

# CAPÍTULO V

## SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

*Virginia Giménez*

### **1. La teoría de la supremacía constitucional**

Tanto el constitucionalismo clásico o liberal, como el constitucionalismo social, consagran la supremacía de la Constitución Nacional por sobre el resto del sistema jurídico.

Kelsen, por su parte, entiende como función esencial de la Constitución designar los órganos encargados de la creación de normas generales y establecer los procedimientos que deben seguirse. Pero como hemos visto, los textos constitucionales enumeran una serie de derechos, individuales o sociales, prohibiendo, por lo tanto, la sanción de normas de inferior rango que contradigan o violenten esos derechos consagrados en el texto constitucional. Así, la teoría de la supremacía constitucional supone que toda norma o acto estatal infraconstitucional debe ser compatible, tanto en sus procedimientos de elaboración como en su contenido, con las previsiones constitucionales.

La consecuencia de esta afirmación radica en que todas las normas que integran el orden jurídico del Estado encuentran en la Constitución su fuente de validez formal (referida a los procedimientos de sanción) como material (referida a su contenido). Aquellas normas o actos estatales que resulten contrarios a los procedimientos que la Constitución manda o a los contenidos que ella prescribe serán inválidos por ser inconstitucionales.

La primera formulación judicial de la supremacía de la constitución nacional la encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sentencia dictada en el caso *Marbury v. Madison*.<sup>1</sup> Allí, el juez Marshall, ante un acto contrario a la Constitución llevado adelante por el poder ejecutivo del país del norte plantea y resuelve los siguientes interrogantes:

Para decidir esta cuestión parece necesario tan solo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada

1. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer solo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser traspuestos por tales poderes. El gobierno de los EE.UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. *Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.*

*Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida?*

Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él.

En nuestro país, la supremacía de la Constitución Nacional surge del artículo 31, el cual establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

La Corte Suprema de la Nación, ha recurrido en innumerables ocasiones a la teoría de la supremacía constitucional en la resolución de sus casos; veamos una cita del reciente caso Rizzo:

La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 10, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos. (Del voto de la mayoría)

[...] es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros). (Del voto de la mayoría).<sup>2</sup>

Pero decidir y ser contundentes sobre el carácter de Ley Suprema de la Constitución Nacional no resuelve el interrogante que de esta afirmación deriva: ¿quién será el encargado de controlar la compatibilidad de los actos de gobierno o las normas inferiores que se dicten con el texto constitucional? ¿Quién llevará adelante el control de constitucionalidad?

2. CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/2013)”, junio 2013.

## **2. El control constitucional: sistema argentino. Control de constitucionalidad. Concepto y características**

Como ya vimos, fue la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica la primera en establecer la supremacía de la constitución nacional por sobre el resto del sistema jurídico.

También fue en Estados Unidos donde primariamente obtuvo consagración la teoría del control judicial de constitucionalidad. En la actualidad, la necesidad de que exista un control de constitucionalidad de las leyes es difícilmente, y en todo caso, débilmente cuestionada por alguna doctrina. Esto es así ya que, como nos enseña Bidart Campos, la dimensión normativa de la Constitución Nacional, su carácter jurídico, debe necesariamente contar con una suerte de respaldo que permita traducir su fuerza normativa en conductas acordes con aquella.<sup>3</sup> Así, en caso de inobservancia de los preceptos constitucionales, el control de constitucionalidad se erige como un instrumento propicio para recuperar y asegurar la vigencia de la Constitución en la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Lo que resulta aún objeto de debate es quién lleva adelante ese control de constitucionalidad y por ello existen en el mundo diversos sistemas de control que procederemos a enumerar.

