



Artículo original

Perspectivas y prospectivas de la Jurisdicción Constitucional

Perspectives and prospects of the Constitutional Jurisdiction

Léi Guasu rembiapopy rehegua jehecha pypuku ha jehecha mombyry

*Jorge Alejandro Amaya**

Recibido: 12.05.16 Aceptado: 15.09.16

Universidad de Buenos Aires – Argentina

Resumen

La teoría del control constitucional en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de diferentes áreas del ejercicio del derecho. El trabajo tiene como fin reflejar y compartir los distintos desafíos que afronta el ejercicio del control de constitucionalidad y, el reconocimiento de la constitución como ley suprema. Se abordan las perspectivas y prospectivas¹ de las distintas discusiones a lo largo de la evolución del ejercicio del control de constitucionalidad la tensión: política, judicial, procesal, el difícil rol institucional de las Cortes Supremas o Tribunales

*** Profesor de la especialización en Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y Vocal Titular del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Argentina, Buenos Aires. Email: jaamaya@fibertel.com.ar.**

Doctor en Derecho (área Constitucional) (UBA). Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del curso intensivo de Control de Constitucionalidad de dicha facultad y del curso de de Posgrado en Control de Constitucionalidad con validez para el Doctorado. Profesor de la especialización en Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y Vocal Titular del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Argentina, Buenos Aires.

¹ Perspectiva: del latín tardío *perspectivas*, “mirar a través de”; “observar atentamente”, “óptica”, panorama que desde un punto determinado se presenta a la vista del espectador. Punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto. Prospectiva: del latín *prospicere* “mirar adelante”, “prever”. Conjunto de análisis y estudios realizados con el fin de explorar o de predecir el futuro en una determinada materia



Constitucionales, al que refiere como tensión institucional; y el punto más ríspido del ejercicio del control, consistente en el análisis de una norma emanada del Poder Constituyente reformador, que se califica como tensión soberana; pues, encierran los desafíos que ha abordado la doctrina, la jurisprudencia y el debate político alrededor del ejercicio del control de constitucionalidad, los desafíos estructurales. El órgano encargado de dicho control en una democracia que afronta un rol potencialmente conflictivo, debe ser el garante de la Constitución como norma suprema del ordenamiento defendiéndola de las violaciones que puedan cometer el poder político; y también asegurar que éstos puedan desempeñar las facultades de gobierno que la propia Constitución les confiere.

Abstract

The theory of constitutional control within its origins, foundations, variants and application, occupies a central place in the theoretical and practical interest of different areas of the exercise of law. The purpose of the work is to reflect and share the different challenges facing the exercise of constitutionality control and the recognition of the constitution as the supreme law. The perspective and prospective of different discussions along the evolution of the exercise of the control of constitutionality are addressed: political, judicial, procedural, the difficulty of institutional role of the Supreme Courts or Constitutional Courts, which refers to institutional tension; and the harshest point of the exercise of control, consisting of the analysis of a norm emanating from the reforming Constituent Power, which is described as sovereign tension; therefore, encompass the challenges that have been addressed by doctrine, jurisprudence and the political debate around the exercise of constitutional control, and structural challenges. The body in char-



ge of such control in a democracy that faces a potentially conflicting role must be the guarantor of the Constitution as the supreme rule of the order, defending it from the violations that may be committed by political powers; and also to ensure that they can fulfill the powers of government that the Constitution itself confers.

Ñembyapu'a

Pe mba'e kuaapy ojejesarekóva constitución rehe, amo hapoite guive, ipyenda, ha opa hendáicha tembiapopyrã, kóva hína peteĩ mba'e oñemotenonde etereíva mba'e kuaapy ha tembiapopy guive opaite hendápe oñeme'ëvo tapichápe imba'etee. Ko tembiapo omyesakãse ha omombe'use maymavépe opaichagua desafío oíva tenonderã ojejopátarõ hekoitépe ñeñangarekopy oikotevêva pe constitución rehegua ha mayave ohecha kuaa haguã pe constitución ha'eha Léi Guasu tuichavéva. Opa hendápe oñeñomongeta ha oñehesa'ýijo mba'eguvépa ha moõmevépa ojepyso hína Léi Guasu pegua, taha'e política, judicial, procesal ryepýpe, Ijetu'u etéva Corte suprema ha Tribunal kuéra rembiapo, kóvape oikepaite avei institución kuéra rembiapo tee ha ojopýva instución kuérape. Ha pe ijetu'uvéva ko ñeñangareko guasúpe ningo pe ñehesa'ýijo ha tembiaporãkatu oúva Poder Constituyentegui, ha oje'e voi hese péva ijetu'uveha, ogueroko ipypete voi umi desafío guasu oúva doctrinagui, jurisprudencia ha avei opáichagua ñemongeta política rehegua ñande Léi Guasu y estructura pa'ũme. Peteĩ demokrásia ryepýpe, upe tenda añetete oñangarekoha ko'ã mba'e apañuãire ningo pe Léi Guasu voi, ha'e hína pe léi oíva opavave ári ha oñangareko va'erã, odefende va'erã oimérõ política háicha ojepokoséva hese ha avei oñemoañete hína maymave gobiernope he'i háichaite voi Léi guasúpe.

Palabras Claves: control constitucional, control judicial, tensión políti-



ca, igualdad fáctica.

Keywords: Constitutional control, judicial control, political tension, factual equality.

Ñe'ẽtee: léi guasúre ñeñangareko, judicial rehe ñeñangareko, tensión política, ñomopeteĩ pu'aka rehegua.

El control constitucional

La teoría del control constitucional, en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupó y ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de abogados; miembros de los poderes públicos; profesores de distintas disciplinas del derecho; e incluso, de muchos interesados en el ejercicio o el estudio de la ciencia política².

El célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Marbury v. Madison”³, sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno, que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso; así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental⁴.

2 Un abordaje profundo de las teorías del control de constitucionalidad y de su desarrollo en el derecho comparado puede verse en nuestro libro Control de Constitucionalidad, Astrea, Buenos Aires 2013; y 2da. Edición actualizada y ampliada, Astrea, 2015.

3 Hemos profundizado el fallo y sus precedentes en nuestro libro Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad, Editorial La Ley Paraguay, Asunción, marzo de 2012; Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2012; y Colección textos jurídicos, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Santa Fe, 2013.

4 El modelo político o francés - representado por la constitución francesa de 1958 - puede ser diferenciado del Kelseniano y constituye, a nuestro criterio, un modelo propio con características históricas, sociales e



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

Por lo expuesto, este trabajo aspira a reflejar y compartir con el lector los distintos desafíos que en perspectiva y prospectiva– afrontó y afronta el ejercicio del control de constitucionalidad, el cual instala en su epicentro el permanente debate entre mayoría (poder público) y minoría (derechos individuales); y el no menos importante en torno al reconocimiento de la constitución como ley suprema.

