



**Título: “Control constitucional:
Un posible cambio en Argentina”.**

Autor: Maria de los Ángeles Gordillo.

Título a obtener: Abogado.

Facultad de Ciencias Jurídicas.

Buenos Aires, Febrero de 2007.

“La vida es todo aquello que pasa, mientras uno esta ocupado haciendo otra cosa.”

John Lennon.

Agradecimientos:

*A los seres más inocentes, mis hijos Valentina y
Bautista.*

RESUMEN

En este trabajo se describen como surgieron los diferentes sistemas de control constitucional en el mundo, se realiza un recorrido por los países en los que se establecieron Cortes Constitucionales, y por último se enfoca en ver como funcionan dichos controles en países latinoamericanos.

Luego se describen los pasos previos a la sanción de la primera Constitución Argentina, como fueron sus posteriores reformas hasta llegar a la estructura actual con la cual cuenta la misma. También se repasa cual es sistema de control constitucional acogido por Argentina y se plantea el que realiza la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Finalmente se expone una propuesta para el cambio, teniendo presente los beneficios que surgirían del mismo, como las críticas que levanta la posición.

INTRODUCCIÓN.

Cuando comencé a estudiar esta magnífica carrera como lo es para mi Derecho, la inicié con la convicción de que cuando la culminara podría ayudar a los demás a que pudieran disfrutar de manera amplia y serena de todos los derechos que poseen, aunque en algunos casos no los gozan por falta de conocimiento o por renunciaciones tácitas hechas por sus propias conciencias.

Avanzando en mis estudios me di cuenta que las nociones impartidas por todos y cada uno de los docentes, personas de intachable trayectoria y de sabidurías diversas, me ayudaron para caer en la cuenta que el “Derecho siempre está” sobre todo para aquellos que quieran complacerse con sus beneficios y para aquellos que deseen *acercárselos*, describiendo así la labor, no solo de abogados, sino también de la amplia gama de instituciones, colaboradores y demás que forman parte de este conurbano de servicios prestados a la comunidad de la que también somos parte.

Avocada a instruirme acerca del Derecho Constitucional, algo llamo poderosamente mi atención y lo sigue haciendo, esto gira en torno a las “sentencias de constitucionalidad”.

Nuestros tribunales amparan a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que les concede la Constitución en primer término y como estandarte de un verdadero Estado de Derecho, como así también las leyes en sentido general, contra cualquier ataque que pudieren sufrir, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que versa el proceso, sin hacer una declaración general de inconstitucional, respecto de la ley o del acto que la motiva.

Las sentencias solo se ocupan de individuos particulares, limitándose a protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja, el reclamo, en definitiva la acción; sin hacer una declaración general y previa respecto de la ley o acto que la motiva, la sentencia se caracteriza por su peculiaridad, las cuales solo tienen efectos relativos, es decir, se limitan solo a la persona que invocó la protección de la Justicia.

Esta situación es motivo de un amplio debate a nivel mundial, los juristas han dividido sus opiniones en dos grandes grupos, a través de los tiempos.

En primer lugar están los que sostienen que mantener el sistema actual que rige en Argentina, es seguir tolerando que el Poder Legislativo quede

supeditado al Judicial lo que provoca un desequilibrio entre los poderes del estado y en segundo lugar los que reconocen el valor de permanecer en el mismo pero cambiando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes a *erga omnes*.

La justicia concede al quejoso o agraviado que haya promovido un juicio la posibilidad de señalarla como inconstitucional, pero no se anula la ley en relación con los demás administrados, es decir, que la ley sigue viva, actuante, vigente y aplicable.

En nuestro sistema con la sentencia de inconstitucionalidad se logra la desaplicación de las leyes al caso concreto, más que un medio de impugnación por el cual se logra su anulación, ya que se limita a hacer una declaración particular, lo que concede un privilegio, a mi entender, a algunos ciudadanos de la República, provocando así una evidente *desigualdad*, pues considero que la ley que no se aplica en contra del quejoso que ha obtenido una sentencia favorable, perdiendo así su característica de general, ya que su vigencia y efectos persisten para los demás gobernados.

Se da de esta manera una alteración a lo establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional que dispone “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley,…”

Esto abre el interrogante ¿es realmente respetado este principio? Este principio es el dado en llamar principio de Igualdad ante la ley que es uno de los pilares fundamentales de la nuestra Constitución Nacional. Lo grave e injusto es la desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos los que no promueven el juicio y pone en duda el principio de supremacía constitucional, ya que se condiciona la superioridad de la ley fundamental al hecho de promover y ganar un juicio.

Propongo dentro de este trabajo la búsqueda de una solución que instale un corte rotundo a esta injusticia que causa la justicia, valga el juego de palabras, investigando las ventajas que puede ofrecer el proyecto de un cambio en nuestro sistema, con la base de un modelo diferente pero no nunca ensayado, como es la creación de una “Corte de Constitucionalidad” como es llamado al tribunal ante quien se plantearía la revisión de las leyes, de manera posterior a la sanción de las mismas pero previo a ponerla en vigencia para que rija las vidas de todos los ciudadanos.

Esta Corte de Constitucionalidad observaría el principio de la supremacía constitucional, y revisaría la eficacia de la interpretación de las premisas fundamentales que surgen de la Constitución Nacional, todo ello dentro de la órbita del poder Judicial para actuaría de manera independiente a la Corte Suprema, sería un órgano autónomo.

Intento con la elaboración del presente trabajo explicar y justificar la necesidad de un cambio profundo en la administración de la justicia nacional.

Pretendo solo el perfeccionamiento o aunque sea el acercarnos cada vez más a la **igualdad** y a la **justicia**.

Capítulo I

I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. Introducción.

La existencia de una Constitución es una consecuencia de la forma concreta en que se entiende el orden político y supone, por tanto, un ensayo de racionalización, de organización del Estado de acuerdo con un orden considerado superior, al cual intenta legitimar.

La concepción de Constitución implica necesariamente la idea de limitación del poder. La sociedad política necesita para persistir y desarrollarse la organización de una forma política, la que debe constituir un límite insuperable para el poder.

La Constitución es la que limita al poder y pone a éste al servicio de un fin, orientado por el derecho.

La limitación del poder tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de las personas y sociedades intermedias y evitar la arbitrariedad, bajo la forma de abuso o desviación de poder.

La Constitución nace y se desarrolla como racionalización del poder y como defensa de la libertad. Como decía Cassirer, “la libertad es la vida de la razón y el ser racional sólo en libertad puede convivir”¹.

Es por ello que ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

La Constitución no constituye sólo una técnica jurídica de organización del Estado contemporáneo, sino que para ser legítima debe ser coherente con la idea de derecho vigente en la sociedad, la cual incluye los principios de autodeterminación del pueblo y el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales. Este último es un rasgo fundamental de toda organización del poder y de toda legalidad que tenga pretensión de legitimidad en la sociedad contemporánea.

¹ Cassirer, E.. *Filosofía de la Ilustración*. 2º Ed. Pág. 276. México: Ed. Fondo de Cultura Económica; 1970,

En el curso del siglo XX, especialmente en la segunda mitad del siglo pasado, se ha transitado de un concepto de Constitución y de constitucionalismo regulador de las relaciones básicas del poder constituido, que determina las reglas de acceso y ejercicio de competencias de los diferentes órganos estatales y una declaración de derechos que se hacen efectivos por el legislador, que podríamos denominar constitucionalismo básico o mínimo a un constitucionalismo desarrollado o fuerte.

Este constitucionalismo fuerte desarrollado en la segunda mitad del siglo XX se basa en una clara legitimidad democrática, una estructura del poder estatal basada en un equilibrio y contrapeso de órganos y funciones estatales, como también procesos de decisión que respetan, promueven y garantizan los derechos fundamentales o derechos humanos.

La concepción de Constitución y de constitucionalismo determina la concepción de defensa de la Constitución y la mayor o menor amplitud de la jurisdicción constitucional, como asimismo, la fuerza normativa efectiva de la Constitución sobre gobernantes y gobernados.

2. La supremacía de la Constitución y la suprallegalidad constitucional.

La Constitución se establece como la norma o el conjunto normativo de carácter supremo que se impone a gobernados y gobernantes.

La supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución establecida como decisión política por el poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

La supremacía constitucional obtiene su garantía jurídica de la suprallegalidad; las constituciones auténticas, salvo raras excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.

La suprallegalidad se encuentra mejor protegida cuando la Constitución prevé un procedimiento especial de modificación o revisión (rigidez constitucional).

La rigidez constitucional es así la consecuencia de la suprallegalidad que constituye, a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución.

3. La defensa jurídica de la Constitución.

Héctor Fix Zamudio, sostiene que: “La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y reprimir su desconocimiento. Y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr la paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental.

Por este motivo nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre esos dos sectores, que, en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material”. Agregando que la defensa constitucional “no debe considerarse sólo desde un punto de vista estático, que concuerda de cierta manera con la idea de conservación de la Constitución”, la que tiene un “sentido exclusivamente conservador y estático de la defensa constitucional, sino que la Constitución tanto en su sentido material, pero también desde el ángulo formal, es forzosamente dinámica y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes”.

Así la idea de la defensa constitucional tiene por objeto no sólo el “mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, es decir, que sólo resulta digno de titularse un ordenamiento con un grado de eficacia y proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias”².

El concepto de defensa de la Constitución, comprende las Garantías Constitucionales y la protección de la Constitución.

Las Garantías Constitucionales son “los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado”, a

² Fix Zamudio, Héctor. “*La Constitución y su defensa*”, ponencia en Coloquio internacional realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, agosto de 1982.

través de los instrumentos protectores, destinados a corregir las investigaciones constitucionales, y que en su conjunto son objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

Este conjunto de instrumentos de garantías de las normas constitucionales ha sido destinado con el nombre de Justicia Constitucional, concepto que acentúa el carácter predominantemente de valía de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico.

No es suficiente confirmar el principio de la supremacía constitucional.

Es preciso, organizar un procedimiento para que este sea efectivo y el acto o norma inconstitucional en consecuencia no se aplique. Es muy importante tanto reconocer el principio de supremacía de la constitución como dotar de procedimientos correctos a las personas que lo sufren para llegar a definir su situación como la de los otros ciudadanos.

4. Orígenes y evolución de los sistemas.

4. 1. Constitucionalismo Norteamericano.

A él se le debe la construcción de uno de los principios básicos sobre los que se asienta el orden constitucional, cual es la supremacía constitucional; principio que implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado, otorgándole el valor de ley suprema colocándola por encima de las demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de un estado, de las cuales constituye su fuente primaria.

El sistema norteamericano constituyó una innovación frente al sistema inglés del cual surgió. Encontramos, no obstante en el derecho inglés, un importante antecedente de la formulación de la supremacía constitucional y es la sentencia del juez inglés Edward Coke, quien en el caso Bonham, del año 1610, introdujo la idea de un "fundamental law", dicho magistrado sostuvo "que el Common Law gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aún sobre las Leyes del Parlamento y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de la limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía"³.

³ González Rivas, Juan José. *"La justicia constitucional: derecho comparado y español"*. Pág. 33. Madrid: Revista de Derecho Privado; 1985.

Esta idea encontró su pleno desarrollo en la Constitución Norteamericana, constitución escrita y rígida; pero ésta no se hubiera mantenido sino se hubiese apoyado en la teoría de la "judicial review", la que establece la competencia de los jueces para realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes.

Según García de Enterría, la concepción de la Constitución como ley suprema que sienta los valores supremos de un orden, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho⁴. Esta concepción incorpora, por una parte la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como "lex legum" y como "lex inmutabile", sostiene el nombrado autor, citando a Corwin.

Pero a la vez aporta, para hacer efectiva esa superioridad, ese superderecho, técnicas específicas propias del "common law", concretamente dos: la formalización en un documento solemne de ese "fundamental law", documento que es al que precisamente se va a reservar el término de Constitución, y que viene de la experiencia pactista de las colonias americanas, los llamados "charters" (privilegios) o "covenants" (pactos o convenios); y en segundo término, y esto tiene especial relieve, el "common law" es el que habilita una técnica específica en favor de esa supremacía constitucional, la técnica de la "judicial review", que proviene del "common law" inglés, de su posición precisamente central como "derecho común", desde la cual el derecho común puede exigir cuentas a los "statutes", a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales que son, que penetra en un derecho común ya constituido.

Esta técnica de predominio del "common law" sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, se sigue llamando "The control of the common law over statutes", es decir el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho Común sitúa dentro del sistema que él representa y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el legislativo, puesto que el "common law" en su esencia no es un derecho

⁴ A. Predieri y E. García de Enterría. *"La constitución como norma jurídica"*, en la obra colectiva *"La constitución española de 1978, Estudio sistemático"*. 2º Ed.. Pág. 95 y ss. Madrid: 1981.

legislado como bien es sabido⁵.

En la Constitución norteamericana de 1787 encontramos que el artículo, VI, Sección II, establece "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado", plasmando así el postulado fundamental de la supremacía constitucional.

En el año 1795, se establece la diferencia entre el sistema inglés y el sistema norteamericano por parte del Tribunal Supremo sobre la base de que en aquél "la autoridad del Parlamento no tiene límites", no tiene constitución escrita ni "fundamental law" que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, "en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija: contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho Supremo de la tierra; es superior al poder legislativo"⁶.

El artículo 6, Sección II y el artículo 3, Sección II 1, de la citada constitución norteamericana, establece que "El Poder Judicial entiende en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad...etc.", sirvieron de base al juez Marshall para deducir, en el año 1803, en la sentencia dictada en el caso "Marbury vs. Madison" la competencia de la justicia para velar por la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales y se estableció la idea de la Constitución como Ley Suprema de la Nación; con respecto a la primera idea sostuvo que "Si los Tribunales deben respetar la Constitución y ésta es superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, la Constitución y no las normas legislativas, debe regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables" y con respecto a la segunda idea que "Ciertamente, cuantos han establecido Constituciones escritas las consideran

⁵ García de Enterría, Eduardo. *"Del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas"*. Nº 1. Pág. 37 y ss.. España: Revista española de Derecho Constitucional; 1981.

⁶ García de Enterría, Eduardo. *"La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional"*. Pág. 54. Madrid: Ed. Cívitas; 1983.

como formando la Ley Suprema de la Nación y, en consecuencia, la teoría de un Gobierno así establecido debe ser que un acto de la Legislatura contrario a la constitución es nulo"⁷.

La constitución norteamericana se va a regir por el modelo de control de constitucionalidad difuso en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de norma suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ella ésta la Constitución. En este sistema todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad no es facultad exclusiva del Tribunal Supremo Federal, sino de todos los Tribunales. Así establece el artículo 3, Sección 1 "El Poder Judicial de los Estados Unidos reside en un Tribunal Supremo y en los Tribunales Inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo..." y en la Sección II, 1, de la aludida norma.

4.2. Constitucionalismo Europeo.

La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes es tardía, pues recién se concreta durante la primera posguerra o sea en 1919-1920 y tiene lugar por dos vías principales y a la vez con una sustancial transformación del modelo. Una vía que viene del Imperio Alemán y de la Monarquía Austro-húngara, concluye en la Constitución alemana de Weimar que instituye un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. El segundo sistema que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, es el sistema austríaco, plasmado en la constitución de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, obra de Hans Kelsen.

Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico que es concentrar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordena sobre el principio "stare decisis" que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La

⁷ Miller, Jonathan y otros. "*Constitución y Poder Político*". Pág. 11 y 12. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1987.

fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de "jurisdicción concentrada", frente al sistema de "jurisdicción difusa", propio del constitucionalismo americano.

Para Kelsen el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No enjuicia situaciones concretas ni hechos específicos sino que limita su función a resolver el problema de la "Vereinbarkeit", de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema pero haciéndolo "ex nunc", no "ex tunc", mediante una sentencia constitutiva.

Este proceso se aísla del proceso donde la cuestión ha sido suscitada, de donde se remite la resolución del problema abstracto de compatibilidad como incidente previo. El Tribunal Constitucional es un legislador, solo que no un legislador positivo sino un legislador negativo. El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional.

El modelo de la Constitución austriaca de 1920 va a ser un modelo para todo el constitucionalismo de la primera posguerra. En la segunda posguerra vuelve a retornar esta influencia pero de una manera diferente. Por las experiencias vividas frente a poderes totalitarios "el legislador pasa a ser la mayor amenaza para la libertad, es por esto que se retoma la idea de los Tribunales Constitucionales, siguiendo al modelo kelseniano, y así lo hacen Italia y Alemania pero con algunas diferencias: no se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución.

5. Sistemas de control.

Los autores difieren en la manera de clasificar los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, mientras Zarini⁸ los clasifica en político,

⁸ Zarina, Helio Juan. "*Derecho Constitucional*". Pág. 68 y ss.. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.

jurisdiccional y mixto; Ramella⁹ insiste en catalogarlos como contralor por un cuerpo político, por los jueces y ausencia de contralor; mientras que Nino¹⁰ en su obra los encasilla como sistema jurídico británico, sistema continental europeo y analiza al final el control norteamericano, sin olvidarnos de Gozaíni¹¹ que los menciona como Sistema americano, político y mixto. Tomo de todos estos autores, entre otros, los lineamientos generales significativos, a mí entender, para desarrollar este trabajo y realizo una clasificación exclusiva para esta tarea que es la que sigue.

5.1. Control de constitucionalidad por un órgano político.

Este control lo llevan adelante las Cámaras legislativas u órganos diferentes a los judiciales. Los defensores de este sistema esgriman que la constitución es un conjunto de normas de sustancia política, y que el control de su supremacía se debe confiar a un órgano político y no jurídico. Debe tenerse siempre presente que la facultad de control es importante ya que tiene relación directa con las normas del Estado y con los poderes públicos, todo ello dentro del ámbito que le ha determinado la misma constitución.

Si el control político es por parte de las Cámaras legislativas, los partidarios argumentan que al estar ellas conformadas por la voluntad popular que refleja una elección popular esta no debe ser quebrantada.

El sistema de control a cargo del órgano legislativo parecería un absurdo, puesto que se confiere a quien sanciona la norma la función de controlar si se ajusta o no a la constitución. Es en sí un autocontrol. No se puede esperar de la asamblea legislativa, o de la mayoría de sus miembros que se corrijan a sí mismos, quien ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la constitución.

Esta vía de control político se adoptó en las constituciones francesas de 1852 y 1946, donde el control lo efectuaban el Senado y el Comité Constitucional, respectivamente. La Constitución de Francia, de 1958, creó el

⁹ Ramella, Pablo A. "*Derecho Constitucional*". Pág. 208. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1985.

¹⁰ Nino, Carlos Santiago. "*Fundamentos de Derecho Constitucional*". Pág. 659 y ss. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.

¹¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni. "*La Justicia Constitucional*". Pág. 11 y 15. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994.

control político por medio de un Consejo Constitucional encargado de velar por la superioridad de la ley suprema.

Nuestra constitución de 1853, establece un control político. Su Artículo 5º reza “Cada provincia dictara para si una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria, bajo de estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.” Confiando al Congreso federal la facultad de revisar las constituciones provinciales para verificar si se ajustaban o no a la Constitución de la Confederación.

5.2. Control de constitucionalidad jurisdiccional.

Es el que se desarrolla dentro del Poder Judicial y es el que actualmente cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina.

Las constituciones, entre las que se encuentra la de nuestro país y la de los Estados Unidos, han cargado a los tribunales judiciales la competencia de determinar si las normas jurídicas se conforman o no a la constitución.

En el sistema jurisdiccional no se trata de que los jueces juzguen la oportunidad, la eficacia o la conveniencia de una norma jurídica o de un acto. Lo que hacen los jueces, cuando emiten la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es establecer si es o no contraria a la constitución y aplican esta como ley suprema del Estado, y no el derecho que la contradice.

No es el gobierno de los jueces, como sostienen los detractores de este sistema, que dicen además que los magistrados suplirían a los legisladores elegidos por el voto a través de la voluntad popular.