### *2.1. De acuerdo con el órgano que ejerce el control los sistemas pueden ser:*

- a. Político: este sistema supone que el control de constitucionalidad de una norma lo realiza el órgano legislativo o un órgano especialmente creado para este fin, pero también de naturaleza política. Uno de los pocos ejemplos existentes, ya que no es un sistema muy difundido, lo encontramos en Francia, donde el Consejo Constitucional es el encargado de este control, y está compuesto por 9 miembros, 3 de ellos/as designados/as por el presidente de la República, 3 por la Asamblea General y 3 por el Senado. Las críticas a este sistema son predecibles. Resulta difícil imaginar la efectividad de un sistema en el que quien dicta la ley y quien controla su constitucionalidad son el mismo órgano. Que el control sea realizado por órganos separados brinda una mayor confianza respecto de la objetividad del control.

3. Nos insertamos aquí, aunque brevemente, en la teoría trilateral de Werner Goldschmidt, quien sostiene que el "mundo jurídico" se compone de tres elementos: conductas, normas y valor. Germán Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, 1969.

Entre los aspectos positivos se suele resaltar el respeto de la voluntad popular, encarnada en los/as representantes elegidos/as por el pueblo, mientras que ya veremos que al siguiente sistema de control se le suele cuestionar su falta de legitimación para realizarlo.

- b. Jurisdiccional: este sistema, que pone en cabeza del poder judicial el control de constitucionalidad, es el más difundido y es el sistema al que diera reconocimiento y sustento teórico el caso *Marbury v. Madison*<sup>4</sup> al sostener que

sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué 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 sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál 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 al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Diversas son las ventajas que se reconocen a este sistema. En primer lugar, se afirma que el poder judicial se erige, en este caso, como un límite a los abusos que pueden cometer los poderes legislativo y ejecutivo en su función de dictar normas. Luego, se argumenta que tratándose, toda

4. 5 U.S. 137.

cuestión constitucional, de un conflicto de normas, es naturalmente el poder judicial el que se encuentra facultado para resolverlo. Por último, se suele sostener que en estos casos, el poder judicial actúa como poder contramayoritario, limitando las decisiones de la mayoría que pudieran afectar los derechos constitucionales de las minorías.

La mayor crítica que se realiza a este sistema de control radica en la total carencia de legitimación electoral de los/as magistrados/as que realizan el control. Así, se sostiene que la voluntad popular, expresada por el poder legislativo o el poder ejecutivo, que sí son el resultado de la elección del pueblo, no puede verse torcida por la actividad del único poder cuyos miembros no son democráticamente elegidos/as.

Sin perjuicio de esta crítica, lo cierto es que el sistema de control judicial, en sus diversas variantes, es el más extendido en los diversos estados constitucionales.

- b.1. Sistema de control jurisdiccional difuso: hablamos de sistema de control jurisdiccional difuso cuando todos/as los/as jueces/zas, cualquiera sea el fuero y la instancia, ejercen el control de constitucionalidad. En este sistema, cada juzgado está habilitado para ejercer el control, aunque siempre se reserva la última interpretación a la Corte Suprema de la Nación.
- b.2. Sistema de control jurisdiccional concentrado: esta modalidad supone la existencia de un único tribunal que intervendrá cuando sea necesario ejercer el control de constitucionalidad de una norma o acto de gobierno. Suelen ser denominados tribunales constitucionales, y es un sistema vigente, por ejemplo en España.
- b.3. Sistema de control jurisdiccional mixto: en este caso, existen tanto un tribunal constitucional facultado para entender en ciertas causas en las que se cuestione la constitucionalidad de un acto o norma, pero otras son dejadas a los tribunales comunes.

En nuestro país, el control de constitucionalidad de una norma o acto de gobierno puede ser realizado por cualquier juez/a, de cualquier fuero o instancia, por lo que podemos afirmar que nuestro sistema es de control judicial difuso, correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del poder judicial, la última y definitiva decisión de las causas con contenido constitucional. Por eso se afirma comúnmente que la Corte Suprema es la última intérprete de la Constitución.