Bajo esta óptica de pensamiento el artículo aborda⁵ en su primera parte, las perspectivas de las distintas tensiones en su evolución y desarrollo que el ejercicio del control de constitucionalidad ha transitado: la tensión política que refleja la doctrina de las cuestiones políticas; el desarrollo del debate alrededor de la llamada doctrina contra mayoritaria que identificamos como tensión judicial; la discusión en torno a la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte del órgano a cargo del control (hoy aparentemente zanjado) que hemos llamado tensión procesal; el difícil rol institucional de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, al que referimos como tensión institucional; y el punto más ríspido del ejercicio del control, consistente en el análisis constitucional de una norma emanada del Poder Constituyente reformador, al que calificamos como

ideológicas particulares, pero a partir de la reforma de la constitución francesa del año 2008 se ha asemejado al resto de los sistemas vigentes en Europa.

5 En este aspecto seguimos la estructura de nuestro libro Control de Constitucionalidad.



tensión soberana; encierran los desafíos que ha abordado la doctrina, la jurisprudencia y el debate político alrededor del ejercicio del control de constitucionalidad desde el siglo XVII hasta fines del siglo XX, más allá que recurrentemente estos debates cobran mayor o menor actualidad en distintas etapas políticas de los países.

La segunda parte del trabajo se refiere a las prospectivas, es decir a los temas que a nuestro criterio conforman la agenda futura del control y sus dificultades.

El artículo mantiene e incrementa el objetivo inicial que nos hemos planteado en todos nuestros trabajos sobre el control de constitucionalidad: intentar encontrar respuestas, al menos parciales, a muchos de los interrogantes que la cotidianeidad deja al descubierto al poner en evidencia la distancia entre los conceptos de la teoría constitucional y la realidad política.

En este marco, las distintas tensiones y desafíos que abordamos en las perspectivas y prospectivas procuran transmitir al lector –interesado en casos difíciles– un panorama actual de cómo ha sido tratada la cuestión en la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país y de gran parte del continente americano; y algunas reflexiones sobre su pasado, presente y futuro.

El control de constitucionalidad correctamente ejercido es una herramienta de enorme valía social e institucional cuyo conocimiento y tratamiento en Argentina y en gran parte de Latinoamérica deja en evidencia muchas disfunciones.



Las perspectivas del control de constitucionalidad.

a) La tensión política: el desarrollo y estado actual de doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

La doctrina de las cuestiones políticas o tensión política refleja el eterno nerviosismo que palpita entre el orden jurídico y el orden político en toda construcción científico-constitucional. Y ello es así, pues por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político que habitualmente se resiste a ser encasillado.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo de cerca la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁶ ha excluido históricamente del ámbito de su control una serie de actos que han sido denominados cuestiones políticas no justiciables (political questions)⁷. Existen, por consiguiente, con mayor o menor intensidad según las distintas épocas del Alto Tribunal, cierta categoría de decisiones que excederían el ámbito del caso judicial.

Las causas o razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en estos casos son de variada índole y constituyen uno de los ámbitos más confusos del derecho constitucional y particularmente del control de constitucionalidad. El tema es altamente complejo y por sobre todas las cosas casuístico, de tal manera que ha conducido a un verdadero círculo vicioso que evidencia que las

6 *Marbury vs. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137) constituye el primer atisbo (aunque en obiter dicta) de lo que serían las cuestiones políticas no justiciables. Posteriormente, se repitieron algunos casos como *Luther vs. Borden* (48 U.S. (7 Howard) 1 (1849)).

7 En distintas etapas históricas incluyó o abandonó temáticas variadas, como facultades privativas; Forma republicana de gobierno; Autonomía provincial; Intervención federal; Enjuiciamiento de magistrados; Composición de las cámaras del Congreso; Procedimiento legislativo; Estado de sitio; Reforma constitucional. Se han utilizado otros calificativos para referirse a similares cuestiones como zona de reserva política, ejercicio de facultades privativas, facultades reservadas y actos institucionales.



únicas cuestiones políticas que existen son aquéllas que los jueces así lo deciden en determinado momento histórico y apelando a distintas denominaciones.

Ahora bien, sin duda esta no es una problemática exclusiva del derecho argentino, sino un permanente debate político y académico en el mundo constitucional. El límite al control de constitucionalidad de las leyes ha sido enunciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América como la deferencia que el tribunal debe al Poder Legislativo y acerca del sentido de esa deferencia fue interrogada Sonia Sotomayor por la Comisión del Senado cuando examinó su postulación a la Corte Suprema efectuada por el presidente Barak Obama, lo que demuestra la actualidad que mantiene el tema⁸.

En la República Argentina el precedente inicial más estudiado fue Cullen c/Llerena, donde la mayoría del tribunal sostuvo que no debía examinar el procedimiento de sanción de las leyes porque se trataba de una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso⁹.

Quizá por las críticas que recibió la doctrina, es que en la década de los 90 la Corte Argentina dejó de apelar a la misma en los casos en los que se abstuvo de ingresar en el control de constitucionalidad. Pero contrariamente a lo que pueda pensarse, tal abandono no significó un ensanchamiento de la revisión judicial, ya que lo que el tribunal hizo fue acudir a la inexistencia de agravio y, por ende,

8 Gelli, María A., Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009) ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, agosto, 2009.
9 Fallos, 53:420, 1893. El actor había cuestionado el proceso de sanción de una ley de intervención federal. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al tribunal examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso habían dado al art. 71 (actual art. 81) de la Const. nacional. Por el contrario, la disidencia del doctor Varela limitó las cuestiones políticas, en principio, sólo a las cuestiones de soberanía.



de legitimación. Así, por la vía de la falta de legitimación activa o por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad.

La exigencia de agravio concreto para reconocer la legitimación que abre paso al control se mantiene actualmente en la doctrina de la Corte Suprema y exige de los accionantes una cuidadosa presentación del caso o causa justiciable.

El control estricto de la legitimación al cual aludimos, como variante de la doctrina de las cuestiones políticas utilizada por la Corte Argentina en la década del 90, tuvo su acogida plena en la actual composición (hoy diezmada por el fallecimiento y retiro de algunos miembros y a punto de ser integrada próximamente con dos nuevos candidatos¹⁰) en el fallo *Iunnuzzi*¹¹ donde el alto Tribunal - con cita del reciente fallecido Juez de la Corte Norteamericana Antonin Scalia - condicionó la legitimación de las partes a que demostraran que los agravios alegados la afectaban de forma suficientemente directa o sustancial, es decir, con concreción e inmediatez. En suma, para la Corte, no se había fundado un agravio diferenciado de todos los demás habitantes del país. Como se ve la regla otorga al Tribunal una llave de apertura del control que se abre o cierra discrecionalmente.

El criterio se amplió en *Thomas* al desconocerse la legitimación que había invocado un legislador por la violación del procedimiento de sanción de las leyes¹². La Corte argumentó que en el caso al impugnarse la totalidad de una ley por violación del debido proceso adjetivo “se comprometía el sistema de control

10 Nos referimos a la reciente postulación de los Dres. Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

11 CSJN Fallos, 331: 2287.

12 *Thomas, Enrique c/ENA s/amparo*, ver comentario de Gelli María A., El control estricto de la legitimación y el debido proceso democrático en el caso *Thomas*, JA, suplemento jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 27/10/2010.



de constitucionalidad” vigente en el país.