Determinar si el legislador actúa dentro de la competencia previamente delimitada por la propia constitución; de advertir si existen oposición o no manifiesta entre la constitución y las normas o los actos públicos o privados; son entre otras, cuestiones de derecho que deben someterse a la competencia judicial.

Es el Poder Judicial, quien tiene estatus para resolver todos los problemas jurídicos, aplicando la constitución del Estado y las normas vigentes, por ende “el derecho” dejando de emplear aquellas que contradicen a la

Constitución.

Este control tiene a su favor que cuentan con la competencia técnica y especializada de los jueces y con las seguridades que otorga el procedimiento judicial (garantías del debido proceso: contrariedad, derecho de defensa, prueba, Fundamentación y oportunidad de la sentencia).

Este sistema de control, descansa en los siguientes elementos: a) necesidad de un caso concreto donde se plantee la cuestión constitucional (originando el problema si este caso puede ser deducido de oficio por los mismos jueces intervinientes; b) la decisión no tiene, por vía de principio, más proyecciones que para el litigio que se resuelve (es decir, no tiene efectos *erga omnes*; c) se debe considerar como una situación excepcional y sujeta a otros requisitos procesales, tales como demostrar la relación directa e inmediata que tiene el sujeto activo respecto a la ley que denuncia como inconstitucional; demostrar también los perjuicios que la aplicación de la norma le causa; se debe interponer el caso oportunamente y la “causa” debe mantener actualidad al tiempo de resolverse. El juez no podrá declarar cuestiones de constitucionalidad cuando los temas resultan abstractos.

El sistema admite también otras peculiaridades que se analizan como sigue.

A) Órgano que controla.

Según quien sea el órgano que ejerza el control de constitucionalidad, pueden diferenciarse dos sistemas.

a- Sistema Concentrado.

Cuando el control es ejercido por un solo órgano jurisdiccional, con competencia exclusiva para ello (por ejemplo Italia, Uruguay). La jurisdicción concentrada admite la creación de un tribunal especialmente destinado a ese fin, el del control de constitucionalidad de las leyes. Este cuerpo innegablemente posee funciones jurisdicciones.

Dice Cappelletti que “en el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de

aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por lo contrario, los jueces comunes (civiles, penales o, en su caso, administrativos) son incompetentes para conocer la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea "incidenter tantum", es decir, con eficacia limitada al caso concreto"¹².

Hay veces que este control de constitucional se promueve directamente, por acción o excepción. Hay otras que la actuación del órgano deviene incidental o prejudicial.

En el supuesto de que el juez rechace la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa o ser manifiestamente infundada, no impide que el problema vuelva a plantearse en cualquier etapa del proceso, pero solo cuando el tribunal de instancia considere acertado la elevación al Tribunal Constitucional.

La actividad de estos órganos colegiados es múltiple y diversa. Si bien conservan la función primordial de control de la supremacía, en España, por ejemplo, también interviene en acciones de amparo por violaciones a garantías, y realiza el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales. En España se ha separado cuidadosamente los jueces y tribunales ordinarios de la Constitución, siendo el Tribunal de Garantías el único vínculo con ella, "el juicio que este Tribunal se reserva, de eliminar (ex nunc) las leyes inconstitucionales, no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la ley inconstitucional, es más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador, y no entre Constitución y ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las leyes que no son compatibles con ella, el "legislador negativo". Lo esencial aquí es que la invalidez de la ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del legislador negativo. Los tribunales ordinarios están solo vinculados a las leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución..."¹³

¹² Cappelletti, Mauro. *"El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes"*. Pág. 41. México; Ed. UNAM,; 1976.

¹³ García de Enterría, Eduardo. *"La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional"*. Pág. 60. Madrid: Ed. Cívitas; 1985.

Se debe tener en cuenta y no hay que perder de vista que el Tribunal Constitucional no es el único interprete de la supremacía constitucional, el monopolio que posee solo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

b- Sistema Difuso.

El sistema difuso organiza el control de constitucionalidad sobre la base del sistema americano, este control esta a cargo de cualquiera de los jueces que integran el Poder Judicial la potestad de revisar la adecuación normativa a la carta fundamental es de todos y cada uno de los jueces que la componen (por ejemplo, Argentina, Estados Unidos). Este sistema es sencillo: el magistrado, esta en ejercicio del poder jurisdiccional que surge de la soberanía del Estado, y esta obligado a interpretar la ley para adecuarla a los mandatos que establece la supremacía constitucional; si el encuentra que existen leyes o normas en conflicto, debe aplicar la que cuente con preeminencia, y si son de igual jerarquía, debe recurrir a los principios generales.

Esta potestad interpretativa es la que le otorga al sistema un verdadero poder, que algunos autores consideran que es político, porque consiste en el poder de impedir, y si el control se traduce en la no aplicación de ciertas normas que se aprecian como inconstitucionales, es lógico concluir que los jueces descalifican las leyes generando de cierta manera un "poder político"¹⁴. Kelsen¹⁵ demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del juez. Al resolver el conflicto esta creando una nueva norma de grado inferior, aplicando una norma de grado superior.

La existencia de un conflicto que surge entre individuos de la sociedad es resuelta por el juez en una doble etapa de conocimiento (interpretación de la ley) y ejecución (objetivación; creación de la norma individual) de lo decidido¹⁶.

No hay que olvidarse que al ser una decisión jurisdiccional cuenta con los alcances de la cosa juzgada (efectos inmutables y definitivos).

La norma constitucional orienta la general y ésta condiciona a la

¹⁴ Vanossi, Jorge Reinaldo A.. *"Teoría Constitucional"*. T. I. Pág. 78. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1987.

¹⁵ Kelsen, Hans. *"Teoría pura del derecho"*. Pág. 154. Buenos Aires: Ed. Eudeba; 1969.

¹⁶ Gozaíni, Osvaldo A.. *"El control de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances"*. Págs. 865 y ss.. Buenos Aires: "La ley", t.1985-E.

individual. Cuando alguna de ellas renuncia al predominio fundamental se produce el conflicto, y entonces cabe preguntarse ¿Qué es más importante para el Estado: que un juez resuelva el conflicto individual, protegiendo los derechos particulares, o es más trascendente la defensa social? Estas son las causas principales de resistencia a este sistema.

En América Latina, la mayoría de los países han optado por el sistema difuso de revisión judicial, siendo diversos los instrumentos procesales que mejor realizan. En México el amparo resulta la herramienta adjetiva por excelencia, en Venezuela se utiliza el recurso de protección y en nuestro país como en Brasil el recurso extraordinario de inconstitucional por un lado, aunque en Argentina se recurren a ambos. Estos controles permiten el curso de todas las instancias de los procesos ordinarios de manera que las cortes superiores se convierten en el intérprete final de las cartas fundamentales.

Otra modalidad que surge de los sistemas latinos son los sistemas que priorizan agotar la problemática constitucional en solo una instancia. Por ejemplo, el llamado “recurso de inaplicabilidad” de Chile, por el cual “la Corte Suprema de oficio, o a petición de parte, en las materias que conozca o que le fueren sometidas en recursos interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento” artículo 80 constitucional.

B) Vías procesales por las que se alcanza el control.

El control de constitucionalidad puede llevarse a cabo de diferentes formas.

a- Directa de demanda o de acción.

Es realizar una demanda directa por la que el supuesto lesionado, la impugna pretendiendo impedir su aplicación mediante la declaración judicial que corresponde.

Si observamos derecho comparado, la demanda puede ser interpuesta por:

- la parte interesada, que es la presuntamente perjudicada y
- cualquier persona por medio de la acción popular.

b- Indirecta o de excepción.

En este caso es raíz de un litigio en que una de las partes teniendo como fin defenderse alega la inconstitucionalidad de una ley y así lo solicita. El control de constitucionalidad lo realiza la justicia a pedido de partes interesadas en el proceso, pero el proceso principal no versa sobre la constitucionalidad en si, sino que surge como una excepción, un accesorio que se desprende de la causa primera.

También el control lo puede realizar de oficio el juez, quiere decir que no es necesaria la petición de las partes, el juez directamente analiza la constitucionalidad, sin mediar pedido alguno. En nuestra Constitución esta facultad surge del artículo 43 (texto agregado con la reforma constitucional del año 1994) en donde se establece la Acción de Amparo, el cual reza en el primer párrafo ultima parte "En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucional de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.", más adelante volveré en este punto para afrontarlo con profundidad.

c- Incidente derivado.

Se realiza incidentalmente la cuestión de constitucionalidad y el juez que conoce en el juicio se desprende transitoriamente de él elevándolo al órgano único (jurisdicción concentrada) que tiene a su cargo el control. Resuelta la inconstitucionalidad planteada por este órgano, devuelve la causa al juez de origen para que dicte la sentencia respectiva. Este proceso se usa cuando el control esta a carga de un órgano jurisdiccional único son ejemplo de ello Italia y Uruguay.

C) Efectos de la declaración judicial.

Según su alcance se encuentran en el derecho comparado los siguientes sistemas:

a- Limitado o restringido.

Cuando la declaración solo produce efectos en el juicio en que aquella se planteo y entre las partes que intervinieron en él, es un ejemplo claro de este sistema el nuestro y por supuesto Estados Unidos. La sentencia, no puede

ser aprovechada por otros que no intervinieron como partes en el juicio donde se ventilo la constitucionalidad.

b- Amplio o erga omnes.

Cuando la inconstitucionalidad declarada puede ser aprovechada por todos, los efectos de la sentencia se extienden hacia todos los componentes de esa sociedad en donde se entable el juicio de revisión de la supremacía de la ley fundamental. Esta declaración afecta la norma de manera directa que queda automáticamente derogada o motiva la obligación de derogarla por parte del órgano que la dicto, son ejemplos de este sistema países como Italia y Cuba.

5.3. Control de constitucionalidad mixto.

Este sistema atribuye el control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, a tribunales constitucionales (órganos mixtos integrados por elementos profesionales, de la judicatura y otros de carácter político). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de esos tribunales, generalmente provocan la anulación o ineficacia de la norma. Ejemplos típicos de tribunales mixtos son los regulados por las constituciones austriaca de 1920, checoslovaca de 1920 y española de 1931.

6. Formas de control.

En los sistemas analizados anteriormente existen formas de instrumentar el control de la constitucionalidad de las leyes. Del mismo mecanismo se derivan características.

6.1. Control político (preventivo)¹⁷.

Algunos autores ponderan cierta desconfianza hacia los jueces y justifican así la idea de privarlos de cualquier poder político.

Este argumento proviene de pensamientos que se impusieron durante la revolución.

¹⁷ Gozaíni, Osvlado Alfredo. *“La justicia Constitucional”*. Págs. 22 y ss.. Buenos Aires: Ed. Desalma; 1994.

Rousseau sostenía que la ley era la expresión de la voluntad general, y como tal era sancionada por el Parlamento. Este órgano es muy significativo de la soberanía ya que es el primero que la representa, es el único cuerpo orgánico que elegía directamente el pueblo. En resumidas cuentas el pueblo era igual a la ley. El dogma roussoniano era que la Legislatura siempre actuaba como protector natural de los derechos de los individuos, y era infalible en la defensa de tales derechos.

Bajo estos parámetros no se podía concebir como el juez podía tener tanto poder como para negar la aplicación de las leyes, resultado directo de la voluntad del pueblo, es entonces cuando se piensa en un plan alternativo a esta revisión o control y surge así un órgano especial de carácter político para garantizar la función de la norma constitucional, tiene origen en Francia, cuando la carta constitucional de 1852 atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes al denominado “Comité constitucional”.

Fue así que se pretendió impedir el “gouvernement des juges”¹⁸, aunque justo es decirlo, en la práctica y desarrollo de este sistema la actividad “preventiva” ha dejado de ser un elemento diferenciador respecto a los mecanismos jurisdiccionales.

Analizando el sistema citado, se puede ver que la norma no resulta estudiada por contener un conflicto constitucional, sino que se la examina en abstracto, en forma previa a su promulgación, evitando su dictado y puesta en vigencia cuando se tropieza con obstáculos fundamentales que la corrompen.

6.2. Control jurisdiccional (reparador).

Contrario al sistema anterior, el control de la constitucionalidad de las leyes por medio de los jueces reconoce “plena confianza” en la función jurisdiccional.

Su origen se atribuye, como ya vimos a los Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando se han encontrado antecedentes en algunos fallos del Consejo Privado de la Corona fiscalizando la actividad de los tribunales de la colonia inglesa.

Según Fix Zamudio, además de “este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial, la doctrina del

¹⁸ “Gobierno de los Jueces”.

famoso magistrado inglés lord Eduard Coke, contenida en el clásico asunto de “Thomas Bonham”, resulto en el año 1610, y si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogida por los jueces coloniales Norteamérica señalándose que ya en el año 1657 los tribunales de Boston estimaron en forma clara que de acuerdo con la tesis sustentada en el citado caso “Bonham” tenían facultad para invalidar una ley local”¹⁹.

Así y todo, es en los Estados Unidos donde el mecanismo se implementa y extiende, hasta consolidarse en el conocido asunto “Marbury vs. Madison” del año 1803, a través del voto del juez Marshall. William Marbury y otros demandaron al secretario de Estado Madison para que emitiera sus comisiones como jueces de paz, para lo que habían sido designados en el último momento de su gobierno por el presidente Adams, Marshall sostuvo que, en verdad Marbury y los otros tenían derecho a tales comisiones, pero que la Corte no tenía poder para ordenar a Madison a emitirlos porque la ley judicial de 1789 era en si misma inconstitucional. Lo realmente notable de este fallo desde el punto de vista político es como la Corte renuncio a ejercer un posible poder en un caso concreto –en una situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado pues él había emitido las comisiones como secretario de Estado de Adams-, dado que de lo contrario hubiera generado un conflicto de poderes del que seguramente habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba autoasignarse un poder mucho más general, permanente y profundo.

El argumento principal de Marshall para fundamentar el control judicial de constitucionalidad esta expuesto en estos párrafos: “hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, 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 en el 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

¹⁹ Fix Zamudio, Héctor. “*Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*”. Pág. 145. México: Ed. UNAM; 1988.

constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitables por naturaleza... 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 una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir que es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley esta en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cual de las dos 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 refieren²⁰.

El principio general es que la revisión no se puede someter ni plantear en un proceso constitucional autónomo y específico, iniciado "ad hoc" por medio de una acción especial (iniciativa); al contrario, el planteo ha de ser incidental, o por vía de excepción y de aplicación estricta al precepto que se cuestiona y para el caso donde se aplica (alcances); queriéndose significar, que la competencia para resolver estos conflictos de constitucionalidad, corresponde al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto, saliendo así de la abstracción del sistema político.

²⁰ Nino, Carlos Santiago. "*La organización del Poder*". Pág. 664. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.

Capítulo II

1. Modelos de control en el derecho comparado:

Para poder analizar con detenimiento los diferentes sistemas descriptos, reseñaremos una muestra de cómo se aplican estos en la realidad.

1.1. Alemania: Tribunal Constitucional Federal.

Es uno de los más completos. La Corte Constitucional Federal es una institución característica de la democracia alemana de posguerra. En virtud de la Ley Fundamental, tiene la atribución de derogar leyes regularmente aprobadas dentro del proceso legislativo democrático si considera que vulneran normas constitucionales. La Corte solo puede actuar si se promueve recurso ante la misma. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad el Presidente Federal, el Bundestag²¹, el Bundesrat²² y el Gobierno Federal en cuanto órganos federales, así como también partes integrantes de los mismos (Diputados o Grupos parlamentarios) y los gobiernos de los Estados Federados. La Corte también entiende de los conflictos constitucionales para asegurar la división de poderes garantizada por la Constitución y el funcionamiento del Estado federal.

Asimismo, la Ley Fundamental legitima al ciudadano individualmente para interponer el llamado "recurso de amparo constitucional" cuando se crea lesionado en sus derechos fundamentales por cualquier acto de los poderes públicos. Sin embargo, el alto tribunal tiene la facultad de seleccionar de entre la multitud de recursos interpuestos aquellos casos en los que previsiblemente recaigan sentencias de especial repercusión para la vigencia de los derechos fundamentales. Por último, todos los órganos judiciales alemanes están obligados a promover la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez

²¹ *Bundestag* "Parlamento federal" es el parlamento de la República Federal de Alemania y el órgano federal supremo legislativo. Su cometido principal es representar la voluntad del pueblo. El Bundestag decide las leyes federales, elige al Canciller de Alemania y controla el trabajo del gobierno. Los diputados se eligen cada cuatro años.

²² Alemania es una federación de dieciséis estados llamados Länder (singular Land), *país* o *estado* en alemán) o, de forma no oficial, Bundesländer (singular Bundesland), *Estado federado*. Cada Estado federado está representado a nivel nacional en el Consejo Federal.

dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución (control de normas concreto). La Corte Constitucional Federal tiene el monopolio de interpretación de la Constitución en todos los órdenes jurisdiccionales.

Alemania comparte elementos esenciales de su sistema político con la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Posee el sistema de gobierno de la democracia parlamentaria, es decir, la política gubernamental es dirigida por el jefe del gobierno y sus ministros pero no por el jefe del Estado. Como consecuencia de los elevados estándares que fija la Ley Fundamental en términos de Estado de Derecho y democracia, en ocasiones también la Corte Constitucional Federal se erige en actor de la política europea. El alto tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que el ordenamiento jurídico europeo debe satisfacer los criterios de la Ley Fundamental antes de que Alemania ceda derechos de articulación política a la Unión Europea. Así pues, la “garantía de perpetuidad” de los principios informadores de la Ley Fundamental hasta cierto punto se ve tensionada por la profesión de fe europeísta dimanante del propio texto constitucional.

La Corte Constitucional Federal tiene sede en Karlsruhe, se compone de dos salas, cada una de las cuales está integrada por ocho magistrados elegidos por mitades por el Bundestag y el Bundesrat por un período de doce años, no admitiéndose la reelección.

1.2. Italia: Corte Constitucional.

La Corte Constitucional fue creada por la Constitución de Italia y ha organizado con mayor profundidad jurídica el contralor constitucional, al crearla.

El Tribunal Constitucional conoce:

- a. Las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones;
- b. Los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones y
- c. Las acusaciones contra el Presidente de la República, según lo previsto por la Constitución.

El Tribunal Constitucional esta compuesto por quince magistrados, un tercio de los cuales es nombrado por el Presidente de la República, otro tercio

por el Parlamento, en sesión conjunta, y el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

Los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos de entre los magistrados, incluidos los jubilados, pertenecientes a las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedráticos de las universidades dentro de disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

Los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por nueve años que se empiezan a contabilizar, desde el día de su juramento, sin que puedan ser nuevamente designados.

Cuando expira su mandato, cada magistrado constitucional cesa en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal elige, de entre sus componentes a su Presidente, que permanece en el cargo por un trienio y que puede ser reelegido, sin perjuicio de la expiración del cargo de juez.

El cargo de magistrado es incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo o puesto.

En los juicios de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros elegidos a suertes por un colegio de ciudadanos que reúnen los requisitos para ser elegido como senador y que el Parlamento elige, cada nueve años, siguiendo los mismos trámites establecidos para el nombramiento de los magistrados ordinarios.

Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto con fuerza de ley, la norma deja de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia.

La resolución del Tribunal se publica y se notifica a las Cámaras y a los Consejos Regionales, si lo consideran necesario.

1.3. España. Tribunal Constitucional.

Ya en el artículo, 160 de la Constitución de 1812, se otorgaba a la Diputación Permanente de las Cortes, la misión de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes.

A su vez el proyecto de constitución Federal de la República española

de 1873 señalaba que en el caso de que el Poder Legislativo elabore alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en Pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley.

La influencia del sistema austríaco-kelseniano se advierte en la Constitución de 1931. En su artículo 121 establecía un Tribunal de garantías Constitucionales con jurisdicción en todo el territorio y que tendría competencia para entender en:

- a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes;
- b) El recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades;
- c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones Autónomas y las de éstas entre sí;
- d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República y
- e) La responsabilidad criminal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal General de la República.

La actual Constitución española de 1978, ha sido también redactada conforme al sistema austriaco pero ya con la influencia de los ordenamientos italiano de 1947 y alemán de 1949, éste último es el que ejerce más influencia en el sistema español.