Este carácter difuso es afirmado por la Corte Suprema, nuevamente, citando el fallo Rizzo podemos citar:

Con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a

los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido "... que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (Fallos: 33:162) (Del voto de la mayoría).<sup>5</sup>

### *2.2 Sistemas posibles respecto a las vías procesales para hacer el planteamiento:*

- a. Por vía directa de acción o de demanda: en este caso, el objeto del proceso, de la causa que se inicia, es cuestionar la constitucionalidad de una norma o acto de gobierno.
- b. Por vía indirecta, o de excepción: en este caso, la cuestión de constitucionalidad surge en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad.

En nuestro país, este último es el sistema imperante con algunas excepciones.

### *2.3. Sistemas de control de acuerdo a los efectos que la declaración de inconstitucionalidad produce*

- a. Efectos inter-partes: en este caso, el efecto de la sentencia se limita a no aplicar la norma cuestionada en el caso resulto, por lo que subsiste la vigencia de la norma para el resto del ordenamiento jurídico y quien pretenda que la norma no le sea aplicable deberá iniciar su propio reclamo judicial.
- b. Efectos erga-omnes: en este caso, la declaración de inconstitucionalidad de la norma la invalida para todo el sistema jurídico. Esto puede ocurrir porque la norma que es tildada de inconstitucional queda automáticamente derogada como efecto de la sentencia, o porque la sentencia implique para el órgano que la dictó la norma la obligación de derogarla.

5. CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/2013)", junio 2013.

En nuestro sistema, esta declaración tiene efectos solo entre las partes de la causa judicial, sin que implique la derogación de la norma o la nulidad del acto en cuestión. La decisión judicial se limita a no aplicar la norma calificada como inconstitucional en ese caso.

Existe, sin embargo, una excepción a este efecto inter-partes, que está dado por las acciones colectivas, receptadas en nuestra Constitución Nacional en el artículo 43, cuando consagra la llamada acción de amparo colectivo. En la causa “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”, Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y de su decreto reglamentario, N° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos” puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado. La Corte entendió que la pretensión deducida por Halabi podía ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva ya que no se circunscribía a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, era representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Una vez sentado el carácter colectivo de la acción, la Corte concluyó que era inherente a la naturaleza de las acciones colectivas que sus efectos no se limitaran a las partes del proceso sino que se extendiera a erga-omnes. De esta manera, quedaba sentado en nuestro país el efecto erga-omnes de las sentencias recaídas en el marco de acciones colectivas.<sup>6</sup>

Entonces, resumiendo, el sistema de control constitucional argentino es jurisdiccional difuso, mayormente por vía indirecta y mayormente las sentencias dictadas poseen efectos inter-partes. Existen, no obstante, normas locales o excepciones jurisprudenciales que han habilitado el acceso por vía directa y el efecto erga omnes de las sentencias.

### **3. Criterios para la declaración de inconstitucionalidad sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

En ejercicio de su función, la Corte ha sentado algunos lineamientos sobre el control de constitucionalidad en nuestro país, brindando pautas a los tribunales inferiores. Así, se afirma en la jurisprudencia de la Corte que la declaración de

6. CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. 24 de febrero de 2009.

inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, deber ser considerado como la *ultima ratio* (último argumento) por lo que solo debe ejercerse cuando las circunstancias estrictamente lo requieran y en casos de manifiesta incompatibilidad con la Constitución Nacional.

También ha sentado la Corte un principio de presunción de constitucionalidad de los actos estatales. Esto significa que la incompatibilidad constitucional debe ser probada por quien la alega, toda vez que se presupone que los poderes del estado actúan en un todo conforme con la Constitución Nacional.

Otra regla sentada por la Jurisprudencia de la Corte se refiere a la existencia de ciertas cuestiones, llamadas “cuestiones políticas no justiciables”, que no pueden ser objeto de control judicial. Así, se sostiene que no corresponde a los/as jueces/zas el examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el poder legislativo o ejecutivo. Lo cierto es que, afortunadamente, cada vez son menos las temáticas en las que la Corte afirma no poder intervenir por tratarse de cuestiones políticas no justiciables, pero la doctrina aún subsiste.