También el abanico temático del ejercicio de los derechos políticos y del derecho electoral que acusan un perfil marcadamente político y constituyen el planteo liso y llano del examen judicial de la política ha sido históricamente un campo fértil para la doctrina.

Fue así que durante mucho tiempo estos temas (cuestiones internas de los partidos políticos; oficialización de listas de candidatos, planteos en torno a resultados de elecciones, etc.) estuvieron excluidos del control judicial. Pero al igual que en los Estados Unidos de América a partir del caso *Baker v. Carr* la Corte Suprema Argentina fue progresivamente ingresando en el análisis de ellas hasta llegar al total abandono de la doctrina negatoria, pudiéndose afirmar que en la actualidad las cuestiones electorales; de partidos y derechos políticos no integran el catálogo de asuntos ajenos a la revisión judicial.

A nuestro criterio, la extensión, modalidad y límites del ejercicio del control de constitucionalidad se encuentra íntimamente relacionado con la posición institucional que asuma el máximo tribunal encargado de las cuestiones constitucionales y con el funcionamiento del sistema político.

Si se considera filosóficamente un Tribunal contra mayoritario y concibe al concepto de mayoría como regla, el criterio de apreciación lucirá estricto en toda cuestión que tensione los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos frente a las políticas mayoritarias, minimizando la doctrina de las cuestiones políticas.



Si en cambio se identifica como un garante del sistema democrático, concibiendo al concepto de mayoría como principio, la doctrina de las cuestiones políticas se ensancha en su dimensión y aplicación frente a los actos de los poderes políticos en razón de la legitimidad democrática que invisten y de la especial deferencia hacia el Legislativo en su competencia reglamentaria de los derechos.

b) La tensión judicial: el desarrollo y estado actual de la doctrina contra mayoritaria.

El interrogante alrededor de cuál es el poder u órgano más idóneo y legítimo en el Estado de derecho para preservar la supremacía constitucional desencadenó arduos debates desde el siglo XVII¹³ y se mantiene vigente¹⁴.

Es una característica de las constituciones modernas el alto grado de indeterminación en muchos aspectos del texto constitucional. Muchas palabras o textos son ambiguos o vagos, contienen conceptos controvertidos y principios de amplia, difícil y discrecional interpretación. Las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho que se agudiza notablemente en el derecho constitucional. Es obvio,

13 Amaya, Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina, “Revista de la Maestría en Derecho Procesal”, 1, <http://pergamo.puC.Pág..edu.pe/derechoprocesal/node/65>; El juez constitucional argentino y su crisis, “Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación”, año III, n° 5, pág. 6 a 29, y ¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad? LL, 2005-F-1257. 14 Ver, entre otros, Tribe, American constitutional law Bickel, The least dangerous branch; Dahl, Pluralist democracy in the United States: conflict and consent; Elster, Régimen de mayorías y derechos individuales, en Shute -Hurley (eds.) “De los derechos humanos”, pág. 165; Ely, Democracia y desconfianza; Waldron, A right-based critique of constitutional rights, “Oxford Journal of Legal Studies”, 13-1993-28; Alexy, Teoría de los derechos fundamentales; Garzón Valdés, El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías, “Isonomía”, n° 12, pág. 7 a 34; Nino, La filosofía del control judicial de constitucionalidad, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, n° 4, pág. 86; Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts, pág. xi; Kramer, We the Court, “Harvard Law Review”, 115-2001-165; The people themselves, pág. 7 y 8; The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy, “Valparaiso University Law Review”, 41-2006-697.



a un modo de ver, que conceptos como “Estado de derecho”, “Estado social”, “libertad”, “igualdad”, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Por ello, para el modelo de control europeo, la opción por un órgano ad hoc al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes convirtiéndoselo en supremo intérprete de la constitución se justificó desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes.

La dificultad “contramayoritaria”¹⁵ se funda en el hecho de una grave carencia de fundamento democrático del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

Por el contrario, quienes adhieren a la posición judicialista entienden que dicha situación lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial es una de las razones de su creación a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías¹⁶.

Waldron, un demócrata radical¹⁷ defiende a la mayoría como el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso para definir cuestiones básicas del sistema democrático como qué derechos reconocer; a quiénes y con qué alcance. Sostiene que debe ser el pueblo por medio de mecanismos legislativos

15 Ver, en general, Bickel, The least chagerous branch.

16 Éste es el “principio” que está presente en el pensamiento de los padres fundadores del constitucionalismo estadounidense.

17 Waldron, A right-based critique of constitutional rights, “Oxford Journal of Legal Studies”, 13-1993-18.



quien decida cuestiones fundamentales como el aborto.

Distingue el control judicial en sus versiones fuerte y débil. En la fuerte, como la estadounidense o la argentina, los jueces tienen la facultad de inhabilitar total o parcialmente la aplicación de la ley. Lo mismo ocurre en aquellos sistemas en los que los jueces pueden ordenar la derogación de leyes. En la débil los jueces pueden controlar las leyes para ver si violan o no algún derecho individual, pero no pueden dejar de aplicarlas¹⁸.

El debate ha cobrado actualmente nuevo impulso y nuevos argumentos en autores como Elster o Ackerman, quienes parten de una concepción “dualista” de la democracia. El dualismo constitucional distingue dos clases de decisiones políticas a las que les adjudica distinta legitimidad. Las decisiones del pueblo, o “momentos constitucionales”, no son moneda corriente y ocurren en momentos caracterizados por el convencimiento del pueblo sobre la seriedad de lo que se discute y la gran movilización que esto acarrea. Las decisiones del gobierno o “momentos corrientes”, son las que ocurren diariamente.

Esta distinción es de suma importancia para establecer los deberes del órgano que ejerce el control de constitucionalidad. La Corte Suprema debe preservar las decisiones políticas tomadas en los “momentos constitucionales”, para que no sean erosionadas por las decisiones políticas de los “momentos corrientes”^{19 20}.

De las críticas que sobre el control de constitucionalidad en cabeza del

18 Como en Inglaterra; Nueva Zelandia o Canadá, donde los jueces pueden impartir declaraciones de incompatibilidad con distintos efectos.

19 Elster, *Ulises y las sirenas*, pág. 66 a 84.

20 Ackerman, ¿Un neofederalismo? en Elster - Slaastad (eds) “Constitucionalismo y democracia”, pág. 210.



Poder Judicial hemos repasado, han emergido propuestas dirigidas a salvar su dificultad contra mayoritaria. Algunas sugieren reducir la tarea judicial al control del procedimiento como Ely²¹ quien sostiene que el papel reservado a los jueces no es el de imponer valores fundamentales por medio de la interpretación sino asegurar la transparencia y participación en el proceso democrático cuidando que éste no sea bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar a grupos minoritarios; otras comulgan con promover el sistema de reenvío a los órganos políticos para que expresen su última palabra²².