Pero el ordenamiento español se aparta en un punto y es que la Constitución española es "explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin necesidad del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que por tanto, necesariamente aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente por todos los jueces y tribunales"²³.

El Tribunal Constitucional, es el órgano constitucional español competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (ejemplo Decretos-Leyes y Decretos legislativos); del recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; de los conflictos de competencia

²³ García de Enterría, Eduardo. *"La constitución como norma y el Tribunal Constitucional"*. pág. 61. Madrid: Ed. Civitas; 1985.

entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; de los conflictos en defensa de la autonomía local; de la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales; de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes.

Del recurso de ilegalidad de los reglamentos, es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, no el Tribunal Constitucional, ya que al ser normas emanadas del Gobierno y de la Administración pública (a través de la potestad reglamentaria) que no tienen fuerza de ley, no cabe recurso de inconstitucionalidad. El tribunal con competencia última en esa materia sería el Tribunal Supremo.

Los Tratados internacionales, sin embargo, si cabe recurrirlos por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional porque la Constitución española les otorga fuerza de Ley.

Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el BOE²⁴ con los votos particulares, si los hubiere. Dichas sentencias entran al día siguiente al de su publicación y no cabe recurso contra las mismas.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, tienen plenos efectos contra todos. Salvo que el fallo no disponga de otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional está integrado por doce miembros, que ostentan el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Son nombrados por el Rey mediante Real Decreto, a propuesta de las Cámaras que integran las Cortes Generales (cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado, por mayoría de tres quintos de sus miembros en cada Cámara), del Gobierno (dos) y del Consejo General del Poder Judicial (dos).

La designación para este cargo se hace por nueve años, debiendo recaer en ciudadanos españoles que sean Magistrados o Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Los Magistrados se renuevan por terceras partes cada tres años.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos;

²⁴ BOE Boletín Oficial Español.

con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Al servicio de su función jurisdiccional, el Tribunal, en cuanto órgano constitucional, dispone de una estructura organizativa propia, con órganos de dirección y de apoyo en el plano administrativo. En garantía de su posición como órgano constitucional, el Tribunal goza de autonomía presupuestaria y administrativa (elaboración de su propio proyecto de presupuesto, y reglamento de organización y personal).

Aunque en ocasiones se parece que el Tribunal Constitucional es de mayor rango que el Tribunal Supremo, esto no es así. Su relación no es jerárquica sino competencial. El Tribunal Supremo es el de más alto rango dentro del Poder Judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se encuentra fuera de esa jerarquía y forma una categoría constitucional propia. Su obligación es velar por el cumplimiento de la Constitución y para ello tiene potestad para declarar nulas las leyes inconstitucionales y para defender al ciudadano de violaciones de sus derechos fundamentales mediante la resolución de los recursos de amparo.

1.4. Francia: Consejo Constitucional.

El Consejo constitucional, fue instituido por la Constitución de la Quinta República del 4 de octubre de 1958. Institución reciente, que no puede relacionarse a ningún precedente institucional.

El Consejo constitucional no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de tribunales judiciales o administrativos. En este sentido, no es un tribunal supremo.

El Consejo constitucional se compone de nueve miembros. Se renueva por tercios cada tres años. Los miembros son nombrados de manera respectiva por el Presidente de la República, el Presidente del Congreso de diputados francés y el Presidente del Senado. Los ex Presidentes de la República son

parte de pleno derecho y por vida del Consejo constitucional con la condición de que no ocupan una función incompatible con el mandato de miembro del Consejo, caso en el cual no pueden ocupar este puesto.

El Presidente del Consejo constitucional es nombrado por el Presidente de la República entre los miembros.

El mandato de los consejeros es de nueve años no renovable.

No hay condición ni de edad ni de profesión para ser miembro del Consejo constitucional. La función de consejero es incompatible con las de miembro del gobierno o del Consejo Económico y Social, y también con cualquier mandato electoral.

Además los miembros se someten a las mismas incompatibilidades profesionales que los parlamentarios. Durante sus funciones, los miembros del Consejo no pueden ser nombrados a un empleo público y no pueden recibir promoción a escoger si son funcionarios.

El Consejo constitucional es una institución permanente cuyo período de sesiones sigue el ritmo de las demandas que tiene ante sí. Sólo celebra sesiones y juzga en pleno. Se somete las deliberaciones a una regla de quórum en virtud de la cual se necesita la presencia efectiva de siete jueces.

En caso de empate, el voto del presidente prevalece. No hay opinión disidente posible. Los debates en período de sesiones y en pleno así como los votos no son ni públicos ni publicados.

El Consejo constitucional tiene una autonomía financiera; su presidente fija su presupuesto cuya dotación se inscribe en el proyecto de ley de presupuestos a título de las cargas comunes.

Las prerrogativas del Consejo constitucional pueden clasificarse en dos categorías:

1 - Una competencia jurisdiccional compuesta de dos contenciosos distintos:

a) un contencioso normativo que es abstracto, facultativo para las leyes ordinarias o los compromisos internacionales, obligatorio para las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. Este control se ejerce por vía de acción después del voto del Parlamento pero antes de la promulgación de la ley, la ratificación o la aprobación de un compromiso internacional y la entrada en vigor de los reglamentos de las asambleas. La competencia facultativa puede ejercerse por iniciativa sea de una autoridad política (Presidente de la República, Primer

Ministro, Presidente del Congreso de diputados francés o del Senado) sea de sesenta diputados o de sesenta senadores.

Desde 1999, el Consejo constitucional puede examinar la conformidad con la Constitución de las leyes del país adoptadas por el congreso de Nueva Caledonia y que fueron objeto de dos deliberaciones. Este recurso puede proceder del Alto Comisario, del gobierno de Nueva Caledonia, del presidente del congreso, del presidente de una junta provincial o de dieciocho miembros del congreso.

b) un contencioso electoral y en materia de referéndum, el Consejo constitucional resuelve sobre la regularidad de la elección del Presidente de la República y de las operaciones de referéndum de las cuales proclama los resultados. Es también juez de la regularidad de la elección, de los regímenes de elegibilidad y de las incompatibilidades de los parlamentarios.

2 - Una competencia consultiva:

El Consejo constitucional emite un dictamen cuando es consultado de manera oficial por el Jefe del Estado sobre la aplicación del artículo dieciséis de la Constitución y ulteriormente sobre las decisiones tomadas en este ámbito.

Por otra parte, el gobierno consulta al Consejo sobre los textos relativos a la organización del escrutinio para la elección del Presidente de la República y el referéndum.

Las decisiones son obligatorias para los poderes públicos y para todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. No son en ningún caso recurribles. La autoridad de la cosa juzgada beneficia no sólo a la parte dispositiva de la decisión sino también a los motivos que son su fundamento necesario. Sin embargo, en materia electoral, el Consejo constitucional admite el recurso de rectificación por error material.

Las decisiones de conformidad conducen a la censura total o parcial de la ley pero no a su anulación ya que la decisión es pronunciada antes de la promulgación de la ley, acto jurídico que le asegura su aplicación.

1.5. Colombia. Corte Constitucional.

Desde 1910 la característica esencial del sistema colombiano fue la acción popular de inconstitucionalidad, que reconocía a todo ciudadano la

posibilidad de interponerla en cualquier tiempo contra normas inconstitucionales en vigencia, a fin de obtener su retiro del orden jurídico, ya que las sentencias de inconstitucionalidad tenían el efecto de hacerlas inaplicables erga omnes, pro futuro y definitivamente.

La nueva Constitución colombiana de 1991 organizó la Corte Constitucional que reemplaza a la Sala Constitucional de la Corte Suprema²⁵.

La designación de los magistrados de la Corte Constitucional es de carácter mixto, la realiza el Senado sobre ternas que le presenta el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con el objeto de asegurar la imparcialidad política y la neutralidad de los fallos.

El período de nombramiento de los magistrados del Tribunal es de ocho años, no siendo reelegibles. La Constitución colombiana de 1991, artículo 241, otorga amplias competencias a la Corte Constitucional, las cuales contemplan el control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución en cuanto a vicios de procedimiento; el control sobre la convocatoria de asambleas constituyentes o referendos para reformar la Constitución; el control sobre los preceptos normativos de naturaleza legal, el control de constitucionalidad de forma y fondo de las leyes por vía de acción popular; el control sobre las cuestiones de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley; el control sobre los tratados internacionales y las leyes que le dan su aprobación; y el control de revisión de las sentencias en materia de tutela por violación de derechos constitucionales.

El artículo 241 de la Constitución establece que, si los vicios de procedimiento del acto demandado son subsanables, la Corte ordenará devolverlo a la autoridad que lo realizó para que lo modifique y continúe el examen de fondo. Se generaliza así el control preventivo de validez formal de manera que el control se ejerza en dos momentos.

También se dispone que los vicios de forma queden subsanados en el plazo de un año desde el dictado o expedición del acto, caducando en tal plazo la respectiva acción.

Las leyes denominadas estatutarias o los proyectos de leyes estatutarias tienen un procedimiento especial, que contempla el control preventivo de

²⁵ SÁCHICA, Luis Carlos. *“La Corte Constitucional y su jurisdicción”*. Pág. 45. Bogotá: Ed. Témis; 1993.

constitucionalidad, lo que no descarta la posterior demanda de inconstitucionalidad sobre aspectos no comprendidos o decididos en la revisión preventiva, como lo establece la normativa chilena en la Carta de 1980.

Se mantiene como competencia de la Corte Constitucional el control de oficio de las medidas adoptadas en los regímenes de excepción. Se mantiene, a su vez, el control sobre los proyectos de ley en caso de objeciones presidenciales rechazadas por el Congreso, fundadas en motivos de inconstitucionalidad.

A su vez, se mantiene en el Consejo de Estado (artículo 234) y en los tribunales departamentales contencioso-administrativos, el control judicial de constitucionalidad bajo la forma de acción de nulidad.

El plazo para fallar que tiene la Corte Constitucional es de 60 días.

La sentencia de la Corte produce cosa juzgada constitucional, no existiendo contra ella recurso alguno; decide el problema con efectos generales (erga omnes) y pro futuro, salvo que la misma Corte establezca otra cosa.

1.6. Venezuela: Sala Constitucional.

En Venezuela se desarrolla un sistema mixto, un control difuso que corresponde en general a todos los órganos judiciales, con la facultad de desaplicar leyes en casos concretos y un control concentrado en la Corte Suprema, que puede declarar la nulidad de los actos violatorios de la Constitución de 1961, de acuerdo con el artículo 215 de dicha Constitución, con efectos erga omnes²⁶.

La Constitución de diciembre de 1999 avanza en la materia creando una Sala Constitucional especializada en la Corte Suprema.

La Constitución de 1999, en su artículo 19 y 20 en armonía con el artículo 334, atribuye a todos los jueces que integran el poder judicial, en el ámbito de sus competencias y conforme al estado de derecho, “asegurar la integridad de la Constitución”. Así se asegura un control de constitucionalidad difuso a través de cualquier proceso o gestión judicial de la que se conozca en

²⁶ Ayala, Corao Carlos “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, en Autores varios. *“Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes”*. Lecturas Constitucionales Andinas N° 4. Págs. 241 y ss.. Lima: Comisión Andina de Juristas; 1995.

un caso concreto, como asimismo, a través de las acciones de amparo o contencioso-administrativas. Los magistrados están autorizados a declarar inaplicables los preceptos inconstitucionales a petición de parte o de oficio.

A su vez, el Tribunal Supremo de Justicia tiene la función de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, constituyéndose en el máximo y último interprete de la Constitución, como asimismo, velar “por su uniforme interpretación y aplicación” conforme al artículo 335 de la nueva Carta Fundamental. Además, el Tribunal Supremo de Justicia recibe el encargo de ejercer la jurisdicción constitucional (artículo 266, ord. 1º y 336).

El artículo 334 de la Constitución crea un control concentrado de constitucionalidad radicado en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”.

Así, quedó claramente establecida la diferencia entre jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción constitucional por el objeto del control y no por los motivos del mismo. Sólo compete a la jurisdicción constitucional, conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno o los interna corpori de la Asamblea) o que tengan rango de ley (Decretos Leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los Reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad al derecho)²⁷.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, instituida por el artículo 262 de la Constitución, ejerce el control concentrado de constitucionalidad con poderes anulatorios, en los términos del artículo 336, el cual establece las siguientes atribuciones:

“1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

²⁷ Brewer-Carias, Allan. “*La Constitución de 1999*”. Pág. 230. Caracas: Editorial Arte; 2000.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que coliden con ésta.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”.

A su vez, en materia de tratados internacionales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 336, tiene la siguiente competencia:

“5. Verificar, a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación”.

A la Sala Constitucional de la Corte Suprema, como señala José María Casal, le corresponde “el monopolio de la anulación y de la interpretación constitucional vinculante con efectos erga omnes”²⁸, ya que cualquier juez de la República mantiene su competencia de desaplicar en un caso concreto las leyes contrarias a la Carta Fundamental.

1.7. México: El control derivado del juicio de amparo mexicano.

Esta modalidad surge en México. Es más amplia que el modelo incidental americano en cuanto a sus modalidades, pero más restringido en sus efectos. Consiste esencialmente en que toda persona tiene derecho a requerir protección ante un juez respecto de derechos y garantías consagradas en la Constitución o amparadas por ella y obtener una pronta resolución y restablecimiento de la vigencia de sus derechos. Este modelo se concreta en la “fórmula Otero” que implica otorgar, por parte del tribunal, protección en el caso particular sobre el cual versa el proceso, vale decir, el fallo produce solo efecto inter partes o efectos particulares.

La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 dota a la Corte

²⁸ Casal, José María. “*Constitución y justicia constitucional*”. Pág. 84. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello; 2000.

Suprema de una integración de once ministros, los que son propuestos al Senado por el Presidente de la República a través de ternas por cada vacante que debe ser llenada. El Senado elige un candidato de cada terna que necesita los dos tercios de los votos de los presentes, para su efectiva designación. La duración en el cargo de Ministro de la Corte Suprema es de quince años, renovándose por parcialidades.

La Corte Suprema asume las competencias destinadas a resolver las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales entre órganos constitucionales (órganos federales, estatales y municipales).

Así el sistema de control de constitucionalidad mexicano constituye una variante del control mixto, que combina un control de constitucionalidad concentrado en la Corte Suprema de Justicia, de tipo abstracto, a requerimiento de órganos políticos, cuyas sentencias producen efecto de cosa juzgada y efectos generales. A su vez, todos los tribunales federales tienen competencia para realizar control difuso de tipo concreto o incidental, instado por cualquier persona que se vea afectada en sus derechos y cuya sentencia sólo produce efectos interpartes.

En la variante mexicana se articulan los dos subsistemas por la doble competencia de la Corte Suprema que resuelve, en última instancia, en materia de control concreto de constitucionalidad de preceptos legales y en única instancia del control abstracto de control de constitucionalidad de carácter normativo. Los efectos de la sentencia, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, no pueden ser retroactivos, la ley reglamentaria determinó que “las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia”, lo que posibilita efectos ex nunc o pro futuro.

Por último, es necesario señalar que la Suprema Corte mexicana necesita la mayoría calificada de ocho votos al menos para aprobar una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, como también para que una sentencia interpretativa de carácter desestimatorio de inconstitucionalidad tenga carácter vinculante (artículo 73 y 43 de la Ley Reglamentaria).

2. Control concentrado y difuso por tribunales ordinarios.

2.1. Brasil.

La Constitución de 1988 introduce como novedad en América Latina la

inconstitucionalidad por omisión, derivada del modelo portugués. Así mismo, amplía en relación a las constituciones anteriores la legitimación para operar la acción directa de inconstitucionalidad por acciones u omisiones (artículo 103), ante el Supremo Tribunal Federal.

Así la facultad para requerir pertenece al Procurador General de la República, como en la Constitución anterior, y se agregan a éste, según la Carta de 1988, el Presidente de la República, las mesas del Senado Federal y la Cámara de Diputados, las asambleas legislativas estatales, los Gobernadores estatales, el Consejo Federal de la orden de los abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y la Confederación Sindical o entidades de clase de ámbito nacional.

Hay así un control de constitucionalidad por acción directa, en manos del Supremo Tribunal Federal con efectos de cosa juzgada material, que vincula a las autoridades aplicadoras de la ley y tiene el efecto inmediato de hacer inaplicable la ley, en los casos de acción directa de inconstitucionalidad de tipo genérico. El fallo produce sólo efectos inter partes, no es anulatorio de la ley.

En la declaración de inconstitucionalidad por omisión, para hacer efectiva la norma constitucional, se instruye al poder competente para la adopción de las providencias necesarias; tratándose de un órgano administrativo, debe adoptar las medidas para hacer efectiva la norma constitucional en un plazo de treinta días. Tal sentencia o fallo es de carácter declaratorio en cuanto a ese reconocimiento, existiendo en ella también un efecto de mandamiento en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las medidas necesarias para suprimir la omisión.

Además del control concentrado en el Supremo Tribunal Federal, existe un control difuso por vía de excepción ante los tribunales. Cualquier interesado puede suscitar la cuestión de inconstitucionalidad en todo proceso, cualquiera sea la naturaleza de este juicio. La eficacia de la sentencia que decide la inconstitucionalidad por vía de excepción varía si se trata de una cuestión prejudicial por vía incidental que busca expresar la existencia, o no, de un vicio.

La sentencia es declaratoria y produce cosa juzgada para las partes haciendo la norma inaplicable a ese caso, con efectos *ex tunc*; la ley continúa siendo aplicable a otros casos por cualquier tribunal, salvo que el Senado suspenda su aplicación y retire su eficacia con efectos *ex nunc*.

Es necesario considerar que los dos tipos de controles concentrado y

difuso son efectuados por órganos del Poder Judicial²⁹.

Recientemente la Ley 11.418³⁰, hace un agregado al Código de Procedimiento Civil, con el fin de reglamentar el artículo 102 de su Constitución Federal en el inciso 3º el cual establece, “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:...III Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) fuese contraria a disposiciones de esta Constitución; b) declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal; c) juzgarse válida una ley o un acto de un gobierno local discutido a la vista de esta Constitución;...”.

Los artículos agregados determinan que, en principio inalterable, el Supremo Tribunal Federal no va a conocer en los recursos extraordinarios, dejando solo una excepción a esta regla, “salvo cuando la cuestión constitucional planteada tenga efectos de interés general,...³¹”. Se abre así el interrogante ¿cuándo una causa puede llegar a tener efectos de interés general?, a lo que la misma norma fija que “será considerada que existe o no el efecto de interés general, cuando las cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, sobrepasen los intereses subjetivos de la causa”. Para lograrlo el recurrente deberá demostrar previamente la existencia del interés general. Tendrá ese efecto, siempre que el recurso intente impugnar una decisión tomada y sea contraria a la jurisprudencia dominante del Tribunal. Para decidir la existencia de interés general, deberá por lo menos la pleno contar con 4 (cuatro) votos a favor, caso contrario se excusarán y enviarán el recurso a la asamblea plenaria.

Ahora bien, en el caso de que se niegue la existencia de interés general, la decisión será válida para todos los recursos que versen sobre idéntica materia, que serán previamente rechazados, salvo que se revea la posición.

La decisión sobre el interés general, constará en un acta, que será publicada en el Diario oficial y será válido como acuerdo.

En el caso de que haya diversidad de recursos con fundamento en una controversia idéntica, fija el Art. 543-B de la mencionada Ley, que el análisis del

²⁹ Almeida Melo, José Tarcizio. “*Direito Constitucional Brasileiro*”. Págs. 70 a 85. Belo Horizonte: Ed. del Rey; 1996.

³⁰ De fecha 19 de Diciembre de 2.006.

³¹ Lei 11.418 Art. 543-A Brasil de fecha 19 de diciembre del año 2006.

interés general corresponderá al Tribunal de origen, que deberá seleccionar unos o más recursos representativos de la controversia y deberá enviarlos al Supremo Tribunal Federal, paralizando los demás ante un pronunciamiento definitivo de la Corte. En el caso que se niegue la existencia del interés general, los recursos paralizados se consideraran automáticamente no admitidos.