Por último, también se encuentra en proceso de transformación un principio que afirma que el control judicial no se ejerce de oficio. Esto se refiere a que si, en el marco de un proceso judicial ninguna de las partes ha planteado la inconstitucionalidad de una norma o acto de gobierno, no puede el/la juez/a interviniente declararla o siquiera analizarla. Este principio también se encuentra hoy en franca retirada, toda vez que el control de constitucionalidad, como ejemplo paradigmático de garantía de la Constitución que puede a su vez extender esa garantía a los derechos fundamentales de la Constitución supone, para su efectiva concreción, la habilitación para que los/as jueces/zas puedan, por propia iniciativa, controlar la adecuación existente entre la cúspide de la pirámide jurídica y las normas que de ella emanan. Sostener lo contrario supedita principios básicos de nuestra organización jurídica y política como lo son la Supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a lo alegado por el particular, extrayéndolas de su ámbito natural, cual es el Poder judicial y los/as jueces/zas que lo componen.

Por otro lado, negar la aplicación de la Constitución Nacional al caso por el simple hecho de que no ha sido alegada por las partes implica negar su calidad de norma, su pertenencia al orden jurídico, colocándola en un plano de simples expresiones de deseo a cuya concreción debe orientarse el ejercicio de los poderes públicos.

Esto no obsta a que existen requisitos procesales a cumplimentar. Así, para que los/as jueces/zas puedan abocarse al control de constitucionalidad de una norma o un acto de gobierno deben hacer en el marco de una causa judicial. Se refiera a la prohibición que recae sobre los tribunales de actuar en abstracto, es decir, sin que medie causa judicial sometida a sus estrados, lo que surge claramente del artículo 2 de la ley 27, el cual establece en referencia a la justicia nacional: “Nunca procede de oficio y solo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos

en que es requerida a instancia de parte”. Esto debe ser interpretado en el sentido de que no pueden los jueces, por su propia voluntad, abocarse al análisis de la constitucionalidad de una norma si no lo hacen en el marco de una controversia que es traída a los estrados del tribunal.

Luego, también se requiere legitimación, esto es, quien realiza el planteo por la inconstitucionalidad de una norma debe tener un interés legítimo que se vea afectado por la norma cuya constitucionalidad cuestiona.

Se requiere también que el gravamen, el daño que causa la norma cuya inconstitucionalidad se denuncia, sea actual al momento de la decisión judicial.

Por último, se requiere que el planteamiento de la inconstitucionalidad se realice en momento oportuno (generalmente se entiende que el momento oportuno para el/la demandante es la presentación de la demanda y para el/la demandado/a el momento de la contestación) y debe estar debidamente fundada. No resulta suficiente hacer una mera mención sobre la incompatibilidad inconstitucional. Es claro que este requisito se ve hoy morigerado por la jurisprudencia que comienza a admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio, siempre en el marco de causa judicial.

## Bibliografía

- Bidart Campos, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza Normativa*, Ediar, 1995.
- *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 2008.
- Durante, Alfredo: *Lecciones de Constitucionalismo Social*, La Ley, 2005.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel: *Manual de la Constitución Argentina*. Sexta Edición. Abeledo-Perrot, 2007.
- Gargarella, Roberto: *La Justicia frente al Gobierno*. Quito, Corte Constitucional para el Período de transición, 2011 (Colección Pensamiento jurídico contemporáneo, N°3). Especialmente capítulos 5 y 6.
- Haro, Ricardo: *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Córdoba, Ed. Advocatus, 2003.
- Rubio, Marcial y Bernales, Enrique: *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Segunda edición, 1983.

## Páginas web

CSJN. <https://www.csjn.gov.ar/#SENTENCIAS-ACORDADAS-RESOLUCIONES>  
TSJ CABA. <http://www.tsjbaires.gov.ar/>