Una posición intermedia es el llamado constitucionalismo débil²³ que propone: a) Defender la existencia de un “coto vedado” mínimo que ponga a resguardo de las mayorías las reglas del procedimiento y aquellos derechos que se consideran presupuestos de la democracia; y b) Admitir una justicia constitucional con función de propiciar un diálogo entre poderes, siempre y cuando se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa mediante técnicas de reenvío.

Como prueba que el debate está muy lejos de zanjarse se presenta hoy en escena el “constitucionalismo popular”, que a través de distintas variantes propone desde eliminar directamente el control judicial de constitucionalidad (TUSHNET) dando como ejemplo de opción aquellos países que carecen de este instituto y, respetan los derechos individuales como Holanda o Inglaterra²⁴; hasta cuestionar solo cuestiona la facultad de la Corte Suprema de ser el último intérprete de la Constitución (Kramer)²⁵.

21 Ver, en general, Ely, Democracia y desconfianza

22 Tal el sistema imperante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

23 Bayón, Diritti, democrazia, costituzione, “Ragionne Pratica”, n° 10, pág. 63.

24 Ver, en general, Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts.

25 Kramer, The people themselves, pág. 249 a 253.



Por supuesto, el “constitucionalismo popular” enfrenta importantes críticas²⁶. Para Tribe (The people themselves judicial populism, “The New York Times”, 24/10/04) es peligroso porque vacía de contenido la constitución al permitir que el pueblo incluya en ella todo aquello que desea que ésta contenga y al mismo tiempo ingenuo por pretender que frases como “tiranía de la mayoría” son apenas meros eslóganes; Chemerinsky sostiene que no tiene una definición precisa y sus posturas son ambiguas en torno al rol del Poder Judicial²⁷.

El debate alrededor de la revisión judicial y de la capacidad de los jueces como últimos intérpretes de la constitución, frente a los actos del legislador excede el ámbito académico y se proyecta día a día en los actos de gobierno y en las posiciones políticas de los funcionarios. Las distintas posiciones analizadas nos permiten vislumbrar un claro sesgo ideológico en la mayoría de las posturas, principalmente las más extremas.

Sin embargo, el debate permanente nos ayuda a poner la temática que analizamos en términos de perspectiva.

c) La tensión procesal: el desarrollo y estado actual de la inconstitucionalidad de oficio.

Bajo la idea de abonar el debate en torno al rol que deben cumplir los jueces dentro del Estado de derecho, el control de constitucionalidad de oficio

²⁶ Ver, por ejemplo, Gerber, The Court, the Constitution, and the history of ideas, “Vanderbilt Law Review”, t. 61, n° 4, 2008, pág. 1067, Alexander- Solum, Popular? Constitutionalism? “Harvard Law Review”, 118-2005-1594, citados por García Mansilla, Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.

²⁷ Chemerinsky, in defense of judicial review: the perills of popular constitutionalism, “University of Illinois Law Review”, 2004-3-676.



enfrenta apoyos y detracciones en la doctrina y la jurisprudencia.

Buenos argumentos sostienen los autores de la posición negatoria al afirmar que las cuestiones a ser resueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas. No menos atractivos pueden resultar los fundamentos de quienes rescatan esta facultad para la judicatura, cuando sostienen que el derecho dispone un orden jerárquico de las normas jurídicas de manera que las inferiores resulten inválidas de ser incompatibles con las superiores y en razón del principio *iuria novit curia* él Juez debe ajustar sus decisiones a la norma superior.

En su primera época la Corte Argentina confirmó en el caso Vicente Casares (1872) una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma²⁸.

Con posterioridad a dicho fallo y hasta 1940 el alto tribunal no se expidió al respecto. A partir de 1941 y hasta 1984 se consagra como regla general en la doctrina del Alto Tribunal que el control de constitucionalidad no puede ser decretado de oficio, bajo el argumento sentado en el fallo Ganadera Los Lagos de preservación del principio de división de poderes²⁹.

Con posterioridad a 1984 y hasta el año 2001 la Corte Suprema comenzó de manera incipiente a reanalizar el instituto del control de oficio por medio de la posición que fijan algunas disidencias³⁰.

28 Fallos, 11:257.

29 Fallos, 190:142.

30 En el caso Instrucción Militar n° 50 de Rosario, los doctores Fayt y Belluscio argumentaron que la facultad del Poder Judicial de aplicar el derecho que las partes no invocan (*iuria novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el art. 31. También el ex ministro Boggiano hizo lo propio en autos Ricchi c/Autolatina, entre otros fallos, con similares argumentos a los vertidos por Fayt y Belluscio en el precedente mencionado.



En el año 2001 la tesis permisiva al control oficioso logró la mayoría en la composición del máximo tribunal con tres disidencias en el caso Rita Mill³¹. Poco tiempo después, en Banco Comercial de Finanzas y con remisión a muchos de los antecedentes plasmados en Mill se confirmó la facultad del Poder Judicial de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas³².

La cuestión parece haberse zanjado definitivamente en el derecho argentino por influencia del sistema interamericano a partir del fallo Rodríguez Pereyra (2012). Aquí se sostiene que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Poder Judicial debe ejercer control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención³³. La Corte Interamericana ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina del 29/11/2011. A partir de estos fundamentos, la Corte Argentina entiende que “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a du-

31 CSJN, 27/9/01, “Mill de Pereyra, Rita A. Otero, Raúl R. y Pisarello, Ángel C. c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa”, JA, 2002-I-737.

32 CSJN, 19/8/04, “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación por Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”, JA, 2005-III-441.

33 CorteIDH caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21; ratificado en los casos “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)” del 24 de noviembre de 2006. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Ragaia’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y “Cabrera a y Montiel Flores vs. México” (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).



das de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado y esto contiene el control de constitucionalidad.

d) La tensión institucional: el desarrollo y estado actual del rol de las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales.

Como poder del Estado, las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales por medio de sus fallos no sólo deciden en el sentido judicial del término, sino que además gobiernan, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, dos de las opciones de justificación de la justicia constitucional que otorgan mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad y definen el tipo de liderazgo que debe asumir son la de tribunal contra mayoritario, cuya principal función es el control constitucional del poder político frente a los derechos individuales y la preservación de los derechos de las minorías; y la visión del tribunal como garante del proceso democrático, cuya principal función transita por preservar las reglas del proceso democrático. El modelo estadounidense o judicial responde en su origen a la primera identidad y los Tribunales Constitucionales a la segunda.

La experiencia indica que hoy ambos modelos han acercado³⁴, incluso,

34 Ver, en general, Linares, Modelos de justicia constitucional y deferencia al Poder Legislativo, quien, con apoyo en autores como Ruiz, Prieto Sanchís, Gascón Abellán, García de Enterría y Rubio Llorente formula una excelente recopilación.



para algunos, invertido³⁵.