Fijada una posición y admitido el recurso, podrá el Supremo Tribunal Federal, casar o reformar, previamente, el acuerdo contrario a la decisión firme. Es así como queda establecido en Brasil que en caso de declararse el interés general de una causa planteada ante el Supremo Tribunal Federal, la resolución que este tomo surte efecto erga omnes y es en si un fallo vinculante del mas alto tribunal, que los demás tribunales ordinarios deberán observar al resolver causas de la misma índole.

2.2. El Salvador.

La Constitución de 1983 considera un control de constitucionalidad de tipo difuso realizado por los tribunales con efectos inter partes, siguiendo el modelo americano, pero establece también, la atribución de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, tanto en la forma como en el fondo, de un modo general y obligatorio, pudiendo hacerlo a petición de cualquier ciudadano, tal como lo dispone el artículo 183 de la Constitución.

3. Control concentrado en la Corte Suprema de Justicia

3.1. Costa Rica:

El control de constitucionalidad de las leyes existentes en el Código de Procedimiento Civil desde 1936, se constitucionaliza con la Carta Fundamental de 1949, artículo 10. En 1989 se reforman los artículos 10 y 48 de la Constitución, entregando el control concentrado de constitucionalidad a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, dictándose en el mismo año la ley 7135 de la jurisdicción constitucional que rige la materia.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica está integrada por siete miembros, los cuales son elegidos por la Asamblea

Legislativa con una mayoría de, al menos, dos tercios del total de sus miembros. Los magistrados de la Sala Constitucional desempeñan el cargo por un lapso de ocho años, pudiendo ser reelectos.

Dicha Sala Constitucional tiene un régimen de autonomía y de resolución en única instancia, lo que la convierte en un órgano similar a un Tribunal Constitucional.

La Sala Constitucional concreta sus competencias de control de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad; el veto por razones de constitucionalidad; la consulta judicial sobre el control de constitucionalidad; y la consulta legislativa de constitucionalidad.

El control represivo de constitucionalidad, o control a posteriori, se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad, que requiere de una cuestión judicial o un procedimiento administrativo en curso, pudiendo ser planteada por una parte interesada (vía incidental), cuando la norma cuestionada en su constitucionalidad sea relevante para resolver el caso concreto. La misma acción de inconstitucionalidad puede ser planteada por vía de acción directa por el Contralor General de la República, el Defensor de los Habitantes o el Procurador General de la República.

El veto por razones de inconstitucionalidad es interpuesto por el Gobierno respecto de un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, sobre lo cual debe pronunciarse la Sala Constitucional: si ella no encuentra vicios de constitucionalidad, el proyecto de ley sigue su curso; si se encuentran disposiciones inconstitucionales, dichas normas son eliminadas del proyecto, el cual sigue el trámite legislativo correspondiente.

La consulta legislativa de constitucionalidad se estructura como un control de constitucionalidad de carácter preventivo, al igual que el veto gubernamental de inconstitucionalidad. Existen dos tipos de consulta legislativa, una de carácter obligatoria en materia de reformas constitucionales, reformas a la ley de jurisdicción constitucional y los preceptos de aprobación de convenios o tratados internacionales. La consulta legislativa facultativa la ejerce la Corte Suprema, la Contraloría General de la República o el Tribunal Supremo de Elecciones si se trata de proyectos de ley en cuyo contenido, tramitación o efecto no se aplicaren o interpretaren debidamente las normas relativas a su competencia constitucional. Dicha consulta puede concretarla también el Defensor de los Habitantes al considerar infringidos los derechos

constitucionales o los tratados o convenios internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

La consulta respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley puede también ser hecha por el Directorio de la Asamblea Legislativa o por, al menos, diez diputados de ella.

La consulta judicial de constitucionalidad se desarrolla cuando un juez en el curso de un proceso tiene dudas sobre la constitucionalidad de una norma a ser aplicada, en cuyo caso, eleva la consulta ante la Sala Constitucional, la que resuelve sobre la materia.

En el sistema costarricense el objeto de control de constitucionalidad son las leyes de reforma constitucional, el Reglamento de la Asamblea Legislativa, los tratados internacionales, las leyes, los actos legislativos, los actos con valor de ley y las normas o disposiciones generales emanadas de sujetos privados.

Finalmente, el artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional autoriza la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas.

Por regla general, la legitimación procesal es la vía incidental que requiere de un caso judicial previo para que las personas concreten la acción de inconstitucionalidad, constituyéndose en un medio para proteger un derecho o interés jurídico relevante dentro del procedimiento judicial o administrativo.

La acción directa se habilita para los particulares cuando se trata de intereses difusos, cuando se trata de intereses que conciernen a la colectividad en su conjunto o cuando, por la naturaleza del asunto, no existe lesión individual directa.

Las sentencias estimativas de inconstitucionalidad anulan la norma o el acto impugnado con efectos erga omnes y valor de cosa juzgada.

A su vez, las sentencias declarativas de inconstitucionalidad tienen efectos declarativos y ex tunc (efecto retroactivo), lo que puede ser graduado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

3.2. Panamá³².

³² Brewer-Carias, Allan, *“El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado,”* en Autores varios. *“El nuevo derecho constitucional latinoamericano.”* Vol. II. Págs. 889 y ss.. Caracas: Ed. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional Konrad Adenauer Stiftung; 1996.

La segunda Constitución panameña correspondiente al año 1941 entregó a la Corte Suprema la competencia de defensa de la supremacía constitucional en materia de control de leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones denunciados como inconstitucionales por cualquier ciudadano con audiencia del Procurador General de la Nación. Dichas sentencias de la Corte Suprema tenían efectos erga omnes o efectos generales.

La actual Constitución, vigente desde 1983, mantiene un sistema amplio y concentrado de control de constitucionalidad radicado en la Corte Suprema de Justicia, con competencia para conocer de la inconstitucionalidad de todos los actos estatales, cuya sentencia produce efectos erga omnes.

3.3. Uruguay.

Una perspectiva similar pero más restrictiva que la panameña se desarrolla en Uruguay, donde la Constitución de 1934 ya asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia de conocer y resolver en forma exclusiva sobre inconstitucionalidad de las leyes. La Constitución de 1942 mantuvo dicha orientación.

La Constitución de 1952 estructuró el sistema de control de constitucionalidad vigente hasta hoy en la República Oriental de Uruguay, posibilitando que el conocimiento por parte de la Corte Suprema se pudiera concretar tanto por vía de excepción, que era hasta entonces lo permitido, como también por vía de acción, pasando a ser una facultad que puede ser ejercida ya no sólo como parte de una gestión judicial, sino como un derecho que toda persona puede concretar cuando se siente afectada por una norma inconstitucional.

La Constitución actualmente vigente de 1967 —con las reformas de 1989, 1994, 1996 y 1997— mantiene en la Corte Suprema en forma concentrada la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales, pudiendo accionar toda persona que se considere afectada directamente en su interés directo, personal y legítimo, como asimismo, por vía de excepción, en cualquier gestión judicial. Se posibilita, también, que los tribunales de oficio puedan solicitar la declaración de inconstitucionalidad de

una ley en el caso concreto³³.

Los efectos de la sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto legal produce sólo efectos concretos para el caso en que se pronuncia³⁴.

4. Modelo dual.

4.1. Perú: Tribunal Constitucional.

Esta variante se caracteriza por la coexistencia de dos situaciones básicas en el mismo ordenamiento jurídico, dos modelos que no se mezclan ni desaparecen, el modelo americano de control difuso a través de órganos judiciales ordinarios y el modelo germano-austríaco de control concentrado especializado en un tribunal constitucional.

En Perú, bajo la Carta de 1979, encontramos un control difuso practicado por los jueces ordinarios, los cuales deben declarar inaplicable una ley al caso concreto (efectos inter partes). Ello se deducía del artículo 236 de la Constitución que determina que todo juez debe preferir la Constitución a la ley ordinaria.

Paralelamente, la Constitución consideraba al Tribunal de Garantías Constitucionales como un órgano competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales contrarias a la Constitución, sea en aspectos de fondo o de forma, según disponían los artículos 296 y 298 de dicha Constitución. El fallo del Tribunal de Garantías

³³ Cassinelli Muñoz, Horacio. *"Derecho Público"*. Págs. 315 a 324. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria; 1999.

³⁴ Sobre la materia ver: Esteva Gallicchio, Eduardo. *"La jurisdicción constitucional en Uruguay"*, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Domingo, *"La jurisdicción constitucional en Iberoamérica"*. Págs. 897 y ss. Madrid : Ed. Dykinson –Ed. Jurídica Venezolana–. Ed. Jurídica Esteva; 1997.

Gros Espiel, Héctor. *"La jurisdicción constitucional en el Uruguay"*, en Autores varios. *"La jurisdicción constitucional en Iberoamérica"*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia; 1984.

Korseniak, José. *"La justicia constitucional en Uruguay"*. Págs. 105 y ss.. Chile: Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año II, enero-junio de 1989.

Constitucionales produce efectos erga omnes, según lo disponían los artículos 297 y 298 de la Constitución.

Tenían acción directa el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Fiscal de la Nación, sesenta diputados y veinte senadores³⁵.

Todo el sistema entró en revisión con la crisis constitucional provocada por el golpe de Estado del Presidente Fujimori. La nueva perspectiva, institucionalizada en la Constitución de 1993, establece el Tribunal Constitucional y aumenta sus atribuciones.

La Constitución de 1993 mantuvo el control difuso en manos de los tribunales ordinarios de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional fue regulado por la ley orgánica del Tribunal Constitucional del 5 de febrero de 1995, y se instaló el 24 de junio de 1996.

La Constitución consagra al Tribunal Constitucional como órgano autónomo e independiente, compuesto de siete miembros letrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución³⁶.

Las competencias están fijadas en el artículo 202 de la Carta Fundamental, correspondiéndole conocer en única instancia de la acción de inconstitucionalidad; conocer en última instancia las resoluciones denegatorias de Hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; conocer de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

La ley N° 26.435 orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 4,

³⁵ Quiroga León, Anibal, *“El Sistema de justicia constitucional en el Perú”*, en *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 2. Lima: Ed. Comisión Andina de juristas; 1988.

- García Belaunde, Domingo, *“La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”*, en *Lecturas constitucionales andinas* N° 1. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1991.

- Blume Fortini, Ernesto. *“El control de la constitucionalidad”*. Perú: Ed. ERSA; 1996.

- Autores varios. *“Sobre la jurisdicción constitucional”*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1990.

³⁶ Blume Fortini, Ernesto. *“Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano”*, en *Pensamiento Constitucional*. Lima: Ed. Maestría en Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1995.

- Abad Yupanqui, Samuel, *“La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas”*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Págs. 191 y ss. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1995.

estableció un elemento distorsionador de la función del Tribunal, e incorporó su labor de defensa jurisdiccional de la Carta Fundamental. En efecto, dicha norma señala que el Tribunal Constitucional “adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos salvo para resolver la inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en que se exigen seis votos conforme”. Tal norma posibilita que, en el caso concreto de una acción de inconstitucionalidad, cinco magistrados formen mayoría para declarar la inconstitucionalidad de una ley, con el desacuerdo de los dos miembros restantes del Tribunal en cuyo caso, por no haberse reunido una decisión mayoritaria de seis miembros, predomina la voluntad de la minoría, quedando rechazada la demanda de inconstitucionalidad con “efectos de cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país”.

4.2. Ecuador. Tribunal Constitucional.

Durante el siglo XIX, como señala Salgado Pesantes, sólo tres Constituciones de las que tuvo el país se refirieron limitadamente al tema del control de constitucionalidad. Ellas fueron las de 1851, de 1869 y de 1878³⁷.

En la primera se concreta, en su artículo 82, un control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Ejecutivo, de los que podría reclamar el Consejo de Estado en dos oportunidades, después de lo cual si no era escuchado debía dar cuenta al órgano legislativo. En la Constitución de 1869 se otorga a la Corte Suprema la posibilidad de decidir sobre la Constitucionalidad de un proyecto de ley, en caso de insistencia de las Cámaras sobre el proyecto de ley o en caso de insistencia de las Cámaras sobre el proyecto que el Ejecutivo considera inconstitucional. Se estructura así, de acuerdo con el artículo 43 de dicha Constitución un control preventivo facultativo de iniciativa exclusiva del Presidente ante la Corte Suprema cuyo fallo es vinculante. Tal perspectiva se mantiene en el artículo 60 de la Constitución de 1878. Dicho control desaparece con la Constitución de 1906 y reaparece en la Carta de 1929 y de 1945.

³⁷ Salgado Pesantes, Hernán. *“El control de constitucionalidad en la Carta Política de Ecuador”*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Pág. 167. Lima: Ed. Comisión Andina de Jurista; 1995.

La Constitución de 1945 crea, en reemplazo del Consejo de Estado, un Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo la inspiración del mismo tribunal instituido por la Constitución republicana española de 1931, aun cuando hay diferentes atribuciones y una concepción más limitada que la de su modelo inspirador. Sus limitadas facultades de control de constitucionalidad consistían en realizar “observaciones” sobre normas jurídicas que no fueron leyes que se considerasen inconstitucionales o ilegales. En el caso de que fuese un precepto legal el que vulnerare la Constitución, su potestad se reducía a suspender su aplicación hasta que el Congreso dictaminase sobre el particular, de acuerdo con el artículo 160 de la Constitución. Así sólo al Congreso correspondía determinar si las leyes dictadas, decretos o reglamentos eran constitucionales o no (artículo 165).

En la Constitución de 1946 se suprime el Tribunal de Garantías Constitucionales y se recrea el Consejo de Estado al que se otorga el control de constitucionalidad.

La Constitución de 1967 reincorpora al Tribunal de Garantías Constitucionales con atribuciones más disminuidas que en la Carta Fundamental de 1945, restándole la facultad de suspender las leyes inconstitucionales, atribuciones que se entregan a la Corte Suprema de Justicia; asimismo, se elimina la posibilidad del control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley.

En la Constitución de 1978 se establece el principio de supremacía constitucional en el artículo 140, instituyéndose un control concreto de constitucionalidad en procesos en que se pretenda la aplicación de un precepto legal considerado inconstitucional, en cuyo caso los tribunales de última instancia o las Salas de la Corte Suprema pueden declarar inaplicable el precepto legal cuestionado, debiendo resolver de modo definitivo la cuestión de inconstitucionalidad la Sala Constitucional de la Corte Suprema (artículo 141).

La decisión de la Sala señalada tiene efectos definitivos y generales. Dicho control se complementa con el realizado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, que sufrirá reformas en 1983 y 1992 referentes a su composición y atribuciones. En la composición es bastante “suis generis” ver un representante de los trabajadores y otro de las Cámaras de Producción, además de representantes de los Alcaldes y Prefectos provinciales, además de no exigirse formación ni experiencia jurídica. Integraban también el Tribunal

tres representantes del órgano legislativo, dos del ejecutivo y dos del Poder Judicial, que debían reunir los requisitos exigidos para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La debilidad del Tribunal de Garantías Constitucionales, además de su integración, estaba en sus competencias, ya que sólo podía suspender total o parcialmente la aplicación de las leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones considerados inconstitucionales en el fondo o la forma, pero el Tribunal debía someter su decisión a la resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Sigue siendo así el Congreso Nacional el que resuelve todas las posibles controversias en materia de constitucionalidad de preceptos legales y de las demás normas jurídicas.

Una segunda atribución otorgada al Tribunal de Garantías Constitucionales es la de conocer acerca de las quejas contra los actos de las autoridades públicas que violaren sus derechos y libertades garantizados por la Constitución (artículo 146, numeral 2º), ante lo cual el Tribunal puede “observar”, vale decir, concretar un mandamiento de rectificación con carácter de obligatorio para la autoridad pública a la que va dirigido. En caso de incumplimiento el Tribunal puede “solicitar al órgano competente la renovación del funcionario y la aplicación de las demás sanciones contempladas en la ley, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar” (artículo 79, literal m).

La reforma de 1998 reestructura el control de constitucionalidad y crea un Tribunal Constitucional en forma, integrado por nueve miembros titulares y sus respectivos suplentes, por un período de cuatro años, los cuales pueden ser reelegidos, todo ello de acuerdo con el artículo 275 de la Carta Fundamental, el cual ejerce control preventivo de constitucionalidad en materia de tratados y convenios internacionales y frente a objeciones de inconstitucionalidad de proyectos de ley, un control represivo de constitucionalidad en materia de preceptos legales y normas administrativas, como asimismo resoluciones emitidas por órganos de las diferentes instituciones del Estado.

En materia de amparo de derechos, conoce de las resoluciones judiciales que denieguen los hábeas corpus, hábeas data y amparos, los casos de apelación previstos en la acción de amparo respecto de los derechos asegurados por la Constitución y pactos internacionales de derechos humanos. Por último conoce y dirime los conflictos de competencias y atribuciones.

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 278 de la Constitución producen efectos derogatorios hacia el futuro.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional antes descrito se complementa con un control incidental de inaplicación de los preceptos legales, decretos y ordenanzas concretado de modo difuso por todos los tribunales ordinarios de justicia. El artículo 274 de la Constitución otorga dicha competencia a los tribunales ordinarios, de oficio o a petición de parte, respecto de todos los preceptos jurídicos contrarios a la Constitución o a los tratados o convenios internacionales, produciendo el fallo efectos inter partes, vale decir, sólo para el caso concreto. Se prevé que el tribunal o corte debe presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que este último resuelva con carácter obligatorio y general, todo ello de acuerdo con el artículo 274 de la Constitución y el artículo 12 párrafo 6º de la Ley de Control de Constitucionalidad.

4.3. Bolivia: Tribunal Constitucional.

En el constitucionalismo boliviano, se instituye un control judicial de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso en la Constitución de 1861.

El artículo 86 de dicha Carta Fundamental establecía que “las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualquiera otra resolución”³⁸. A su vez, se entregó a la Corte de Casación el control abstracto de constitucionalidad, lo que se mantuvo en las siguientes Cartas Fundamentales de 1868, 1871, hasta la de 1967. Se estructura así un control difuso incidental con efectos inter partes y un control concentrado abstracto³⁹.

En efecto, sin perjuicio de mantenerse el control concreto difuso de constitucionalidad con efectos inter partes, la Constitución de 1967, en su artículo 127, párrafo 5º, atribuye a la Corte Suprema el conocimiento en única instancia de los asuntos de puro derecho de cuya decisión depende la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier

³⁸ Urcuyo Reyes, Jaime, “*El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994*”, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Págs. 39 y ss. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1995.

género de resolución”, cuyo fallo, como explica Miguel Arb, produce efectos vinculantes sólo inter partes.

La reforma constitucional de 1994 crea el Tribunal Constitucional como organismo especializado en materia de control de constitucionalidad⁴⁰, ubica al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del Poder Judicial, lo que lo constituye en una analogía del modelo orgánico de la Corte Constitucional alemana. En todo caso, el artículo 119-I de la Carta Fundamental asegura que “El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución”.

Las competencias del Tribunal Constitucional de acuerdo con el texto constitucional y la ley N°1836 del 1° de abril de 1998 que lo regula, pueden clasificarse en control normativo de constitucionalidad, control sobre conflictos de competencias y control de revisión en materia de derechos humanos.

El control de normas jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional puede ser preventivo o represivo.

El control de constitucionalidad preventivo se realiza a través de consultas sobre la constitucionalidad de tratados que formule el Presidente del Congreso Nacional; las consultas sobre constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones (excluidas las resoluciones judiciales).

El control de constitucionalidad represivo o correctivo se concreta a través del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad; el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad; las acciones de impugnación a las resoluciones congresales o camerales, municipales o prefectoriales; las demandas de infracción de procedimientos de reforma constitucional; y los recursos contra tributos.

El control en materia de derechos humanos se concreta en la revisión que realiza el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales dictadas en materia de hábeas corpus y amparo, de manera similar a como ella se concreta por la Corte Constitucional de Colombia.

Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen carácter vinculante y

⁴⁰ Fernández Segado, Francisco. “*La jurisdicción constitucional en Bolivia*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998. Buenos Aires: Ed. Ciedla; 1998.

