el pronunciamiento judicial solicitado sea hábil para reparar el daño invocado.

En **defensivo**. Tradicionalmente sólo se aceptaba, en cuanto a las vías procesales utilizadas, la vía indirecta, incidental o de excepción. En otras palabras, no era posible incitar la intervención del juez para reclamar, exclusivamente, la declaración de inconstitucionalidad.

El fundamento invocado era el art. 2 de la Ley 27 que establece que los tribunales federales sólo ejercen jurisdicción en “casos contenciosos”. Por tal se entendió aquel en que las partes disputaban intereses contrarios y concretos, distintos a la declaración de inconstitucionalidad, donde ella fuera articulada con el fin del reconocimiento de un derecho obstaculizado por la norma violatoria.

En 1985 se empieza progresivamente a elastizar el concepto rígido de “caso contencioso” –aunque si abandonarlo del todo- y a admitir la existencia de acciones de inconstitucionalidad o vías directas.

Conforme la actual jurisprudencia de la Corte Suprema, existen en el orden federal, las siguientes acciones de inconstitucionalidad:

- acción de amparo y habeas corpus
- acción declarativa de certeza.

Ahora bien, la posibilidad de obtener tutela judicial, se relaciona con la existencia de un interés que pueda darle apoyo. Tal interés se da cuando la situación de hecho es tal que el actor, sin la declaración legal requerida, sufrirá un daño, de manera tal que la intervención judicial de los magistrados se presenta como el medio necesario para evitarlo. Ausente dicho interés concreto y sustancial en cabeza del accionante, no hay caso o controversia que determine la intervención de los jueces federales<sup>6</sup>. En otras palabras, tanto que la articulación de la inconstitucionalidad sea directa o indirecta, siempre debe promover la defensa de un derecho protegido constitucionalmente. No hay declaración de inconstitucionalidad abstracta ni por la inconstitucionalidad misma.

Es **amplio**. En principio, puede promover el control toda aquella persona que acredite que la violación constitucional le cause agravio. Esta regla general ha sido atenuada en algunas circunstancias especiales:

a).En el habeas corpus:. Está acción –tendiente a proteger la libertad ambulatoria frente a privaciones arbitrarias- la puede impulsar cualquier persona a favor de un tercero y, dentro de ella, plantear la inconstitucionalidad de la norma invocada para la detención. Entonces, quien interpone un “habeas corpus” a favor de otro puede impulsar el control de constitucionalidad invocando no su propio daño, sino el del protegido. También, la ley admite que el juez la declare el juez de oficio, sin que haya sido impulsado por la parte.

b).Declaración de oficio: tradicionalmente nuestra Corte le ha negado tomar sobre sí el impulso y declarar de oficio la inconstitucionalidad. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia ha admitido, en ciertos supuestos, que sea el juez el que promueve el control en la sentencia ante el silencio de las partes y la gravedad de las cuestiones a resolver (de oficio).

c).La reforma de 1994, en el nuevo art. 43 CN, por su parte, ha ampliado la legitimación otorgando la posibilidad de impulsar la “acción de amparo” y, dentro de ella, el pedido de inconstitucionalidad al Defensor del Pueblo, las asociaciones que defiendan derechos de incidencia colectiva y al afectado. También, le reconoce una legitimación amplia al Ministerio Público, en el art. 120, para actuar judicialmente “*en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...*” y, si bien, por ahora se ha mantenido dentro de los carriles tradicionales –bienes colectivizados-, es posible repensar su rol ampliándolo a la defensa de los bienes de titularidad difusa.<sup>7</sup> También leyes

<sup>5</sup> Causa “Consumidores Libres Cop. Ltda.” Fallos 321:1352; en el mismo sentido, “Prodelco”cit.

<sup>6</sup> CNFed. Contencioso administrativo, sala II, junio 3-997. “Terragno, Rodolfo y Otros c. Poder Ejecutivo Nacional”. LL 1997-F, 565.

<sup>7</sup> Cfr. Bianchi, Alberto, Control de Constitucionalidad, cap. IV., pg.92/93.

especiales han estatuido legitimación a asociaciones protectoras, por ejemplo, de los derechos de usuarios y consumidores.

En síntesis, en principio se va a exigir el pedido de parte agraviada pero, debemos tener presente, que hay casos especiales en que puede soslayarse.

**Controla normas, actos y omisiones:** La revisión de constitucionalidad abarca a las normas generales o individuales, de cualquier tipo (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, constituciones provinciales y demás normas locales, etc.) y también actos concretos, hechos (de particulares o estatales) y omisiones. La declaración puede referirse a un artículo o parte de la norma, sin afectar el resto.

El control de constitucionalidad implica revisar las interpretaciones –lecturas, significados– que la jurisprudencia ha establecido acerca de las normas.

Limitaciones: la Corte Suprema tiene establecido que no se juzgan ni se controla la constitucionalidad de las “**causas políticas**”, que por tal inhibición se denominan “**no justiciables**”.