¿Cómo ha entendido y ejercido la Corte Suprema Argentina -en términos generales- su función institucional? ¿Se ha inclinado hacia su originaria identidad contra mayoritaria; o se distanció de dicha identidad para asumir un rol más condescendiente con el Legislativo? Según nuestro parecer la Corte Suprema ha mantenido a lo largo de los últimos años una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos. Seguramente hay variadas razones, pero el avasallamiento por parte del poder político al judicial ha sido una de las razones fundamentales por las cuales sus composiciones se han manejado dentro del concepto actitudinal o de actores estratégicos del sistema institucional. Ningún presidente argentino, con honrosas excepciones, se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su pensamiento político o con sus ideas.

Así, si cotejamos el posicionamiento de la Corte Suprema en casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina, que enfrentaron derechos individuales frente a políticas de gobierno veremos que en la inmensa mayoría de los casos el alto tribunal se inclinó por apoyar las políticas del gobierno mayoritario. Esta cuestión es verificable, particularmente en el cotejo de aquellos fallos dictados con motivo del ejercicio por parte del poder político de facultades en el marco de la doctrina de la emergencia.

En los últimos años democráticos del país las áreas esenciales para el

³⁵ Ver, en general, Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia.



gobierno también han sido apoyadas incondicionalmente por la Corte Suprema, tales como la emergencia económica vinculada con la crisis económico social del 2001/2; y la política de derechos humanos en torno a la revisión de la lucha antisubversiva. En ambos casos la Corte Suprema falló a favor de la posición sostenida por el Gobierno, tensionando al límite, en la primera cuestión, el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Const. Nacional; y afectando seriamente en la segunda los principios constitucionales de legalidad, defensa en juicio y debido proceso, consagrados en el art. 18³⁶; también de abstuvo de intervenir en casos de trascendencia institucional que despertaron importantes críticas de amplios sectores de la sociedad, y en los cuales el tribunal mantuvo silencio avalando implícitamente la actuación de los poderes políticos (casos como la impugnación que sufriera una de las leyes reglamentarias del Consejo Nacional de la Magistratura y la causa “Novello”³⁷, referida a las tristemente célebres “candidaturas políticas testimoniales”).

También podríamos identificar un conjunto de fallos de la Corte como asignados a un rol contra mayoritario, tales como Bussi y Patti donde el alto tribunal enfrentó al Poder Legislativo sentando doctrina en torno la interpretación de las cámaras del Congreso para evaluar los títulos de sus miembros³⁸; Binotti, donde controló la interpretación del reglamento interno de la Cámara de Senado-

36 CSJN, 24/8/04, “Arancibia Clavel, Enrique L.”, JA, 2004-IV-426; id., 23/12/04, “Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad”, EDCO, 2005-257; id., 10/5/05, “Lariz Iriondo, Jesús M.”, JA, 2005-III-520; id., 11/7/07, “Derecho, René J.”, JA, 2008-I-662, e id., 13/7/07, 37 C.N.Electoral, 1/6/09, “Novello, Rafael V. -apoderado de la Unión Cívica Radical- y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, LL, 2009- C-601.

38 CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2001-IV- 688; id, 13/7/07, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, JA, 2007-IV-641; id, 8/4/08, “Patti, Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, EDCO, 2008-22.



res³⁹; Sosa donde ordenó a las autoridades provinciales la reposición de un funcionario judicial desplazado arbitrariamente de su cargo por las autoridades políticas⁴⁰; o Editorial Río Negro donde sentó pautas de razonabilidad en el reparto de publicidad oficial limitando el ejercicio de facultades del Poder Ejecutivo⁴¹.

Pero además, novedosamente, la Corte Argentina se asignó el rol de custodio de la responsabilidad internacional del Estado Argentino en el caso Mazzeo⁴²; y adoptó en varios fallos un rol de equilibrio de los poderes a través del ejercicio de las llamadas sentencias exhortativas, como en el fallo Verbitsky⁴³ en el cual hizo lugar a un hábeas corpus colectivo e intimó a los poderes políticos a subsanar deficiencias de detención de los presos sin condena en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; el conocido caso Mendoza (cuenca Matanza-Riachuelo)⁴⁴ donde el alto tribunal se constituyó en un órgano de administración de las obligaciones de los Estados nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires en torno al saneamiento de una cuenca hídrica; los casos Sánchez y Badaro, donde la Corte Suprema indicó al Poder Legislativo la conducta que debía seguir para resguardar debidamente los derechos de la clase pasiva⁴⁵, o Halabi⁴⁶ donde el alto tribunal encomendó al Poder Legislativo el dictado de una ley reglamentaria de las acciones de clase.

39 Fallos, 330:2222.

40 CSJN, 14/9/10, "Sosa, Eduardo E. c/provincia de Santa Cruz", LL, 2010-F-185.

41 CSJN, 27/4/10, "Editorial Río Negro SA c/Neuquén, provincia del s/ordinario", ED, 238-109.

42 CSJN, 13/7/07, "Mazzeo, Julio L., y otros", JA, 2007-III-573.

43 Fallos, 328:1146.

44 CSJN, 20/6/06, "Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional y otros", DJ, 2006-2-706, y RCS, 2006-VIII-101.

45 Fallos, 328:1602, y CSJN, 8/8/06, "Badaro, Alfonso V. c/Anses", DJ, 2006-2-1191.

46 CSJN, 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/PEN -ley 25.873- decr. 1563/04 s/amparo ley 16.986", RCS, 2009-III-71.



Por último, el Tribunal varió su jurisprudencia intensamente y, en muchos casos, sin justificación suficiente, desoyendo los parámetros que ella misma pretende imponer a los tribunales inferiores en torno a la obligatoriedad del precedente. Interpretamos que la Corte Suprema argentina, procuró situarse en los últimos años en un “rol fundacional” de una nueva jurisprudencia y de una nueva imagen institucional, frente a la sociedad y frente a los poderes políticos del Estado.

Con independencia de la opinión favorable o desfavorable que tengamos en cada caso respecto de la jurisprudencia anterior o de la nueva, es deseable que un Alto Tribunal se sienta obligado a fallar según sus precedentes y a abandonarlos sólo cuando hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias jurídicas o sociales que rodearon la adopción de un determinado criterio.

e) La tensión soberana: el desarrollo y estado actual del control constitucional de las constituciones y sus reformas.

¿Puede alguna parte de la Constitución ser inconstitucional? En caso de que optáramos por la afirmativa, ¿a qué órgano del Estado correspondería dicha declaración? ¿Al Poder Legislativo como sede de la soberanía popular? ¿pueden los jueces decirnos a los ciudadanos lo que es constitucional y lo que no? ¿Pueden imponernos su concepto y su visión de la Constitución?. El tema ocupa genera enormes debates que se han ido acrecentando en razón del notorio avance del Poder Judicial y de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Activismo que bien podemos ejemplificar en el progresivo abandono



de la doctrina de las cuestiones políticas⁴⁷; la asunción sin discusión del control constitucional y convencional de oficio; y el control de las constituciones en su contenido y procedimiento de reforma.