- Rivera Santibáñez, José Antonio, “*El control de constitucionalidad en Bolivia*”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid: Ed. CEP y C.; 1999.

producen efectos erga omnes, derogando las disposiciones consideradas contrarias a la Constitución dentro del respectivo cuerpo normativo, o abrogando tal cuerpo normativo si éste es considerado completamente inconstitucional.

El Tribunal Constitucional boliviano está integrado por cinco miembros letrados, escogidos entre jueces, académicos y profesionales con título de abogado, los cuales son determinados por el Congreso Nacional por dos tercios de los votos de los parlamentarios presentes.

Su función es incompatible con toda otra función pública o actividad privada, con excepción de la cátedra universitaria.

Los magistrados del Tribunal Constitucional como los magistrados de la Corte Suprema, pueden ser juzgados por delitos de prevaricato por el Congreso Nacional.

Luego de la reforma de 1994, se mantiene el artículo 228 de la Constitución que otorga la competencia a todos los magistrados de los tribunales de justicia de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, pudiendo desaplicarlas o inaplicarlas en el caso concreto con efecto inter partes.

Se concreta así, en la variante boliviana, la superposición de los dos modelos de control de constitucionalidad, el americano de control difuso incidental, concreto y con efectos inter partes, y el modelo germano-austríaco de control concentrado, por vía de acción, abstracto y con efectos erga omnes.

5. Doble Control Concentrado Por Órgano Especializado Y No Especializado.

5.1. Chile: Tribunal Constitucional.

El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento, no carente de obstáculos y con poco apoyo de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

En efecto, bajo el imperio de la Carta de 1833 hasta 1924, se desarrolla un control político de constitucionalidad de las leyes por el Congreso Nacional de acuerdo con el artículo 164 que prescribía: "Sólo el Congreso, conforme a los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos". La Constitución de 1925 estableció un control de

constitucionalidad de las leyes; por vía de recurso de inaplicabilidad, concentrándolo en la Corte Suprema de Justicia y con efectos inter partes (artículo 86 inciso 2°).

Tal precepto, no produjo una jurisprudencia de parte de la Corte Suprema de ejercicio efectivo de la facultad que le otorgó el constituyente, rehusando realizar el control constitucional de forma y limitándose al ejercicio del control de constitucionalidad de fondo de los preceptos legales.

Ante tal hecho y luego de un largo proceso surge, con la reforma constitucional de 1970, un Tribunal Constitucional que sigue el modelo europeo, con un control de constitucionalidad preventivo en materia de ley con efectos erga omnes, incorporándose a la Carta Fundamental en los artículos 78 a), b) y c) del capítulo VI.

Durante su corta vida hasta 1973, fecha del golpe de Estado militar, desarrolló una importante actividad centrada esencialmente en materia de control de constitucionalidad de proyectos de ley y de tratados internacionales. Aun cuando dos materias resueltas por el Tribunal causaron fuerte polémica, la labor del Tribunal se desarrolló adecuadamente.

La Constitución de 1980 recrea el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, dejando al Tribunal Constitucional la función del control preventivo obligatorio para ciertos tipos de leyes (las orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución), y un control a requerimiento de órganos especificados, siguiendo el modelo francés, en el resto de los proyectos de ley. Las autoridades que pueden requerir al Tribunal son el Presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o un número no inferior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado o de la Cámara de Diputados. A su vez, el Tribunal Constitucional ejerce un control represivo de constitucionalidad de los Decretos con fuerza de ley que la Contraloría General de la República haya tomado razón y se hubieren publicado en el Diario Oficial, que debe concretarse por requerimiento de cualquiera de ambas ramas del Congreso o una cuarta parte de sus miembros, dentro de los treinta días siguientes a su publicación, por la publicación incorrecta de una ley, al no corresponder ésta al texto aprobado por el parlamento. La Constitución faculta también al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto que se suscite por el dictado de un decreto inconstitucional.

A su vez, la Carta de 1980, mantiene el control de constitucionalidad de

tipo represivo y concentrado en manos de la Corte Suprema con efectos inter partes.

La Constitución de 1980 toma la precaución de establecer en su artículo 83 inciso 3º, que “resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue objetora sentencia”. No hay instancia jurídica que pueda solucionar los conflictos que emanen de la disparidad de criterios entre ambos Tribunales sobre si lo que está conociendo la Corte Suprema fue o no lo resuelto ya por el Tribunal Constitucional.

Capítulo III

1. La jurisdicción constitucional y los modelos de control de constitucionalidad.

Podemos sostener que hay jurisdicción constitucional cuando un órgano competente legalmente investido con tal objeto decide materias constitucionales, con independencia de si es o no un órgano especializado en la materia, posición que comparten Bidart Campos⁴¹, Nestor Pedro Sagüés⁴², Fix Zamudio, entre otros.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional se pueden diferenciar modelos originales, mixtos, dualistas, doble control concentrado, siendo estos tres últimos producto de la combinación y convergencia de los modelos originales a través de su evolución histórica, los cuales se han desarrollado con fuerza en América Latina.

⁴¹ Bidart Campos, Germán. *“La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional”*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1987.

⁴² Sagüés, Néstor Pedro. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1989.

2. El modelo original americano.

El primer modelo que se desarrolla de jurisdicción constitucional es el denominado "modelo americano", cuya denominación responde al hecho de su generación en Estados Unidos.

Esta solución fue establecida por vía jurisprudencial en Estados Unidos en el famoso fallo *Marbury v. Madison*, en 1803. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó por primera vez plena competencia a los jueces, para que en caso de un conflicto entre una ley y la Constitución, resolviera dando preferencia a la norma constitucional. El juez Marshall aplicó el principio según el cual, ante un conflicto entre dos normas de diferente jerarquía, debe prevalecer la de jerarquía superior. Este sistema ha sido utilizado también en Noruega, si bien en casos excepcionales.

Al igual que los Estados Unidos, aceptan el control de constitucionalidad por un sistema de jurisdicción difuso, donde el control de constitucionalidad incidental puede ser efectuado por todos los magistrados de los tribunales ordinarios de Justicia como por ejemplo Bolivia, Colombia, Canadá y por supuesto en nuestro país. En Argentina la interpretación de las normas constitucionales pronunciadas por la Corte Suprema vincula a todos los órganos jurisdiccionales.

El tipo de control de constitucionalidad por los tribunales ordinarios, tiene el defecto de debilitar la exigencia de la "certeza de derecho", ya que la norma cuestionada se mantiene vigente en abstracto, en cuanto las sentencias dictadas poseen eficacia limitada al caso concreto, de acuerdo con los principios generales relativos a los efectos jurídicos de las sentencias judiciales; ello impide a otros afectados por la norma saber si el juez, al conocer su caso, declarará la norma aplicable o inaplicable.

Este inconveniente se atenúa en los países de tradición anglosajona por la regla del "stare decisis", esto es, la obligación de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión sobre un determinado punto de derecho adoptado por las jurisdicciones de rango superior, como ocurre en el caso de los Estados Unidos.

A través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal por la Corte Suprema, no se produce la anulación formal de la ley, simplemente no se aplica.

No obstante, al ser "sus decisiones vinculantes para los órganos

inferiores, en virtud de la doctrina del precedente, el resultado es el mismo que se produciría si se declarase nula con carácter general la ley contraria a la Constitución”.

3. El modelo original germano austríaco o europeo de jurisdicción constitucional.

3.1. El fundamento de los tribunales constitucionales y su concreción histórica:

Kelsen es el creador intelectual e inspirador de la racionalización del sistema norteamericano de control de constitucionalidad, a través de la creación de un tribunal constitucional con una jurisdicción constitucional especializada, cuya característica específica está constituida por asumir la competencia de resolver las acciones o “recursos” de inconstitucionalidad sobre preceptos legales (control normativo abstracto de constitucionalidad de preceptos legales), lo que se concreta en la Constitución de Austria de fecha 20 de octubre de 1920, precedida de la ley austríaca de 25 de enero de 1919, que genera un órgano denominado Tribunal Constitucional, al cual la Ley del 14 de marzo de 1919 le entrega un control preventivo de constitucionalidad de las leyes de los Länder, lo que dará paso en 1920 al Tribunal Constitucional austríaco de la Carta Fundamental de dicho año, en su artículo 140.

La justificación de los tribunales constitucionales está dada en la defensa jurídica de la Constitución democrática frente a las posibles vulneraciones de ella por los órganos y agentes del Estado que no respeten el ámbito de sus competencias, abusando del poder o utilizando sus competencias para fines distintos de aquellos para los cuales fueron desarrollados. Un segundo elemento que justifica su existencia es la protección de los derechos humanos o derechos esenciales de la persona humana, que constituye uno de los fundamentos básicos del Estado Constitucional. El tercer fundamento es la protección de las minorías y sus derechos frente a los eventuales desbordes de las mayorías que controlan el Parlamento y el Gobierno.

Estos tribunales realizan una tarea especializada de carácter jurídico-político, para la cual se requiere concretar una hermenéutica finalista y sistemática que considera los valores y principios que orientan el conjunto del

texto constitucional, procesando las normas jurídicas a partir de la Constitución.

Esta labor jurídica con connotaciones políticas requiere de los magistrados que integran estos tribunales una especial legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad. Es por ello que los magistrados que integran los Tribunales o Cortes Constitucionales son juristas destacados que, por regla general, cuentan con cierta experiencia mínima exigida, siendo ellos escogidos y nombrados por las asambleas parlamentarias, el Presidente de la República y los gobiernos, participando en el proceso, en algunos casos, las más altas magistraturas todo ello de acuerdo con el tipo de gobierno constitucional democrático existente en cada país.

A su vez, se considera más adecuado encargar la defensa de la Constitución a un órgano extra poder como es, por regla general, el Tribunal o Corte Constitucional, dotado de autonomía e independencia frente a los poderes clásicos del Estado, que a un órgano instituido de naturaleza política como una Asamblea Legislativa compuesta de legos, o a la judicatura ordinaria, cuyas propias actuaciones pudieren ser objeto de cuestionamiento por inconstitucionalidad, o ser susceptibles de entrar en un conflicto de competencias con otro de los órganos estatales.

Para Kelsen, el Tribunal Constitucional se limita a controlar la compatibilidad de dos normas abstractas de jerarquía diferente: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional es un legislador negativo, ya que la anulación de la ley tiene el mismo carácter general de la formación de la ley, en palabras del mismo Hans Kelsen, constituye una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa”.

Esta concepción de Kelsen tiene como consecuencia que las decisiones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional tienen un valor constitutivo y no declarativo por lo que producen sólo efectos para el futuro (ex nunc), ya que el precepto legal es válido mientras no sea declarada su inconstitucionalidad, vicio de anulación y no de nulidad, ya que la ley es válida y eficaz mientras el Tribunal Constitucional no la anula, lo que, una vez concretado, produce el efecto de que la ley pierda validez, teniendo así el fallo efectos generales o “fuerza de ley”.

Este modelo germano-austríaco, además de concretarse en Austria, se

desarrolla prácticamente en forma simultánea en Checoslovaquia (1920) y es asumido por la Constitución española de 1931; más tarde se generalizará después de la Segunda Guerra Mundial: Austria, Italia, Alemania, España, Portugal, Rusia, Egipto, Polonia, Hungría, Turquía, Colombia, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia, Sudáfrica, Rumania, Estonia, Lituania, Bulgaria, Croacia, Hungría, República Checa, Macedonia, entre otros.

En todo caso es conveniente mencionar que, junto al desarrollo del Tribunal Constitucional austríaco, simultáneamente se estructura el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia, aun cuando dicho tribunal no ejerce control de constitucionalidad ni genera jurisprudencia durante su existencia formal de casi dos décadas.

En América Latina, hay antecedentes del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, con anterioridad al modelo germano-austríaco de 1919-1920, en la Constitución de Venezuela de 1811 reasumido luego por la Constitución de 1858, como asimismo, en Colombia. En este último país, la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal de 1850 posibilita la acción popular de inconstitucionalidad contra ordenanzas, acuerdos de cámaras provinciales y cabildos parroquiales, aun cuando es necesario reconocer que no hay un órgano especial o ad hoc de control de constitucionalidad, como asimismo, desde el punto de vista competencial, no es practicable la acción respecto de leyes federales, lo que es inherente a la jurisdicción constitucional.

Una modalidad similar a la colombiana ya se encuentra vigente en la misma época en la Confederación Suiza, a través del recurso de derecho público suizo contenido en la Constitución de Suiza de 1848.

Las Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales, se desarrollan a partir del término de la Primera Guerra Mundial. Tales Cortes o Tribunales Constitucionales renacieron con mayor fuerza al término de la Segunda Guerra Mundial en Europa: en Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1958), Turquía (1961), Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1982), España (1978), Bélgica (1980), Polonia (1982-1986-1997), Hungría (1989); Checoslovaquia (1991-1992) y, sus sucesoras en la República Checa y Eslovaca (1993); y en la República Federativa Rusa (1991), para señalar algunas de las más importantes.

A su vez, en América Latina, vemos su aparición en Guatemala (1965-

1985), en Chile (reforma constitucional de 1970 y Constitución de 1980), Perú (1979-1993), en Colombia (1991), en Ecuador (1994-1998), en Bolivia (1998).

4. Rasgos fundamentales.

Las Cortes Constitucionales, en palabras de García Enterría, en lugar de competidores del parlamento, terminan siendo su complemento lógico. Ellas no pueden indagar “la relación de adecuación o no a la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositarias de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciarán sólo la validez de la ley, por medio de simple lógica racional, desvinculadas de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales”⁴³.

El mismo autor señalará que una Constitución “sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene; la Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros”⁴⁴.

En el modelo germano-austríaco se concentra así la competencia de conocer de la constitucionalidad de los preceptos legales en un órgano especializado o ad-hoc, el Tribunal Constitucional, el cual actúa de manera directa, a instancia de determinados órganos políticos y cuyas sentencias producen efectos erga omnes y ex nunc.

Este modelo puro desarrollado en Austria en 1920 ha generado algunas líneas de convergencia con el modelo americano, mediante la inserción de la cuestión de constitucionalidad incorporada al Tribunal Constitucional austríaco en 1929, la que se encuentra también asumida por los Tribunales o Cortes Constitucionales de Italia, Alemania, España y Bélgica.

La cuestión de constitucionalidad implica que el magistrado o juez que

⁴³ García de Enterría, Eduardo, “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”. Pág. 58. Madrid: Ed. Cívitas; 1981.

⁴⁴ García de Enterría, E., op.cit., Pág.186.

debe aplicar a un caso específico una norma o precepto legal que estime inconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya sea a petición de parte o de oficio, debe suspender el procedimiento y remitir el asunto al Tribunal Constitucional para que resuelva la constitucionalidad de la norma cuestionada.

A su vez, diversos Tribunales Constitucionales emiten fallos que determinan la inconstitucionalidad con efectos retroactivos (*ex tunc*), aun cuando ello se encuentra limitado por disposiciones constitucionales y legales.

Los tribunales constitucionales se desarrollan, asimismo, por la falta de adecuada competencia para conocer de esta materia de los jueces ordinarios.

El profesor Cappelletti, agrega otros elementos para el caso europeo que son susceptibles de ser aplicados también a muchos países latinoamericanos: los jueces “son magistrados de carrera poco aptos para asegurar la tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos que sus funciones tradicionales de simples intérpretes y de fieles servidores de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del nudo central de éstas que es la declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Right”, es normalmente muy diferente de la interpretación de las leyes ordinarias; ello exige una aproximación que se conjuga con la tradicional ‘debilidad o timidez’ del juez del modelo continental”.

La Corte Constitucional tiene la capacidad de “detener el exceso de ‘contractualización’ de las decisiones políticas, que puede ella misma ser muy peligrosa para los derechos fundamentales, sobre todo para los de aquellos que no participan en la contractualización”, es decir de aquellos que no participan de la negociación política parlamentaria o gubernamental. En esta pueden conculcarse valores protegidos por el ordenamiento constitucional y, por tanto, no sujeto a la negociación de los poderes constituidos.

De esta forma, las Cortes Constitucionales constituyen un contrapeso a una mayoría parlamentaria o gubernamental poderosa brindando protección a los derechos de la minoría y de la oposición. Esta realidad que debe tenerse en consideración a la hora de analizar las Cortes Constitucionales justifica que para dotarlas de mayor legitimidad una parte de sus miembros sean designados por órganos políticos.

Las características fundamentales de estas Cortes Constitucionales que siguen el modelo germano-austriaco son así de control concentrado, los

tribunales ordinarios no tienen competencia en la materia de control de constitucionalidad, su composición está determinada por la participación de políticos que eligen a juristas para integrar la Corte o Tribunal”²⁷; sus sentencias producen efectos erga omnes y constitutivos.

5. Los modelos latinoamericanos de control de constitucionalidad.

Los sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad adquieren en el curso del siglo XX modalidades que combinan los modelos de Control por Tribunales Ordinarios con control difuso, bajo la inspiración del modelo norteamericano, sistemas de control por Tribunales Constitucionales siguiendo el modelo europeo, o finalmente, combinando los sistemas de control por Tribunales Ordinarios y Tribunales Constitucionales, generando así modalidades propias distintas del modelo puro norteamericano o europeo, como es la combinación de controles “difuso-concentrado”, de doble carácter concentrado o la existencia de variantes dualistas⁴⁵.

Constituyen una excepción a este principio la Corte Constitucional de Grecia compuesta sólo de Magistrados de Corte y el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador, artículo 140 y que está integrado por parte de miembros no letrados, designados por cuerpos intermedios.

⁴⁵ García Belaunde, Domingo. *“La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”*, Lecturas Constitucionales Andinas N° 1. Págs. 183 y ss.. Lima: Comisión Andina de Juristas; 1991.

Capítulo IV

1. El constitucionalismo en la Argentina introspección histórica⁴⁶:

Nace con el primer Estatuto Provisorio de 1811, el cual deslindaba las atribuciones entre la Junta Provisional Gubernativa y el Triunvirato. Otros estatutos se sancionaron en 1815 y 1817, pero su sentido fue de organizar el desorden del momento.

La primera constitución argentina fue sancionada en 1819, por el Congreso de Tucumán. Era de carácter centralista y conservador y fue rechazada por las provincias, que deseaban la instalación de una confederación.

Tras este primer intento, en 1824 se convocó a un Congreso Constituyente, que, en 1826, sancionó una nueva constitución que repitió los errores de la primera, al desconocer la naturaleza federal de la Argentina. Fue asimismo rechazada por las provincias y no alcanzó a entrar en vigencia.

Una convención reunida en Santa Fe para reformar la constitución fue malograda por la guerra civil de 1828-1831, la cual, sin embargo, propició el nacimiento del Pacto Federal (1831), virtual carta magna argentina por años. Este pacto establecía que el gobierno de la provincia de Buenos Aires (la mayor y más poblada, así como la que tenía contacto directo con Europa)

⁴⁶ Pereyra Pinto Juan Carlos y Danielian Miguel. *“Constitución de la Nación Argentina, Antecedentes”*. Págs. 199 y ss. Buenos Aires: Ed. AZ; 1992.

estaba "encargado de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina".

El gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas (1829-1832 y 1835-1852), se mostró renuente a realizar la convocatoria a un Congreso Constituyente que exigía el Pacto Federal, por lo que hubo que esperar a su deposición por parte del Gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza, para la realización del mismo.

2. Proyecto de Constitución Argentina de 1813.

Cuando el Segundo Triunvirato convoca la Asamblea del Año XIII, uno de sus objetivos era redactar una Constitución. Si bien este punto fracasó, se pudieron resolver varias cuestiones importantes.

3. Constitución Argentina de 1819.

Fue sancionada por el mismo Congreso que tres años antes había declarado la Independencia en Tucumán, trasladándose a Buenos Aires para instalarse allí y comenzar a trabajar en la redacción y elaboración de una Carta Magna. Después de realizar un exhaustivo estudio de la preexistente legislación argentina y de constituciones extranjeras tales como la de Estados Unidos, Francia —especialmente la de 1791— y la liberal constitución española de 1812, fue designada la comisión que tendría a cargo la redacción y presentación del proyecto de Constitución. Entre sus miembros se encontraban José Mariano Serrano, Diego Estanislao Zavaleta, Teodoro Sánchez de Bustamante, Juan José Paso y Antonio Sáenz.