Esta es una categoría creada por los jueces que así como creó el sistema judicial de examen de constitucionalidad, también se restringió (política del self restraint) en ciertos temas. Se incluyen en ella a ciertas prescripciones y actos de gobiernos privativos o reservados al Congreso o al Poder Judicial.

Ya en el fallo Marbury vs. Madison citado se distingue: “... *Por la Constitución de los EEUU, el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cuál es solo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia...* Pero cuando se le asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación.”

Nuestra Corte, a partir de la doctrina norteamericana, también aceptó la distinción y la ha aplicado en muchas ocasiones. El catálogo de esas cuestiones no está marcado por la Constitución, es una elaboración de la jurisprudencial. Entre las cuestiones políticas no justiciables declaradas como tales por nuestra Corte Suprema encontramos, entre otras:

- La declaración del estado de sitio
- La intervención federal La declaración de guerra
- Las causas determinantes de la acefalía presidencial
- El título del presidente de facto
- La declaración de utilidad pública en la expropiación
- El ejercicio de la facultad de indultar por parte del Poder Ejecutivo
- El control de la política económica del estado

El fundamento para la abstención ha sido el “principio de división de poderes”: razones de prudencia justificarían la autolimitación, a fin de evitar que los jueces ocupen el lugar del legislador y de representantes de la voluntad popular.

El Poder Judicial tampoco incluye en el control de constitucionalidad la revisión de los propósitos del legislador, de la conveniencia, la oportunidad, el acierto o la eficacia de la ley, es decir, por ejemplo, no entra a averiguar si en vez de un sistema adoptado por la ley sería preferible otro, se limita a analizar si el contenido establecido está o no de acuerdo con la Constitución Nacional.

En definitiva, el principio de separación de poderes no es preciso y su vaguedad da lugar a importantes discusiones teóricas y divergencias prácticas respecto a la distribución de tareas. A ello se le agregan las problemas acerca de la legitimación popular y la interpretación de las normas, constituyendo el tema de la amplitud o autorestricción de la actividad judicial uno de los problemas más arduos de la teoría constitucional.

Más recientemente, en el año 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la causa Carranza Latroubezze, Gustavo, caso 10.887, ha responsabilizado al Estado Argentino por la aplicación de esta doctrina. Así, en el Informe 30/97, dentro de esta causa considera que “Al impedir

*una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por Gustavo Carranza Latrubesse, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección consagradas en el art. 8 y 25, en relación al art. 1.1 del Convención Americana de Derechos Humanos” . Ejecutado este Informe en los estrados nacionales, ha sido considerado de aplicación obligatoria en todas las instancias, incluso nuestra Corte Suprema de la Nación. Luego, el señor Carranza Latrubesse debió ser indemnizado por el Estado Argentino por haberse aplicado esta doctrina.*

Desde entonces, ha caído en desuso por la Corte, aunque aún se la escucha en instancias inferiores.

**La declaración se ciñe al caso concreto:** En principio, lo decidido se aplica sólo a la causa en cuestión, sin derogar a la norma reputada inconstitucional. En el juicio donde se declara la inconstitucionalidad de una norma, consiste en que el juez debe resolver la causa como si la norma no existiera.

Al respecto, la Corte Suprema ha decidido que los jueces deben ajustar sus procedimientos y resoluciones en los casos análogos que deban decidir, fundado en el deber moral de respeto a sus decisiones. En consecuencia, para ella “*carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que de apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional*”<sup>8</sup>. En síntesis, los jueces deben tener presente las decisiones de la Corte Suprema y, en su caso, justificar las diferencias de hecho y de derecho que justifique su apartamiento.

## 2.C.c.Requisitos.

En consecuencia, para el control de constitucionalidad, la jurisprudencia se exige:

-que haya causa judicial: el ejercicio del control exige un proceso judicial, un pleito, controversia entre partes.

-que la norma aplicable al caso se presuma inconstitucional.

-que haya pedido de parte titular: quien se siente afectado por la norma que presume violatoria debe, en el marco del proceso en el que es parte, pedir expresamente la declaración.

-que quien lo pide acredite agravio: debe demostrar el daño o perjuicio que le causa a él o a sus bienes la aplicación de la norma cuestionada.

Por su parte, la Corte ha dicho que el Estado no se encuentra legitimado para plantear la inconstitucionalidad de una norma dictada por él mismo<sup>9</sup>.

### • Reglas generales

De los distintos pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema respecto de este tema, pueden delinearse una serie de reglas generales, a saber:

- Las leyes se presumen constitucionales.
- La declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere clara y precisa oposición a la Constitución Nacional.
- El pronunciamiento de inconstitucionalidad exige prudencia y cautela en su emisión: es la última ratio del ordenamiento jurídico y exhibe un caso de extrema gravedad institucional.
- En caso de duda, debe estarse por la constitucionalidad de la norma y no por su invalidez.

---

<sup>8</sup> Causa Cerámica San Lorenzo, Fallo I.29.XX, 1985; L.L. 1986-A-178.

<sup>9</sup> Caso Ribo, del 28 de Julio de 1988.