En la doctrina estadounidense la cuestión está dividida; Tribe se inclina por rechazar la revisión judicial⁴⁸, otros autores, como Dellinger, sostienen que los tribunales deben asegurar que el proceso de reforma se lleve a cabo en la forma que establece la Constitución⁴⁹. Lo mismo sucede en la doctrina argentina; Spota y Oyhanarte se alzan contra la posibilidad de control judicial de la reforma⁵⁰ la tesis contraria ha sido adoptada y defendida por Bidart Campos y Ekmekdjian, entre otros⁵¹. En el ámbito federal nacional el tema ha tenido un recorrido breve pero controvertido. En el derecho público se han declarado inconstitucional varios artículos de Constituciones provinciales⁵² e ingresado en el análisis de varios procesos de reforma⁵³.

Hasta el caso Soria de Guerrero⁵⁴ (1963) la Corte Suprema Argentina

47 La influencia de la Corte IDH en el apartamiento de las cuestiones políticas se ve expuesto en casos como “Tribunal Constitucional del Perú” o “Gelman”; en la tesis afirmativa de la inconstitucionalidad de oficio, en casos como “Almonacid” (2006); “Trabajadores Cesados del Congreso (2006); “Ibsen Cárdenas”; o “Fontevicchia” (2011); en el control de las Constituciones, casos como “Radicha Pacheco” o “Olmedo Bustos”.

48 Tribe, *Constitutional choices*, pág. 22.

49 Dellinger, *The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, “*Harvard Law Review*”, 97-1983-1984-386.

50 Cfr en general, Spota, *Origen y naturaleza del poder constituyente, y Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*; Oyhanarte, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*.

51 En general, Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*; Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, en especial, t. III.

52 Por ejemplo, en CSJN, 17/6/86, “Ormache, José E LL, 1986-D-400, donde el alto tribunal consideró que el art. 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del Poder Judicial local, era contraria a los arts. 14, 16 y 33 de la Const. federal.

53 CS Tucumán, 6/4/90, Gutiérrez, José, y otros c/HCCCT, ED, 138-621.

54 Fallos, 256:556.



nunca se había pronunciado sobre si era competente para intervenir en el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, y en este primer caso entendió que las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzaban, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes a fin de resguardar el principio de la separación de poderes, excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley⁵⁵.

La reforma constitucional de 1994 fue la que mayores impugnaciones constitucionales despertó. El caso Polino se alzó contra el proceso pre constituyente al sostener que el Congreso había violado el trámite constitucional de sanción de la ley de declaración. La Corte, optó por rechazar el planteo aduciendo falta de legitimación del actor, Diputado Nacional. El caso Romero Feris, también legislador, trató de la impugnación del sistema de votación impuesto a los convencionales por la ley declarativa, por violentar derechos políticos representativos de las minorías políticas.

En este caso el Alto Tribunal consideró que a dicha fecha la Asamblea Constituyente ya se encontraba reunida y resultaba abstracto el juzgamiento relativo al sistema de votación de los convencionales ya que no se sabía si lo tomarían o lo rechazarían. Cabe destacar en este caso la disidencia del uno de los Ministros (Fayt) que declaró la inconstitucionalidad del artículo impugnado, lo que consideramos la doctrina correcta.

55 Recordemos que el procedimiento de reforma de la Constitución Argentina previsto en el artículo 30 confiere al Congreso la facultad de declarar la necesidad de reforma y fijar los puntos a reformarse (esto consuetudinariamente se ha hecho por ley). La reforma propiamente dicha la efectúa una Convención ad hoc.



Unos años después (1999) de producida la reforma de 1994 y por efecto de esta se produce un cambio de doctrina en la Corte, en el llamado caso Fayt. El caso debe su nombre al ex juez de la Corte Suprema que planteó una acción contra una disposición incorporada por la reforma constitucional de 1994 que entendía lo afectaba y que establecía que para los magistrados de la justicia federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo al llegar a la edad de 75 años⁵⁶, siendo dicha nueva designación por cinco años y pudiendo repetirse indefinidamente. La Corte Suprema⁵⁷ hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención reformadora de 1994 en la norma impugnada. La doctrina fijada en Fayt significó que por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema se realizara un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la carta magna. Como es imaginable el caso dio origen a un debate profundo en la doctrina nacional⁵⁸.

En el año 2006 sucede, en el marco de una reforma constitucional provincial, , la cual se encuadra en la segunda ola reformista del derecho público

56 Art. 99, inc. 4°, párr. 3° C.N..

57 Fallos, 322:1616.

58 A favor de la decisión de la Corte Suprema pueden verse, entre otros, Fayt, El “self moving”; Sánchez Maríncolo, La inconstitucionalidad y nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional, LL, Actualidad, 2/11/99, pág. 1; Midón, Los límites del poder constituyente. A propósito del caso “Fayt” “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 169, pág. 6; Gil Domínguez, El caso “Fayt”: una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional, “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 170, pág. 4; En contra de la decisión de la Corte Suprema, Hernández, El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales: Sabsay, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 3, 1999, pág. 119 a 137; ColauTTI, Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial, JA, 1999-IV-647; Gelli, Constitución de la Nación Argentina, pág. 364. Se debe sumar a este sector de la doctrina a Frías, Sagüés, Jiménez y Armagnague, quienes así se manifestaron en sus intervenciones en el debate celebrado en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, con motivo de la reunión convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mar. 2000.



provincial el caso Colegio de Abogados de Tucumán⁵⁹, en el cual El Superior Tribunal de Justicia declaró la nulidad completa de dos instituciones incorporadas por la Convención: La enmienda constitucional y el Consejo Asesor de la Magistratura.

Cabe interrogarse sobre si la sentencia -en muchos de sus pasajes- no refleja la visión particular de los jueces de la arquitectura social.

Las perspectivas del control de constitucionalidad.

El desafío social: la evolución de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad.

La igualdad como derecho ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos no presentan la igualdad en estado “puro”, sino vinculada con otros derechos, como el del consumo o los derechos políticos. La Constitución Nacional Argentina ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones (igualdad ante la ley (art. 16 C.N.); prohibición de fueros personales (art. 16 C.N.); igualdad entre nacionales y extranjeros (art. 20 C.N., etc. y se ha visto enriquecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N.). Por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal, hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real obligando al Estado a legislar en materia de medidas de acción positiva sobre los grupos desaventajados, como los ancianos o las personas con discapacidad. Asimismo,

⁵⁹ CContAdm Tucumán, Sala II, 5/2/08, LLNOA, 2008-85, confirmada parcialmente por CS Tucumán, Sala Lab y ContAdm, 8/9/08, LLNOA, 2008-844.



el artículo 43 prevé el amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo pautas marcadas con anterioridad por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Korematsu v. United States* de 1944, y la Jurisprudencia Europea, ha ido elaborando distintos criterios de análisis del control de la reglamentación de los derechos en su cruce con la igualdad.