El proyecto estipulaba que el poder ejecutivo sería ejercido por un *Director Supremo* electo por ambas cámaras del Congreso, con su propio Consejo de Estado, quien duraría cinco años en el poder, pudiendo ser reelecto por una única vez. El poder legislativo estaría integrado por una Cámara de Senadores, formada por un número de miembros igual al de provincias, tres militares cuya graduación no bajara de Coronel Mayor, un obispo, tres eclesiásticos, un representante de cada universidad y el Director Supremo saliente. La otra Cámara sería conformada por Diputados elegidos a razón de uno cada veinticinco mil habitantes y tendría la iniciativa en materia impositiva y estaba a cargo la promoción de juicio político a los altos funcionarios del

Estado. El poder judicial sería ejercido por una *Alta Corte de Justicia* compuesta por siete jueces y dos fiscales designados por el Director con noticia y consentimiento del Senado.

El proyecto de Constitución fue aprobado por el Congreso y entró en vigencia el 25 de mayo de 1819, encontrando un entusiasta recibimiento por parte del pueblo de Buenos Aires; por el contrario, fue inmediatamente rechazada por las provincias del interior. La mayor crítica por parte del interior en el Congreso no estaban representadas Salta, San Juan, la provincia Oriental, Misiones, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, fue su neto carácter unitario, cuando la mayoría de las provincias sostenía una posición federal.

En definitiva las provincias rechazaron el documento y Santa Fe y Entre Ríos decidieron ir a la guerra contra Buenos Aires. Guerra en que las provincias sublevadas contra el *Directorio* resultaron victoriosas en la batalla de Cepeda el 1 de febrero de 1820, provocando con ello la caída del entonces *Director Supremo*, José Rondeau y dando inicio a un período de crisis para la ciudad puerto y su provincia, y de autonomía para las provincias interiores.

4. Constitución Argentina de 1826.

A fines de 1823 la situación interna de las Provincias Unidas del Río de la Plata, si bien transitaba por un momento de tranquilidad política merced al gobierno encabezado por el General Juan Gregorio de las Heras, ante la necesidad de concretar la unión nacional por el advenimiento de una guerra con Brasil que había ocupado la Banda Oriental (hoy Uruguay), Buenos Aires invitó a todas las provincias a un Congreso General y estas aceptaron.

El 16 de diciembre de aquel año se instala el Congreso General Representante de las Provincias Unidas de Sudamérica que tiene a Manuel Antonio Castro como presidente. A partir de aquel día comenzó a discutirse en el seno de la Asamblea la posibilidad de redactar una Constitución para el país. Este organismo sancionó una Ley Fundamental compuesta por 18 artículos que quedaba en vigencia hasta la sanción definitiva de la Carta Magna.

En líneas generales esta Constitución era igual a la de 1819. Sólo que ésta ahora era más completa y centralista. Establecía la división de poderes: Poder Ejecutivo: ejercido por el Presidente de la Nación cuyo mandato duraría cinco años, designado en elección de segundo grado, que entre otras

atribuciones designaba a los Gobernadores provinciales con acuerdo del Senado, que no tendrían autonomía y su presupuesto debería ser aprobado por el Congreso Nacional. Poder Legislativo: bicameral, con Cámara de Diputados y de Senadores. Poder Judicial: una Alta Corte de Justicia -con 9 Jueces y 2 Fiscales- y los tribunales inferiores. Lo más destacable es que enumeraba una serie de derechos y garantías que pasaron a la Constitución de 1853. Establece la religión católica como religión del Estado; sanciona con pena de muerte o destierro al que atentare o prestare medios para atentar contra la Constitución; prohibía la confiscación de bienes; se privaba de los derechos de ciudadanía al procesado en causa criminal por la que pueda resultar pena de muerte. También establecía la inamovilidad de los Jueces y la no disminución de los sueldos.

Con los unitarios diestramente dueños del Congreso y frente a las luchas entre Córdoba y Tucumán, Las Heras vislumbró que no podría continuar ejerciendo el Poder Ejecutivo y el 12 de julio de 1825 decide renunciar, siendo ésta rechazada por la Asamblea. No pasó mucho tiempo, y el 6 de febrero de 1826 el Congreso crea el cargo de Presidente de la República, siendo elegido para ocupar el puesto Bernardino Rivadavia, figura profundamente rechazada por el interior, verdadero artífice de la Constitución.

El Presidente una vez aprobada la Constitución el 24 de noviembre de 1826, nombra comisionados para convencer a los gobernadores y juntas provinciales. Menos Tucumán, Catamarca y Salta, las provincias están en manos federales. Y es a éstas a donde se dirigen los comisionados.

La Rioja, Santa Fe, Entre Ríos, Córdoba, Mendoza, Santiago del Estero, San Luis y Salta rechazan la Constitución pero manifiestan el deseo de seguir la guerra con el Brasil "sin el Congreso ni el presidente". La única provincia que acepta la Constitución es la Oriental, por obvias razones tácticas. Buenos Aires que carece de autoridades, no se pronuncia.

Ya en guerra con el Brasil en el año 1827, el Congreso declaró su propia disolución y la del Poder Ejecutivo nacional, quedando en manos de Buenos Aires las relaciones exteriores y la guerra. A partir de este momento el país quedará sin gobierno nacional y entrará en una lucha feroz entre unitarios y federales, a pesar de lo cual las provincias con igual tendencia política se unirán mediante pactos, tales como la Liga Unitaria y Pacto Federal.

La falta de un gobierno nacional duraría hasta el Acuerdo de San Nicolás

que dio origen a la Confederación Argentina y precedió a la Constitución Argentina de 1853.

5. Constitución Argentina de 1853.

Fue jurada el 1 de mayo de 1853, por las provincias, excepto por Buenos Aires que la rechazó y se proclamó independiente, promulgando su propia Constitución. En el año 1859 aceptó reingresar a la Confederación si se le realizaban modificaciones. El triunfo de Bartolomé Mitre sobre la Confederación en la Batalla de Pavón, unificó a las provincias bajo la misma Constitución. El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y su obra "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", conjuntamente con el modelo estadounidense, y las constituciones anteriores fueron los puntos de partida de la Constitución Nacional Argentina.

Constaba de un preámbulo y 110 artículos. Adoptó la forma representativa, republicana y federal. Estableció la división del gobierno en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial

6. Reforma de 1860.

Cuando la Provincia de Buenos Aires se incorporó a la Confederación, luego de firmar el Pacto San José de Flores, se realizó una Convención provincial, la cual sugirió diversas reformas a la Constitución. Estas reformas variaban de las cosméticas (eliminación de frases como "ejecuciones a lanza y cuchillo", y reemplazo de Confederación por Nación) y otras más importantes (eliminación del requisito de aprobación por el Congreso para la entrada en vigencia de las constituciones provinciales). Ese mismo año, una Convención Reformadora en Santa Fe aprobó estas reformas sugeridas, dando paso así a la reunificación nacional.

7. Reforma de 1866.

Entre las reformas introducidas en 1860 había algunas de carácter rentístico, como transición para la entrada de Buenos Aires a la Nación. Estos artículos contenían frases como "hasta 1866, cuando...". El sentido de ésta

reforma es eliminar estas frases.

8. Reforma de 1898.

Hacia fines del s. XIX, se hizo evidente que el crecimiento de las actividades del gobierno desbordaba las instituciones previstas en la Constitución. Por eso, en 1898 se reunió una Convención en Buenos Aires que aprobó, entre otras menores, estas reformas: a) Cambio de la base de elección de Diputados. La constitución de 1853 indicaba que se elegiría un diputado cada 33.000 habitantes. El crecimiento poblacional demostró la necesidad de un cambio. El artículo se reformó para que el Congreso pudiera elevar la base de elección de diputados para poder mantener su número en una cantidad razonable (de no haber sido así, hoy la Cámara contaría con 1.121 miembros). b) Aumento de los ministerios. La Constitución fijaba en cinco el número de ministerios y deslindaba sus ramos (Relaciones Exteriores, Interior, Justicia e Instrucción Pública, Hacienda y Guerra y Marina). Con la reforma, su número aumentó a ocho y su deslinde se dejó a la legislación.

9. Reforma de 1949.

La necesidad de incorporar nuevos derechos sociales y las nuevas funciones del Estado fueron los argumentos básicos que motivaron la reforma constitucional.

Fueron incorporadas numerosas cláusulas sociales, como los derechos de la ancianidad, los derechos de la mujer, del niño y de los trabajadores, y reforzó las facultades del Poder Ejecutivo. Esta reforma constitucional fue promovida por el gobierno de Juan Domingo Perón. Mediante la modificación del artículo 77 fue posible que el presidente fuera reelecto indefinidamente. En 1956, el gobierno militar que había derrocado a Perón, abolió esta reforma por una proclama.

10. Reforma de 1957.

En 1957 el gobierno militar de la Revolución Libertadora promovió una Convención Constituyente para convalidar la derogación de la Constitución de

1949 y el reestablecimiento de la Constitución de 1853. La Convención no contó con representantes de la población peronista, que demostraron ser mayoría al votar masivamente en blanco. Por su parte la Unión Cívica Radical se fragmentó en dos partidos. La Asamblea Constituyente se limitó a convalidar la decisión del gobierno militar y cuando se propuso avanzar en la incorporación de los derechos sociales y laborales, se produjo el retiro de la mayor parte de las delegaciones, alcanzándose a agregar el artículo 14 bis, antes de quedar sin quórum.

11. Reforma de 1972.

En 1972 la Junta de Comandantes que gobernaba "de facto" el país durante la llamada Revolución Argentina dictó un Estatuto manifestando explícitamente que se hacía en "*ejercicio del poder constituyente*" que incluía una serie de considerandos y reformó quince artículos de la Constitución (texto de acuerdo a la reforma de 1957), al mismo tiempo que declaró inaplicables otros cuatro artículos.

Entre otras reformas constitucionales se estableció:

- reducción del mandato del presidente, vicepresidente, diputados y senadores a cuatro años
- reelección del presidente por una vez
- reelección indefinida de diputados y senadores
- elección directa de presidente, vicepresidente, diputados y senadores
- la creación del cargo de tercer senador por la minoría
- la simultaneidad de las elecciones para cargos nacionales
- la reducción del quórum para sesionar
- un mecanismo de aprobación automática de proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo si no es tratado en un plazo determinado
- un mecanismo de aprobación de leyes directamente por las comisiones internas de las Cámaras
- un organismo especial para realizar el juicio político a los jueces integrado por miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y de los abogados

El Estatuto establecía que el mismo regiría hasta el 24 de mayo de 1981.

12. Reforma de 1994.

El 13 de diciembre de 1993, el presidente justicialista Carlos Saúl Menem y el ex-presidente radical Raúl Alfonsín suscribieron el Pacto de Olivos, por el cual las dos fuerzas políticas mayoritarias acordaron convocar a una Convención Constituyente para reformar la Constitución Nacional, incluyendo un "núcleo de coincidencias básicas" en el que se acordaba previamente el contenido de una serie de puntos de reforma, dejando otros para la discusión abierta en la Asamblea Constituyente. La Convención Constituyente sesionó en las ciudades de Santa Fé y Paraná y el 22 de agosto de 1994, aprobó una amplia reforma constitucional que abarca 44 artículos, estableciendo entre otras normas: el reconocimiento de los derechos ambientales, del consumidor, a la información, la acción colectiva, el derecho de amparo constitucional, los delitos contra la constitución y la democracia, la preeminencia de los tratados internacionales, la autonomía universitaria, el voto directo, la reelección presidencial por una vez y acortamiento del mandato de 6 a 4 años, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia, el tercer senador por la minoría, el Consejo de la Magistratura, la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, etc. También estableció el sistema de ballotage: una segunda vuelta electoral en la elección presidencial en caso de que ningún candidato obtuviese más del 45% de los votos válidos emitidos.

13. Estructura actual de la Constitución Argentina.

La jerarquía normativa del texto resultante de las reformas constitucionales dista de ser todo lo claro que debería ser, no hay que olvidar que ya la jurisprudencia se ha ocupado de intentar ordenar su esencia y que en ocasiones lanza dudas para que el que descifre esta no tan compleja, en apariencia norma suprema.

Los constituyentes de 1994, no cabe dudas que abrieron un manantial al derecho internacional en el ámbito del derecho interno nacional y centralmente en el derecho constitucional.

Dentro de las reformas que se han realizado al mencionado texto, surge el análisis inevitable para el presente trabajo del artículo treinta y uno de la Constitución Nacional que reza "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 del 11 de noviembre de 1859.” bajo estas condiciones el artículo establece la supremacía de la constitución, las leyes nacionales y los tratados, aunque por cierto la norma no establece quien ejerce el control.

Modificado en gran parte el artículo setenta y cinco inciso veintidós de nuestra carta magna, ubicado dentro del Capítulo cuarto bajo el título “Atribuciones del Congreso” y que altero de manera directa la estructura establecida en el artículo examinado en el párrafo anterior. Todo ello cambia y se elabora como fruto de una realidad globalizada del mundo hoy donde las jerarquías de todo orden se ven alteradas por un relativismo que dificulta la armonía deseable.

Como una manifestación de lo expuesto la clásica pirámide jurídica kelseniana ha sufrido un impacto y esta nueva conformación queda según Bascary Carrillo Miguel⁴⁷ de la siguiente manera:

Primer nivel: En primer lugar hallamos al **texto constitucional**, tal como ha sido consagrado por la reforma de 1.994.

En el mismo nivel de preeminencia que la Constitución, pero en segundo plano, se ubican los **instrumentos internacionales constitucionalizados** por el Artículo 75 inc. 22, se habla de instrumentos y no de tratados; por que el concepto incluye las declaraciones Universal y Americana de derechos humanos, piedras fundamentales de los sistemas de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos en la materia. Estos once instrumentos son complementarios al texto de la constitución nacional.

Completan este nivel los **tratados sobre derechos humanos**, que hayan sido **reconocidos con jerarquía constitucional luego de la Reforma:** hasta el momento el único que posee esta condición es la Convención contra la Desaparición de Personas⁴⁸, se unen a este nivel otros tratados en el futuro, según lo autoriza nuestra Constitución (último párrafo del inc. 22 Artículo 75),

⁴⁷ Bascary Carrillo Miguel. “Estructura de la interacción del derecho internacional en el Derecho Argentino” presentado en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Constitucional. Santa Fe. Septiembre de 1999.

⁴⁸ Ley 24.820 de 1997.

refiriendo a los **tratados que puedan constitucionalizarse** mas adelante.

Si cerramos este nivel tendremos lo que se da en llamar **núcleo de constitucionalidad o bloque constitucional**, que dentro de la estructura de la pirámide normativa en el sistema jurídico argentino luego de la reforma constitucional de 1994 forma una cumbre inalterable e intocable por cualquier otra que le sucede en los eslabones inferiores, lo que es decir por normas de menor rango que estas que son las principales.

Segundo Nivel: Se ubican en este nivel a **diversos tipos de tratados** en los que Argentina es parte:

1. Los **tratados sobre derechos humanos no constitucionalizados**.
2. Los **tratados resultantes de los procesos de integración** y las normas dictadas en su consecuencia (inciso 24 artículo 75 de la constitución nacional).
3. Los **tratados constitutivos**; que se refieren a creación o modificación estructural **de los organismos internacionales** (ejemplos: Carta de la ONU⁴⁹; de la OEA⁵⁰ o la constitución de la OIT⁵¹). Como un producto derivado de estos se encuentran los diversos estatutos y reglamentos que complementan a los tratados y que regulan la funcionalidad de estas entidades (ejemplos: el estatuto y el reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).
4. Los **concordatos** con la Santa Sede (última parte del inciso 22 del artículo 75)
5. Los **otros tipos de tratados**, generalmente llamados conmutativos. Entre estos colocamos a los acuerdos de sede celebrados con diversas organizaciones internacionales.

Tercer Nivel: Decreciente, en cuanto a su jerarquía normativa, se encuentran:

1. Las **leyes**;
2. los **decretos leyes** que aun mantienen su vigencia en el ordenamiento nacional; y
3. los **decretos de necesidad y urgencia** habilitados por el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional.

⁴⁹ Organización de Naciones Unidas.

⁵⁰ Organización de Estados Americanos.

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo.

Cuarto Nivel:

Se ubican los **decretos ordinarios** y otras normas. Por debajo de estos se encuentran los **actos administrativos y sentencias** como por ejemplo resoluciones, ordenanzas, etc.

Así queda constituida hoy en día la constitución nacional, con una acumulación de estanterías que guardan celosamente las diferentes normas y que sirven de basamento para soportar la cúspide que es el núcleo de constitucionalidad la cual debe brillar de manera inalterable en su parte superior.

14. El sistema de Control de Constitucionalidad vigente en la República Argentina.

En cuanto a las vías idóneas procesales para el control de la constitucionalidad, es relevante señalar la evolución jurisprudencial de la Corte toda vez que partiendo de la primitiva vía incidental, indirecta o de excepción, en relación con el objeto principal del juicio, admite en el artículo 322 del Código Procesal, dos tipos diferentes de acciones declarativas:

- a) la acción declarativa de certeza, dentro de la cual puede ejercerse control constitucional y
- b) la acción declarativa de inconstitucionalidad, siempre que se trate de un caso judicial, para evitar las consecuencias de un acto en ciernes y siempre que el actor tenga legitimación procesal.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (como se indico mas arriba), hizo que éstos pasen a integrar el bloque de constitucionalidad, entendido como conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución documental⁵².

La citada norma al establecer que los tratados son superiores a las leyes, no hizo más que recoger lo ya establecido por la Corte en los autos “Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo” del 7 de julio 1992. Cabe

⁵² Bidart Campos. “El derecho de la Constitución”. Pág. 264. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1996.

agregar que en lo referente a la operatividad de los Tratados, a raíz de la mención de que éstos adquieren rango constitucional “en los términos de su vigencia” en el aludido artículo 75 inc. 22, ello debe interpretarse que se refiere a su vigencia internacional y no a otra (conforme Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Giroldi”, 1995. Cabe mencionar, además, que la jurisprudencia de la Corte, que también integra el bloque de constitucionalidad, es de aplicación obligatoria, en la medida en que constituya una interpretación de las normas constitucionales.

Según Alberto Bianchi,⁵³ quien propone para el análisis, la insubsistencia de la división entre el “common law” y el “civil law” para luego aplicar el “stare decisis” (otorgar fuerza obligatoria a las decisiones de la Corte), limita ésta a: los casos que son de competencia específica de la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución, esto es dentro de la competencia que le asigna el Artículo, 14 de la ley 48 y las materias comprendidas dentro del derecho federal.

Con formato: Fuente: Sin
Cursiva

A) Control de constitucionalidad difuso:

En nuestro país, desde que la Corte oficialmente hizo suyos los principios establecidos en “Marbury v. Madison” y decidió asumir el ejercicio del control de constitucionalidad, aún cuando la Constitución no le adjudica esta tarea específicamente, ni hay ley alguna que lo regule, así lo hizo en el caso “Eduardo Sojo”⁵⁴. Recién en este caso, decidido en 1887, la Corte debió ocuparse de la constitucionalidad de una ley nacional por lo que este caso es considerado el equivalente en nuestro país de “Marbury v. Madison”, se trataba del editor del periódico “Don Quijote” que había sido puesto en prisión por la Cámara de Diputados por todo el tiempo de sus sesiones ordinarias. Sojo interpuso recurso de hábeas corpus ante la Corte sobre la base del artículo 20 de la ley de organización de los tribunales nacionales.

La Corte sostuvo que su misión era mantener a los diversos poderes nacionales y provinciales dentro de los límites de sus facultades trazados por la

⁵³ Bianchi Alberto B. “*De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema*”. Buenos Aires: Ed. Ed; 26/7/2000.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos, 32-120, 1887.

Constitución y que, por tanto, debía cuidarse en extralimitarse en tales facultades. Entendió que la ley que invocaba Sojo no autorizaba la competencia originaria del Tribunal en un caso como ése y que, de todos modos la ley no podría darle a la Corte esa competencia sin violar la Constitución. Sostuvo en un párrafo famoso: “Por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con atribuciones de una rama del poder público, más grande y más respetable es el de que se rodee a ese derecho individual de la formalidad establecida para su defensa... El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el *palladium* de la libertad es la constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolables, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal.

Con formato: Fuente: Cursiva

Obsérvese que hay una curiosa coincidencia entre este fallo y “Marbury v. Madison”, porque aquí también el poder de control de constitucionalidad por parte de los tribunales y de la Corte en especial fue afirmado al tiempo que se rechazaba una cierta facultad de la misma Corte (aunque aquí no se lo hace declarando inconstitucional la ley sino diciendo que si la ley hubiera otorgado a la Corte esa facultad habría sido inconstitucional).

Entonces retomando el caso Sojo es en este a partir del cual rige el sistema de control de constitucionalidad difuso. Esta función compete a cualquier juez de cualquier fuero o instancia, tiene lugar en principio a petición de parte, respecto de un caso concreto y para producir efectos “interpartes”; en oposición con el sistema concentrado de los países europeos y de algunos sistemas latinoamericanos que como sé puntualizó, el control de constitucionalidad funciona en abstracto, con efecto “erga omnes” y derogatorio de la norma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reiterado que el control de la constitucionalidad es función suprema y fundamental del Poder Judicial.

Todo los jueces, en los casos que se llevan a su conocimiento deben constatar si las leyes o actos administrativos, guardan o no conformidad, con los preceptos constitucionales y deben abstenerse de aplicarlos en su caso, es una manera de garantizar la supremacía del derecho de la Constitución, ante posibles abusos de los demás poderes del Estado.

La limitación fijada por los decretos 1570⁵⁵ del año 2001 y 1606⁵⁶ del mismo año y las sucesivas normas, muestran un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa destinado a provocar un trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los artículos 17⁵⁷ y 18⁵⁸ de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio.

Es claro que el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo, en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia.

Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una

⁵⁵ Decreto 1570/2001 en el que se puede leer a modo de introducción “Reglas a las que ajustarán sus operatorias las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina. Establécense restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior. Prohíbese la exportación de billetes y monedas extranjeras.

⁵⁶ Decreto 1606/2001 reza “Excluye del ámbito de aplicación del Decreto N° 1570/2001, a ciertas operaciones que sólo pueden efectuarse en efectivo y autorizar al B.C.R.A. a disponer lo propio para otros casos que puedan presentarse. Incrementa el monto de exportación de billetes y monedas extranjeras y metales preciosos amonedados. Declara servicios públicos sujetos a regulación los sistemas de pago por medios electrónicos”.

⁵⁷ Constitución Nacional, Artículo 17 “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

⁵⁸ Constitución Nacional, Artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.”

reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el artículo 28 de la Carta Magna (Fallos: 305:945, considerando 8°, último párrafo). En el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (artículos 1° a 4° de la mencionada ley⁵⁹), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa “Peralta” que se registra en Fallos: 313:1513.

Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el Decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la Ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad en su artículo 15⁶⁰, han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un

⁵⁹ Ley 25466 artículo 1° “Todos los depósitos ya sean en pesos, o en moneda extranjera, a plazo fijo y a la vista, captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con las previsiones de la Ley 21.526 y sus modificatorias, quedan comprendidos en el régimen de la presente ley. Dichos depósitos son considerados intangibles”

Artículo 2° “La intangibilidad establecida en el artículo 1° consiste en: el Estado nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes.”

Artículo 3° “La presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el artículo 1° de esta ley, serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional.”

Artículo 4° “Deróganse, a partir de la sanción de la presente ley, todas las normas legales o reglamentarias que se le opongan, con excepción del ejercicio por parte del Banco Central de la República Argentina de las facultades otorgadas por la Carta Orgánica de dicha institución, así como la adopción de las medidas previstas por la ley de entidades financieras 21.526 y sus modificatorias, en defensa de los depositantes.”

⁶⁰ Ley 25561 artículo 15 “Suspéndese la aplicación de la Ley N° 25.466, por el plazo máximo previsto en el artículo 1°, o hasta la oportunidad en que el Poder Ejecutivo nacional considere superada la emergencia del sistema financiero, con relación a los depósitos afectados por el Decreto N° 1570/2001.”

evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad.

El efecto producido por las normas impugnadas excede, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aún en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional⁶¹ y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los artículos 14 bis⁶² y 17⁶³ de la Constitución Nacional así como las previsiones del artículo 21⁶⁴ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. CSJN, febrero 01-2002.- “Banco De Galicia Y Bs As S/ Solicita Intervención En Autos “Smith, Carlos A. C/ P.E.N. S/ Sumarísimo”.

⁶¹ Constitución Nacional Artículo 28 “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁶² Constitución Nacional Artículo 14 bis “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

⁶³ Constitución Nacional Artículo 17 “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. “

⁶⁴ Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 21 “Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

B) Control de Constitucionalidad de oficio.

Posturas al respecto:

a. En contra del control de constitucionalidad de oficio.

Los argumentos más fuertes y tradicionales que se han esbozado por la negativa al control de constitucionalidad de oficio son, básicamente, tres:

1. Vulnera la garantía constitucional del debido proceso, ya que el juez introduce cuestiones en la causa que no fueron alegadas por las partes y consecuencia de ello es que falla *extra petita*. La parte que resultase vencida se encontrara en una situación de indefensión, dado que la sentencia contendrá elementos que no fueron considerados en ninguna instancia del proceso.
2. Viola la división de poderes, pues el juez se arroga facultades legislativas.
3. Los actos de poder estatal se presumen válidos y acordes a la CN, hasta que no se demuestre lo contrario.

b. A favor⁶⁵.

El primer jurista argentino en plantear, la conveniencia de la aceptación del control de constitucionalidad de oficio fue el Prof. Germán J. Bidart Campos, en el año 1964⁶⁶. A partir de sus desarrollos, se fue abriendo paso la idea de los que sostenían la posibilidad del control judicial de constitucionalidad de oficio, fundándose en los siguientes argumentos:

1. El principio *iura novit curia*: Este resulta ser uno de los argumentos más fuertes y defendidos por la doctrina argentina a favor del control de oficio, y parte del siguiente razonamiento. Si bien el juez al dictar sentencia debe limitarse a lo peticionado por las partes, que son las que configuran el *thema decidendum*, tal limitación no impide la aplicación del principio *iura novit curia*, por el cual se presume que el juez conoce el derecho, debiendo aplicarlo y resolver conforme a él. Los jueces

⁶⁵ Entre la corriente doctrinaria que pregona el control de constitucionalidad de oficio, se hallan: Germán J. Bidart Campos, Guillermo López, Víctor Bazán, Alberto Bianchi, Ricardo Haro, Raúl G. Ferreyra, Néstor Sagues, Entre Otros.

⁶⁶ Bidart Campos, Germán J. "*Control de constitucionalidad de oficio*". Tomo 147. Pág. 295. Buenos Aires: La Ley.

tienen el deber de fundar su decisión, para ello caben dos posibilidades: o comparten la fundamentación que expusieron las partes, o dan una propia y suplen el derecho que las partes no invocaron, o invocaron erróneamente. En esta búsqueda del derecho aplicable, el juez se ve obligado a examinar la estructura piramidal y jerárquica del ordenamiento jurídico, en base a criterios formales y materiales o sustanciales, debiendo aplicar la norma superior frente a una inferior que la transgreda. Se puede afirmar entonces que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho, y no de hecho, con lo cual resulta absurdo exigir que las partes deban alegarlo. Por eso el control oficioso no vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio, toda vez que el tema introducido por el juez en la sentencia se refiere al derecho aplicable al caso, y si en ese derecho el juez tiene la convicción de que existe una inconstitucionalidad, así debe declararlo, so pena de una mala aplicación del derecho, que no va a ser purgada por el hecho de que ninguna de las partes lo haya cuestionado en el marco de la causa.

Observaba Bidart Campos en 1972, “la decisión judicial ha de guardar coherencia con el ordenamiento jurídico. Una sentencia que aplica normas inconstitucionales rompe con esa coherencia, y se subleva contra la gradación jerárquica y piramidal del ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución. Sentencia de tal naturaleza traduce una mala aplicación e interpretación del derecho, y, por ende, una mala administración de justicia.” Exigir que las partes no solo aleguen, sino también que prueben la inconstitucionalidad, conlleva a la grave consecuencia de supeditar la fuerza normativa de la CN a la voluntad, sagacidad o advertencia del justiciable o de su abogado.

Por otra parte, siendo que la inconstitucionalidad no es una cuestión de prueba, lo único factible como exigencia para el peticionante sería la probanza de las circunstancias fácticas que se entremezclan con ella.

2. En el sistema de control difuso, los jueces tienen la atribución de control de constitucionalidad por la naturaleza que detentan, ejercerlo de oficio es un deber que no depende de la voluntad expresa o tácita de las partes, no es optativo para los jueces velar por la supremacía constitucional. “...deja la impresión - incongruente e incompatible con la

supremacía- de que aquella misma función no va anexa a la propia del juez, sino que, en el mejor de los casos, se le acopla recién cuando el justiciable la recaba”⁶⁷. La obligación de los jueces de aplicar la Constitución federal se advierte también, claramente, en las leyes 27 y 48⁶⁸. Del control que tienen los jueces depende que se materialice la supremacía de la Constitución Nacional, o sea los derechos fundamentales, como en otros lugares depende de otro órgano.

3. El juez no es legislador ni invade la esfera de otros poderes, porque su declaración afecta solo a las partes. Solo verifica la norma en cuestión con los principios Constitución federal. Si el control oficioso constituyera verdaderamente un atentado a la separación de poderes, no parece sustento suficiente que la voluntad expresa de las partes purgaría ese vicio, siendo que se trata de un principio tan esencial dentro de la Constitución Argentina. “El razonamiento no es certero, ya que de la premisa no puede derivarse ninguna aseveración que, lógicamente, pueda ser probada. En efecto, resulta incomprensible y de improbable justificación como el 'control de oficio' es apto para lesionar el principio de separación y equilibrio de las funciones estatales, y el 'control a pedido de parte' esta totalmente desprovisto de esa cualidad”.⁶⁹ Por otro lado deben tenerse en cuenta los efectos de las sentencias hacen inaplicable la norma al caso concreto, situación que no puede llegar a afectar la división de poderes.
4. No se afecta la presunción de validez de los actos estatales, ya que es una presunción provisional establecida para proveer de seguridad jurídica y la continuación de la marcha del Estado. Pero ante la

⁶⁷ Bidart Campos, Germán J. *“El derecho de la constitución y su fuerza normativa”*. Pág. 424. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1992.

⁶⁸ Ley 27, art. 1: *“la justicia nacional procederá siempre aplicando la constitución y las leyes nacionales”*, art. 3: *“uno de sus objetivos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición a ella.”*; y ley 48, art. 21: *“Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución Nacional, como ley suprema.”*; así, los magistrados violarían estas leyes ante la inexistencia de una petición de algunas de las partes.

⁶⁹ Ferreyra, Gustavo, *“El régimen del amparo y la defensa del derecho de la constitución”*. Pág. 212. Buenos Aires: Ediar; 2003.

eventualidad de que un particular lleve a la justicia determinado planteo, el juez, al cumplir sus funciones de administrar justicia y aplicar el derecho, debe verificar la adecuación a la norma fundamental, por eso en ese momento es donde la presunción puede caer, y no solo por la petición de la parte, sino también por dicho análisis judicial. La presunción es *iuris tantum* por naturaleza, y no puede convertirse en *iuris et de iure* por voluntad del litigante. El principal fundamento no es otro que el orden público constitucional y el principio de supremacía de la Constitución.

5. Ante la colisión entre dos bienes, esto es, la Constitución federal por un lado y el principio de congruencia por el otro, se sabe que nuestro ordenamiento, como el de casi la totalidad de los países, tienen como ley suprema la Constitución federal, sea el nombre que tenga, o sea que ante la disyuntiva se optaría por la supremacía de la Constitución federal, ya que existe consenso suficiente en este punto.
6. Las sentencias deben ser acordes a la Constitución federal, como todo acto del estado, el Poder Judicial es Estado.

15. Evolución de la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La postura de la Corte Suprema respecto al control de constitucionalidad de oficio transito por diferentes periodos. Desde su instalación en 1863 hasta 1941 no hubo reglas explícitas o concretas sobre el tema.

La Corte ejerció en algunos fallos el control de oficio e incluso lo estableció como una obligación de los jueces⁷⁰. También utilizó las normas del Código Civil, referidas a las facultades de los jueces ante nulidades absolutas y manifiestas, para declarar la invalidez de un contrato administrativo de oficio,

⁷⁰ "Caffarena c. Bco. Argentino del Rosario, 1871; "Casares c. Sívori, año 1872; Municipalidad de la Capital c. Elortondo". Sostuvo que "...es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de examinar las leyes en los casos concretos que se tratan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esto 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".

en el marco del caso "Schmitt" del año 1937.

En 1941, en el fallo "Ganadera Los Lagos S.A. c/ Gobierno Nacional"⁷¹, la Corte estableció categóricamente como regla general, que el control no podía realizarse de oficio, salvo cuando se trataba de mantener su independencia como poder o cuando era necesario preservar la integridad del poder judicial. Sostuvo que a la justicia, como poder, no le es dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Señaló como condición fundamental, la existencia de un pleito y el pedido de alguna de las partes de la declaración de inconstitucionalidad, puesto que sino se provocaría un desequilibrio de poderes, habiéndose optado por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos.

En 1977 la C.S.J.N pronuncio el fallo "Acosta, Héctor v. Crysf S.A.". Se admitió aquí que una cuestión de constitucionalidad introducida recién en segunda instancia fuera resuelta por la alzada en ejercicio de sus facultades constitucionales. Bidart Campos interpretó, que lo que la Corte hizo no es mas que declarar una norma inconstitucional de oficio, ya que aun cuando medio petición de parte, la misma fue extemporánea, y lo que se pide a destiempo se tiene por no pedido ni propuesto. Sostuvo que la Corte y la Cámara entendieron que el control forma parte inherente de la jurisdicción, y que el juez debe llevarlo a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo, criterio contrario, la Corte habría dicho que la Cámara excedió la materia del recurso por lo cual su sentencia sería arbitraria, y no lo hizo⁷².

Sin embargo, en posteriores fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió con la postura restrictiva del control oficioso.

En 1983, se produce la fisura en la posición tradicional de la prohibición del control de oficio, que se manifiesta a través de las disidencias de los Ministros Augusto C. Bellucio y Carlos S. Fayt en los fallos "Juzgado de Instrucción N° 50 de Rosario"⁷³. La disidencia sostuvo que si bien es exacto que los tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma en abstracto, no significa que, ya dentro del marco de un caso concreto se exija la

⁷¹ Fallos: 190-149 del 30-6-1941.

⁷² Bidart Campos, Germán J., "*¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?*", en ED t. 74-385.

⁷³ CSJN 310:1410.

necesidad de petición de parte, pues el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho. Según el art. 31 de la CN, corresponde a todos los jueces vedar por la supremacía constitucional y es independiente del requerimiento de las partes.

Más adelante, en el caso "Osvaldo Peyru" de 1987, se discutía la actualización de multas aduaneras establecida en el art. 10 de la ley 21.898, y allí la Corte demuestra su postura rígida y su formalismo extremo, sobre la prohibición del control oficioso: a pesar de que esa ley ya había sido declarada inválida en anteriores oportunidades, la falta de invocación de la parte derivó en el rechazo de su demanda.

En definitiva, frente a idénticos casos falla de diversa manera según como las partes hayan planteado el caso.

Más tarde se sumo a la postura minoritaria el Ministro Antonio Boggiano⁷⁴. Sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no implica un avasallamiento a los otros poderes, ya que dicha tarea es de la esencia del Poder Judicial. Tampoco implica una violación al derecho de defensa, si así fuera, cualquier otra aplicación de normas de oficio debería calificarse igual.

A pesar de las disidencias la Corte siguió su camino, y fortaleció la regla de que "el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente que contraría a la Ley Fundamental, causándole un gravamen para lo que debe acreditar fehacientemente en el expediente el perjuicio que la origina la aplicación de la disposición"⁷⁵.

El 27 de septiembre de 2001 en el fallo Mill de Pereyra, la Corte se pronuncia por la permisibilidad, con matices, del ejercicio del control de constitucionalidad de oficio. Se sostiene ahora que este control no afecta la división de poderes, ni la presunción de validez de los actos estatales, ni el derecho de defensa en juicio, dando los fundamentos de los votos en disidencia de los Ministros Fayt, Bellusio y Boggiano en los anteriores pronunciamientos. Se deduce aquí que los Ministros López y Bossert, si bien no están en contra del control oficioso, lo someten a una condición: que se

⁷⁴ CJSN 321:993, "Bco. Bs.As. Building Society s/ quiebra", de 1998; y 321:1058, "Ricci Oscar Francisco A."

⁷⁵ "Fiscal c/ Benítez José C. Y otro", 1992; "Fojo J.L. c/ Estado Nacional y Provincia de San Juan", 1992; "Gil de Giménez Colodrero", 1993.

haya resguardado suficientemente derecho de defensa en juicio de la parte afectada por la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, López aclara en un trabajo doctrinario, que de su voto no debe desprenderse que se halla privilegiado la salvaguarda del derecho de defensa como condición necesaria para el ejercicio del control de oficio, y que tampoco expuso una doctrina consistente en que dicho control solo puede ser ejercido cuando el derecho de defensa quede resguardado, pues puede ejercerse siempre. Por su parte los Ministros Petracchi, Vásquez y Nazareno, mantuvieron su postura de que los jueces carecen de facultades para declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma. En igual dirección votó el Ministro Moliné O'Connor, agregando que constituiría una anomalía que el individuo - juez- o un pequeño grupo - la Corte- adoptara decisiones contrarias a actos legislativos o ejecutivos, que representan la voluntad popular. Asimismo señala que los derechos de los habitantes constituyen una zona de reserva en la cual cada uno de ellos decide qué hacer ante la extralimitación de sus representantes, por lo cual puede adoptar en consentirla, sin que nadie pueda sustituir su libre determinación.

Este fallo trajo como consecuencia que la dogmática considere que se ha producido una nueva mayoría en la Corte a favor del control de oficio, o que por lo menos la jurisprudencia del fallo "Los Lagos" ha quedado en minoría.

No puede dejar de apuntarse, sin embargo, que con posterioridad, en el año 2003, la Corte dictó un nuevo fallo y sostuvo la improcedencia de declarar la inconstitucionalidad de una norma en razón de que el peticionante no había acreditado lo absurdo o arbitrario de ella (en el caso, el tope indemnizatorio del art. 153 de la ley 25.013⁷⁶), lo que provocó nuevas críticas⁷⁷.

16. Aceptación del control de oficio

En el fallo "Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", se cambió de modelo, la causa llegó a la Corte en virtud del recurso de hecho interpuesto por el Banco Comercial de Finanzas S.A. contra la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires que

⁷⁶ "Licanic, Juan L. C. Volpino Laboratorios S.A.", La Ley, 2003-F, 497.

⁷⁷ Bidart Campos, Germán J., "¿Y el *iura novit curia*?", La Ley, 2004-C, 247 sostiene en esta oportunidad su sorpresa ante la declinación de la Corte, teniendo en cuenta el pronunciamiento "Mill de Pereyra".

revocó la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Bahía Blanca (que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del decreto 2075/93 reglamentario de la ley 21.526) con fundamento en la prohibición (que a su entender) pesaba sobre los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio, en resguardo de la división de poderes y en virtud de que el actor no había alegado ni probado su impugnación.

En su sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expone una postura favorable al control de oficio, basándose en los clásicos argumentos dados por la doctrina en contra de la prohibición.

Se sostiene que los Tribunales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, pero que una vez establecido el proceso judicial, no es necesario la petición expresa de la parte interesada ya que el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho, y no de hecho, y la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente tiene plena operatividad en virtud del principio *iura novit curia*, el cual incluye también el deber de velar por la supremacía constitucional, aplicando, ante el caso de colisión de normas, la de mayor rango (según considerando 3°).