Así ha distinguido el “test de mera razonabilidad”, que se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, exigiendo que quien cuestione la validez constitucional acredite su irracionalidad; y un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es atravesado por el principio de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características, dando lugar a las llamadas “categorías sospechosas de inconstitucionalidad” que invierten la carga de la argumentación.

La Convención Americana de Derechos Humanos que mantiene primacía en casi todos que la han aceptado contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así, todo norma o trato desigual basado en alguna de esas categorías prohibidas debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y requiere de un plus de fundamentación



de su objetividad y razonabilidad por parte del autor de la norma o el acto.

Los primeros antecedentes de este criterio de revisión estricto de la Corte Argentina se vincularon con la distinción entre nacionales y extranjeros⁶⁰. Pero, la Corte Suprema fue ahondando en esta intensidad del control en otros casos, como “Alvarez, Maximiliano”⁶¹ donde la discriminación parecía provenir de cuestiones ideológicas o políticas; y “Reyes Aguilera”⁶² donde la actora, además de extranjera era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza.

La Comisión Interamericana comenzó a utilizar este criterio estricto de revisión en casos de discriminación de sexo y de raza como⁶³, al igual que la Corte Constitucional Colombiana⁶⁴.

Ahora bien, las calificaciones prohibidas son notoriamente amplias, ya que se refieren a la nacionalidad, al sexo, a la religión, a la raza, a la opinión política, los impedimentos físicos, la orientación sexual, y al origen social y la posición económica.

Existiendo en muchos países grandes sectores marginales de la sociedad sumidos en una pobreza estructural que los inhibe o limita del acceso a los bie-

60 CSJN Fallos 311:2272, in re “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20 C.N.) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular. CSJN fallos 321:194, in re “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998. CSJN fallos 327:5118. in re “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004. CSJN fallos 329:2986. in re “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006. Puede verse un análisis completo en Amaya Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Astrea (2ª edición), Buenos Aires, junio de 2015.

61 CSJN sentencia del 7/12/2010.

62 CSJN fallos 330:3853, in re “R.A., D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007.

63 CIDH, María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Caso 11.625, Informe N° 28/98, párr. 36.

64 Sentencia C-101/05.



nes y servicios más elementales, las categorías sospechosas parecería que pueden constituir una herramienta de protección judicial de quienes se encuentran en situación de alta vulnerabilidad dentro de la comunidad política. ¿Será esta su evolución?

b) El desafío político: la armonización de la regla de la mayoría y el pluralismo político

El Derecho Constitucional clásico del siglo XVIII en su vertiente liberal; y el moderno social reformulado en Europa luego de finalizada la segunda gran guerra, han edificado y reafirmado su postulado de la limitación del poder, tanto desde la perspectiva de la organización del mismo como de la individual de los derechos humanos.

La transformación de las sociedades y de las relaciones surgidas en su seno, hizo necesario admitir sujetos colectivos, como los partidos políticos y los sindicatos, los cuales ya han alcanzado relevancia constitucional hasta garantizarles una esfera de derechos que operan también como límite a la acción del poder.

Sin embargo, existen dogmas como el de la existencia de una voluntad general única, soberana, que se deposita sobre esquemas formales que mantienen inalterado el principio del control del poder ejecutivo por parte del legislativo, situación que en la realidad sociopolítica se ha transformado profundamente.

Este aspecto plantea problemas cuando la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, es decir cuando el esquema institucional no responde al esquema teórico con el que se intenta explicarlo, y lo que es peor, con el que se intenta legitimar la democracia.



En estos supuestos, el desfase existente entre el sistema de valores y los principios proclamados y las instituciones concretas, conduce a una teoría incapaz de captar la realidad política, entrándose en una peligrosa dinámica de deslegitimación de las instituciones.

Actualmente parece haberse aceptado que la concepción unitaria de la sociedad, es decir el pueblo como titular homogéneo de la soberanía no se ajusta a la realidad⁶⁵. El pluralismo se ha afirmado como uno de los principios fundamentales del sistema democrático moderno.

Sin embargo, y tal como ocurriera en su momento con los partidos políticos, el derecho todavía no ha receptado todas las consecuencias de esta nueva situación, ya que aceptar el pluralismo supone admitir que siendo el pueblo plural, su voluntad soberana también lo es; y en consecuencia, tanto la voluntad mayoritaria como la minoritaria emanan de la fuente misma del poder soberano⁶⁶.

Así, una cosa es que la técnica de las mayorías constituya un medio necesario para posibilitar la formación de una voluntad única del Estado, como forma de organización social; y otra es que esa técnica se proyecte sobre todo el funcionamiento estatal y en especial sobre el ámbito de la discusión, justificando ciertos desequilibrios a favor de la mayoría hasta dificultar la expresión de opiniones alternativas. Estas son en tanto que opiniones concurrentes a la formación de la voluntad estatal, tan legítimas como la mayoría.

65 Como señalara Kelsen, la unidad del pueblo solo puede afirmarse en sentido normativo, ya que según un criterio sociológico es una aglomeración heterogénea. Cfr. Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, pág. 30.

66 Cfr. Basso, Lelio, *Natura e funzioni dell opposizione dell ordinamento costituzionale italiano*, en *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 377.



Por lo tanto, no solo debe tolerarse su existencia, sino que debe reconocerse la función o rol institucional que ejercen, garantizándose los instrumentos y derechos necesarios para el desempeño de este rol institucional.

El planteo, por consiguiente, consiste en integrar la voluntad de la minoría política en los órganos estatales para que el ejercicio del poder no quede exclusivamente en manos de la mayoría. Así corresponden a la minoría política funciones y derechos como la capacidad de conocer como la mayoría ejerce el poder con el fin de denunciar sus errores o buscar aportar alternativas; el derecho a presentar ante la sociedad sus posturas y discrepancias frente a cada decisión que deba tomarse; la capacidad para activar la discusión en aquellas materias que a su juicio deban plantearse, etc.

Sin duda alguna, existe una notable falta de desarrollo en muchos ordenamientos jurídicos en torno a esta situación, si la contrastamos con la homogeneidad alcanzada en el ámbito de los derechos humanos individuales, aunque algunos de ellos tengan una dimensión colectiva.

La distancia entre realidad y norma, entre funcionamiento del sistema político y encuadramiento constitucional, se acrecienta en muchos de los llamados nuevos constitucionalismos latinoamericanos, particularmente en aquellos países que se han visto encandilados por políticas populistas que han generado grandes movimientos sociales y políticos de apoyo. En estos contextos la minoría política sufre serios embates que limitan los derechos de sus integrantes hasta límites previamente inadmisibles.



b) El desafío regional: la evolución del control de convencionalidad.

El dialogo jurisdiccional entre la Corte IDH y la CSJN comenzó progresivamente desde los años noventa⁶⁷ y, si bien hoy sus fallos y jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales Argentinos teniendo estos la obligación de ejercer un control de convencionalidad⁶⁸ entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de estos ha hecho la Corte, incluso de oficio, el proceso de reconocimiento y aceptación no fue fácil ya que, por un lado la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad de factores, y por otro, el activismo de la Corte IDH la ha puesto al borde, en varios casos, de una casi natural resistencia por parte de los Estados⁶⁹. Un primer desafío regional al control de convencionalidad y a la posición del Tribunal Internacional regional dentro del sistema jurídico interno de los países, lo constituye las diferencias jerárquicas que establece el principio de supremacía, en los Estados: por ejemplo en Argentina el Pacto de San José y sus órganos tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 Const. Argentina), y en Paraguay la constitución nacional tiene prelación sobre los tratados internacionales (art. 137 Constitución paraguaya). Otro, circunda el sistema de control de constitucionalidad de cada uno de los países: ¿puede el

67 En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011 ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre Medidas Provisionales dictadas hasta el 2011 en más de 110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 Opiniones Consultivas dictadas desde 1982.

68 El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte IDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano v. Chile”. sentencia del 26 de septiembre de 2006.

69 Cfr. Sagües Néstor Pág., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 247 y ss.



juez inferior paraguayano ejercer control de convencionalidad si carece de la facultad constitucional para ejercer control de constitucionalidad ya que el sistema está exclusivamente concentrado en la Sala Constitucional de la Corte Suprema?. Otro interrogante se centra en los efectos internos de la doctrina de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión: ¿constituyen pauta legal obligatoria para los otros países no involucrados?

La Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano en los casos: “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta” puso énfasis en señalar los efectos erga omnes de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso Perú⁷⁰, comportándose como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía con efecto erga omnes y sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular) sino que se multiplica expansivamente a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La Corte Argentina pasó de considerar la jurisprudencia una “guía para la interpretación de los preceptos convencionales” en el caso “Giroldi”⁷¹; sostener en el caso “Acosta”⁷² que la jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno; posicionarse en el llamado caso “Bulacio”⁷³ en el año 2003 en que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible

70 Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71).

71 CSJN sentencia del 7 de abril de 1995.

72 CSJN sentencia del 28 de diciembre de 1998

73 Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.



pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este temperamento ha sido receptado por la Corte Argentina en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales⁷⁴.

Esta posición se consolidó en el caso Videla⁷⁵ donde convalidó el deber de efectuar - para evitar la responsabilidad internacional del Estado - el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional.

c) Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”⁷⁶ que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?

La actuación de la Corte IDH y su relación con el control de convencionalidad por parte de la jurisdicción constitucional interna de los países deja

74 Casos “Arancibia Clavel; “Simón”; “René Derecho” y Mazzeo”.

75 CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación” C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010.

76 Sagües, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, pág. 222 y ss.



flotando muchos otros interrogantes, y por consiguiente desafíos a futuro:

¿Qué evolución tendrá el criterio de la Corte sentado en el caso “Gelman v. Uruguay”⁷⁷ del cual se derivó que una ley incompatible con los derechos humanos, según su perspectiva, no puede justificarse en virtud del principio democrático de las mayorías validando esta ley mediante una decisión soberana? ¿Debe la Comisión IDH dictar medidas cautelares (no autorizadas expresamente en la Convención) en temas políticos, como lo sucedido en el caso Petro c/Colombia⁷⁸?

La doctrina sentada por la Corte IDH en “Lopez Mendoza c/ Venezuela” al entender que el término “condena por juez competente en proceso penal” que autoriza con exclusividad la suspensión de derechos políticos conforme el artículo 23 numeral 2. de la Convención es cerrado y definido y, por tanto, tendría que ser simplemente adoptado por los derechos internos para tener efectividad. ¿Obligaría a los países que poseen instituciones parlamentarias o electorales con facultades de suspensión de los derechos políticos a reformar las mismas? ¿Entraría esto dentro del margen de apreciación de los Estados?

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones en torno a sus efectos.

⁷⁷ Corte IDH caso “Gelman v. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

⁷⁸ Puede verse nuestra opinión en “Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH” (en coautoría con Adelina Loianno), Diario “La Ley”, Buenos Aires, 25/07/14.



c) Otros desafíos: los desafíos estructurales.

El órgano encargado del control de constitucionalidad en una democracia constitucional, afronta papeles o roles potencialmente conflictivo. Debe ser el garante de la Constitución como norma suprema del ordenamiento defendiéndola de las violaciones que puedan cometer los poderes políticos; y también asegurar que éstos puedan desempeñar las facultades de gobierno que la propia Constitución les confiere.

Desempeñar estos papeles en forma simultánea es difícil en cualquier circunstancia y la misma se agudiza cuando las causas en las que se debe intervenir tratan asuntos de vital importancia para la sociedad y el Estado. Esta es quizás la razón por la cual el control constitucional y el órgano a su cargo están en permanente pugna, tensión y crítica frente a la política y a la doctrina especializada; y especialmente en países, como Argentina, que se ha caracterizado por la vocación política invasora y dominante sobre la composición de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, sin otros límites o pruritos que los que marcó la oportunidad política.

Por ello, un desafío estructural para mi país y otros países de Latinoamérica, consiste en advertir la conexión existente entre el control de constitucionalidad y la calidad y estabilidad de la democracia, que deja al descubierto – desde mi perspectiva - cómo la falta de un rol activo u oportuno de las Cortes Constitucionales limitando al poder puede verse reflejando en la calidad y estabilidad de la democracia, ya que en el ámbito de una democracia constitucional la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

Constituyen también, desafíos estructurales la participación del control constitucional en el cumplimiento de las normas presupuestarias; así como la



permanente tensión en la armonización de los derechos individuales y los sociales, en el marco de una sociedad compleja, activa y plural.

Conclusión.

En el desarrollo de todos estos factores que se ha revisado en perspectiva y en prospectiva, el órgano encargado del control de constitucionalidad en un país y dicha función, constituyen – probablemente – unos de los epicentros más importantes institucionales y pedagógicos en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

Referencia

- Amaya , J. A. (2005). Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema Argentina. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*.
- Amaya, J. A. (2012). *Marbury v. Madison*. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad. Asunción: La Ley .
- Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. (2005). El Juez constitucional argentino y su crisis. *Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación*, 6 - 29.
- Basso, L. (1958). *Discorsi e scritti sulla costituzione*. Natura e funzioni dell'opposizione dell'ordinamento costituzionale italiano (pág. 377). Milano: Giuffrè.
- Chemmerinsky. (2004). In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación - Argentina. (2010). El control estricto de



la legitimación y el debido proceso democrático en el caso Thomas. Suplemento Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

García Mansilla. (2008). Harvard Law Review. Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Gelli, M. (2009). Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004 - 2009). XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional. San Miguel de Tucumán.

Sagues, N. (2006). Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos. Buenos Aires: Ad Hoc.

Sagues, N. (2006). La interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Lexis Nexis.