Por otro lado tampoco se considera que el principio de la división de poderes se vea afectado, ya que “carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”. En cuanto a la presunción de validez, tampoco se ve afectada ya que ésta cede cuando se halla en oposición con la Constitución Nacional.

Por último, no hay menoscabo al derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, el efecto se expande a toda aplicación del derecho de oficio no invocada por ellas (según considerando 4°), con lo cual se concluiría, agregó, que el principio *iura novit curia* es inconstitucional, ya que no permite el derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, la Corte decide dejar sin efecto la sentencia dictada por la Suprema Corte provincial.

Se puede apuntar que la particularidad del caso, en el cual la norma en cuestión ya había sido declarada inconstitucional por la Corte, no es el fundamento central de la revocación de la sentencia apelada, sino que es un

factor más que contribuye al pronunciamiento, por lo cual podemos esperar que aun en su ausencia, la Corte seguirá sosteniendo esta postura.

El cambio producido quizás se deba a los cambios producidos en la conformación de sus miembros y la desarticulación de la mayoría que sostenía la prohibición del control de constitucionalidad oficioso.

En la actualidad no integran la Corte Moline O'Connor, ni Nazareno, que no permitían el control oficioso, por otro lado, teniendo en cuenta que la Corte cuenta hoy con una mayoría favorable al control de constitucionalidad de oficio, pues siguen en sus cargos Fayt, Zaffaroni y Highton de Nolasco que se han pronunciaron categóricamente por la procedencia

Lo que queda para futuras observaciones es cual va a ser la postura de la Corte Suprema cuando su composición cambie.

Hoy en día giran alrededor de este tema proyectos de ley con la respectiva reforma al tema, hay algunos que hasta cuentan con trámite Parlamentario dentro del Congreso de la Nación.

El proyecto al que hago alusión, ha sido presentado en el año 2004, discutido y dictaminado conjuntamente con un proyecto presentado por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi⁷⁸. La mencionada propuesta es una reproducción del proyecto original con las modificaciones sugeridas y aceptadas por las Comisiones intervinientes en dicho debate. Este control de constitucionalidad, sostiene el proyecto, debe ejercerse aún sin petición de parte interesada.

17. El Control de Constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

La constitución de la Ciudad de Buenos Aires data del año 1996. Los constituyentes adoptaron un modelo de jurisdicción constitucional llamado dual. Es decir existen dos sistemas jurisdiccionales que cohabitan, coexisten y se retroalimentan de manera permanente; y la puesta en marcha de uno no suspende o anula la viabilidad de la otra. Este es el principal efecto del modelo de control. Es decir que se puede hablar de un reaseguro de la legalidad constitucional, se puede ir por una vía o por la otra.

En la Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece

⁷⁸ Orden del Día 3153 del 2005.

en su artículo 113 que “es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: ...2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.”

Si analizamos en profundidad este inciso surge que si el Tribunal declara inconstitucional una ley de la legislatura esta norma pierde valor con efectos erga omnes (si la legislatura no insiste con la norma). La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva disposición normativa es, fundamentalmente, la expulsión de la misma del sistema jurídico. Asimismo, la reglamentación de la disposición constitucional en examen dispuesta por la Ley 402, en su artículo 24⁷⁹ y en consonancia con los efectos previstos por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, destaca que la pérdida de vigencia de la disposición declarada inconstitucional no surtirá efectos sino a partir de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial (dejando a salvo el supuesto en que se trate de una ley de la Legislatura de la Ciudad, en cuyo caso el procedimiento previsto es diverso)⁸⁰.

Ahora bien, si durante los tres meses posteriores al dictado de sentencia declarativa de inconstitucionalidad la legislatura insiste en defender la norma con dos tercios de sus miembros presentes la norma sigue vigente para todos los demás ciudadanos de Buenos Aires, con la excepción o con la

⁷⁹ El artículo 24 de la ley 402 dispone que “la norma cuestionada pierde su vigencia con la publicación de la sentencia que declare su inconstitucionalidad en el Boletín Oficial, siempre que no se trate de una ley. Si se trata de una ley, el Tribunal Superior notifica la sentencia a la Legislatura a los efectos previstos por el art. 113 inc. 2 de la Constitución de la Ciudad. Si dentro de los tres meses de notificada a la Legislatura la sentencia declarativa la ley no es ratificada por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, pierde su vigencia desde el momento de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad”.

⁸⁰ Diaz, Mariana, “*La acción declarativa de inconstitucionalidad*”, Pág. 120. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 2003.

particularidad de que es inter parte, o sea que no se le puede aplicar a quien promovió el control, no alcanza a las partes de ese caso concreto, mientras que para los otros sigue siendo válido.

17.1. Críticas a la ratificación de la legislatura de la Ley declarada inconstitucional.

En este trabajo no se puede dejar de mencionar el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Superior de justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad que rige en el ámbito de la ciudad y que origina un control concentrado y abstracto de constitucionalidad.

Kelsen incluye a la *actio popularis* dentro del campo de los derechos subjetivos políticos, como poder jurídico de poder intervenir en la producción de normas, pues “un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico, aunque no sea para obtener satisfacción por el incumplimiento de la obligación jurídica, cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional”⁸¹.

La acción como poder jurídico configura un derecho público subjetivo⁸², diferenciado del derecho substancial⁸³, que habilita al individuo investido de

⁸¹ Kelsen, Hans, “*Teoría pura del derecho*”, Pág. 155. México: Ed. Porrúa; 1998.

⁸² Alsina, Hugo, “*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*”, 2° Ed. Tomo I. Págs. 332/334. Buenos Aires: Ediar; 1963.

⁸³ La distinción reside, para Alsina, en: “1°) Por su origen, pues el derecho nace de un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o deriva de las relaciones de familia (Cód. Civ., art. 495), en tanto que la acción nace del conflicto entre dos personas sobre la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho; 2°) Por sus condiciones de ejercicio, ya que están sometidos a reglas distintas: una persona puede tener capacidad para adquirir un derecho y ser incapaz para defenderlo en justicia; la acción supone una actividad y el proceso donde ella se desarrolla está sujeto a normas propias, en tanto que el derecho supone una situación jurídica cuya protección se pretende mediante la acción; 3°) Por su objeto, ya que la acción tiende a una sentencia favorable, y el derecho es precisamente la regla que la sentencia va a aplicar para la solución de la litis; 4°) Por sus efectos, pues la acción agrega al derecho un nuevo elemento: su efectividad.” (V. Alsina, Hugo, “*Tratado teórico...*”, op. cit.,

potestad para su ejercicio, en este caso, cualquier individuo, pues ni la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ni la ley reglamentaria introducen restricciones al respecto, de requerir al órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica consistente en la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma que se juzga contraria a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires o a la Constitución federal.

La acción declarativa del artículo 113 inciso 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, no es sino una herramienta o mecanismo que permite hacer efectiva la prescripción contenida en el artículo 1° de dicho texto legal, que establece que la Ciudad de Buenos Aires “organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa”. Es decir, constituye un resorte propio y funcional al sistema adoptado.

Antes de analizar esta acción, se debe previamente señalar que en la Ciudad de Buenos Aires coexisten dos sistemas de control. Por un lado, el control difuso, en cabeza de todos los jueces de la ciudad y que se ejerce en el contexto de una causa concreta, produciendo efectos únicamente “inter partes”, y, por el otro lado, el control concentrado y abstracto de constitucionalidad, que recae exclusivamente en el Tribunal Superior de Justicia, por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.⁸⁴

Se trata de una acción autónoma, interpuesta directamente ante el Tribunal Superior. Están legitimados para interponerla las personas físicas, las personas jurídicas, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público de la ciudad⁸⁵.

Prácticamente nadie ha quedado fuera y esto es, justamente, lo que ha llevado a decir a autorizada doctrina, que se trataría de una especie de acción popular. Amén de esto, y en torno al procedimiento, se contempla la figura del “amicus curiae⁸⁶”, posibilitando así que cualquier persona se presente en el

⁸⁴ Conf. art. 113 inc. 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁸⁵ De acuerdo a la reglamentación que surge de la ley 402 de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

⁸⁶ Figura frecuentemente utilizada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, a partir de la Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hoy también es aceptada por nuestro máximo Tribunal.

proceso en calidad de asistente oficioso⁸⁷, expresando una opinión fundamentada sobre el tema en debate.

Siguiendo con la acción declarativa, lo que se persigue con la misma es el ejercicio de un control abstracto de constitucionalidad, desprovisto de toda circunstancia fáctica. Se busca confrontar la norma atacada con el texto mismo de la Constitución Nacional o local, pero no en el contexto de un caso concreto sino de una manera abstracta, siguiendo el modelo europeo de control de constitucionalidad que, por otra parte, ya ha sido adoptado por varias provincias.

Al decir de Bianchi, se trata de un proceso puro de constitucionalidad⁸⁸, un típico caso de juicio en abstracto a la norma.

Como suele ocurrir cuando está en juego el control abstracto, la sentencia, que en su caso se dicte declarando inconstitucional la norma, tendrá efectos erga omnes. Vale decir que la norma resultará derogada como si nunca antes hubiese sido dictada.

Las características hasta este punto son las propias de un sistema abstracto de control, al estilo del modelo europeo.

Sin embargo, no termina aquí la cuestión. Agrega la constitución que, una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma, ésta debe ser reenviada a la Legislatura, quien podrá ratificarla con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en un plazo de tres meses.

Este tema de la ratificación posterior de una norma declarada inconstitucionalidad fue por algunos muy bien recibido, creyendo ver en ello una suerte de mayor control.

No es está, sin embargo, mi opinión. Yo creo que si una norma es declarada inconstitucional por un Tribunal Superior porque afecta verdaderamente garantías constitucionales, la norma va a seguir siendo inconstitucional por más ratificación que se haga de la misma. Solo dejaría de serlo en el hipotético supuesto que se derogase aquella norma constitucional que la ley vulneraba.

Pero si la constitución sigue siendo la misma, la norma legal que la

⁸⁷ No reviste calidad de parte, según el artículo 22 de la ley de la ciudad 402.

⁸⁸ Bianchi Alberto, *“El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”*. Buenos Aires: El Derecho; 19 de octubre de 2000.

vulnera, y que por tal razón fue invalidada, no puede ser ratificada. A mi modo de ver, esto es un absurdo. Nunca la última palabra en materia de control constitucional puede recaer en la Legislatura, es decir, en el mismo órgano que dicta las normas como ya lo he expresado anteriormente.

Admitir esta posibilidad de ratificación posterior por la Legislatura implica, la desnaturalización de este control abstracto de constitucionalidad. Como sostuvo el Dr. Domingo García Belaúnde⁸⁹, a la larga se tratará de un control político ejercido por la Legislatura.

Distinto sería si la Legislatura rectificase la norma haciéndola compatible con el texto constitucional. Eso sería aceptable. Pero la Constitución de la ciudad habla de ratificar, con lo cual supongo que éste será, en definitiva, el procedimiento que se adopte. Teniendo la Legislatura este poder, no hay razón para pensar que no lo vaya a utilizar⁹⁰.

Y si bien es cierto que la Constitución admite que, pese a la ratificación legislativa de una norma, la misma pueda volver a invalidarse, esta vez en el caso concreto, mediante el ejercicio del control difuso, entiendo que ello no sana, en absoluto, el problema de índole constitucional que el control abstracto, así regulado, presenta. Y es que, toda vez que se lo hace depender de la Legislatura, el control adolece de vicios graves.

Es interesante la existencia de un sistema de este tipo que coexista con el sistema difuso de control de constitucionalidad, como ya preveen varias provincias, como es el caso de Río Negro, Chubut, Tucumán, Córdoba y Tierra del Fuego, entre otras.

Pero lo que preocupa es la cuestión de la ratificación. De nada sirve haber creado un sistema concentrado, abstracto y con efecto erga omnes si, en definitiva, la última palabra la va a tener la Legislatura, es decir, el mismo órgano del cual emana la norma.

Por el momento no se han registrado casos de ratificación de normas declaradas inconstitucionales, pero no porque no se haya ejercido este control sino porque, hasta el momento, ninguna ley local ha sido declarada inconstitucional en el curso de esta acción especial, con lo cual, la posibilidad

⁸⁹ Domingo García Belaúnde, *“EL control de constitucionalidad en la ciudad de Buenos Aires,”* en Revista Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Ediar.

⁹⁰ No obstante los problemas de índole constitucional que se señalan.

de que esto ocurra sigue latente.

Las únicas declaraciones de inconstitucionalidad que se registran, que por otra parte son bien pocas, tienen que ver con decretos o resoluciones y allí, obviamente, por tratarse de normas que no emanan de la legislatura, no juega esto de la ratificación.

En síntesis, me parece interesante que la constitución de la ciudad de Buenos Aires, prevea un sistema de control abstracto en cabeza del Tribunal Superior de Justicia, como ya preveen algunas constituciones provinciales, pero no estoy de acuerdo con esta cuestión de la ratificación de las normas.

Si lo que se pretende es mantener la Supremacía Constitucional, creo que este sistema dista de ser el mejor. Solo espero que, quienes tengan en sus manos el poder de ratificar normas inconstitucionales adviertan la gravedad que ello encierra y en consecuencia, no lo utilicen, en pos del mantenimiento de la supremacía constitucional.

Capítulo V

1. Principio de razonabilidad. El artículo 28 de la Constitución.

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

El artículo fue significativo por que garantiza la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la carta magna.

Como es sabido los limites de estos derechos son realizados por leyes que dicta el Congreso nacional, pero no cualquier reglamentación legitima el

recorte que se le realiza al derecho, es necesario además que las leyes que reglamenten esos derechos no los alteren, como bien indica el artículo en cuestión.

Hay que tener sumo cuidado a la hora de regular el ejercicio del derecho, por que se puede caer fácilmente, en el vicio de desvirtuarlo o desnaturalizarlo, dejando así de restringirlo o ceñirlo para alterarlo de manera tal que esa reglamentación deja de ser válida.

Ahora bien cual es el límite entre la llamada “legítima restricción” de un derecho y la “ilegítima transformación” de este. Esa distinción es muy necesaria, pero se ha ido oscureciendo desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado el criterio amplio en materia de poder de policía.

Hay casos concretos en que es muy fácil establecer esta diferencia, mientras que en la vida real hay cientos de otros que no son tan claros y sencillos.

Lo que hay que tener en cuenta es que es necesario ver si la restricción del derecho de que se trate es necesaria para poder llegar así al objeto que pretende la ley -bien común, bienestar general, interés público⁹¹-, o este puede obtenerse por otro medio menos gravoso.

El orden jerárquico de las normas llena de contenido al artículo 28, o lo que es mejor decir el orden que la misma constitución nacional establece en el nuevo artículo 77 inciso 22 es la verdadera y única base de la que deben surgir los límites que determine la legislación que surge del congreso.

Como es conocido cuando adentramos en un tema lo primero es ver de que se trata y nos tiene mas que acostumbrados la disparidad de criterios a la hora de establecer cualquier concepto o delinear las principales características, y como no podía ser de otra manera ocurre lo mismo cuando intentamos una aproximación al concepto de Poder de Policía.

Así es que el jurista español Eduardo García de Enterría⁹² se refiere como “actividad administrativa de limitación de derechos”.

Lorences, aclara que la institución del poder de policía es de difícil comprensión si no se la estudio acabadamente ya que no es un “poder” como

⁹¹ Ekmekdjian, Miguel A. “Manual de la Constitución Argentina”. Pág. 248. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1993.

⁹² García de Enterría, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Págs. 107 y 146. Madrid: Ed. Cívitas; 2000.

se refiere en la doctrina a los órganos del Estado (legislativo, Judicial o ejecutivo) y ni es policía entendida esta como cuerpo de seguridad⁹³.

Sorprende las posiciones de los juristas más importantes de nuestro país en el ámbito administrativo y constitucional sobre el tema del Poder de Policía. Paradójicamente Marienhoff, Diez (administrativistas ambos por excelencia) y Bidart Campos⁹⁴ (constitucionalista) coinciden en afirmar la indeterminación, vaguedad e imprecisión de la doctrina cuando ésta analiza el concepto y constante cambio en su significación que responde como un eco a la consideración jurídico-política que en cada época se tenga del Estado.

Para algunos autores es necesario expresar la distinción entre Poder de Policía y Policía mientras que para otros es indiferente. Dentro de los que admiten la trascendencia de su distinción conceptual están los que por un lado expresan que refieren a momentos distintos de la actuación del estado en una misma función⁹⁵ y los que por otro resaltan que ese tipo de distinción es equivocada por que las materias y ámbitos que tienen por objeto no coinciden en el mismo camino⁹⁶ y que la utilización en ese sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido equivocada.

La denominación Poder de Policía aparece recién en el año 1827 en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estado Unidos de Norte América, a través de una sentencia de John Marshall, quien en su voto se refirió al "Police Power"⁹⁷.

Tanto Diez, como Marienhoff y la mayoría de la doctrina fundamentan su postura acerca de los conceptos en cuestión en base a argumentos históricos, de lo que se puede deducir que en el futuro pueden adoptar significados nuevos de acuerdo al régimen político imperante. Diez critica la denominación Poder de Policía ya que considera que el Poder Estatal es uno solo y se ejerce a través de órganos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, aunque reconoce

⁹³ Lorences. *"Poder de Policía"*. Pág. 262. Buenos Aires: Ed. Universidad; 1997.

⁹⁴ Marienhoff, Miguel. *"Tratado de Derecho Administrativo"*. Tomo IV. Pág. 529. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot; 1997.

⁹⁵ Diez, Manuel María. *"Manual de Derecho Administrativo"*. Tomo II. Pág. 179. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra; 1981.

⁹⁶ Bidart Campos, Germán. *"Derecho Constitucional"*. Tomo II. Pág. 550. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1966.

⁹⁷ Marienhoff, Miguel. Ob. Cit. Pág. 184.

que a estos órganos también se los denomina “poderes”. El poder de policía no es ni un segundo ni un cuarto poder⁹⁸.

A modo de cierre de este párrafo se puede decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación explico claramente lo que significa la reglamentación de los derechos cuando refiere al poder de policía y a sus límites, pero no incorpora su contenido como un presupuesto a cumplir por el legislador para dictar la norma en cuestión: "La reglamentación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es hacerlo compatible con el ejercicio del derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La Constitución Nacional ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar el ejercicio de los derechos, poniendo a la vez un límite a esa facultad reguladora"⁹⁹. Es decir que el poder de policía es un poder que reglamenta derechos y explica que es reglamentar, pero al momento de acotar o limitar su ejercicio solo apunta a la razonabilidad y no a la necesidad de esa reglamentación.

2. Fundamento constitucional.

Existen posturas en la doctrina como por ejemplo Gonzáles Calderón¹⁰⁰ que considera al poder de policía como un atributo necesario e inherente a toda soberanía, anterior a las leyes, y no necesita ser concedido ni reconocido por las constituciones porque es inalienable.

Diez dice que la Constitución Nacional no se refiere expresamente a la policía pero hay enunciados fundamentales referentes a la misma que surgen de su articulado. El primero resulta del artículo 14 de nuestra carta magna que reza “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:...”¹⁰¹, como se observa este artículo enumera los derechos individuales¹⁰¹. Según este autor,

⁹⁸ Diez, Ob. Cit. Pág. 184.

⁹⁹ CSJN, 136-161 JA, 8-263.

¹⁰⁰ González Calderón, “*Derecho Constitucional Argentino*”, Tomo III, Pág. 135. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1990.

¹⁰¹ Diez, Ob. Cit. Pág. 183.

el legislador, dentro de ciertas condiciones ha de intervenir en esta materia reglamentando los derechos individuales. Hay un aspecto de la policía que el denomina “policía legislativa” que reconoce que comúnmente se llama poder de policía. Siguientemente critica dicha expresión señalando que el poder estatal es único y que se debe distinguir este de las funciones y de los órganos que este poder tiene. De allí que Diez reafirma que la regulación de los derechos reconocidos por la Constitución es una función del poder estatal y no un poder. Para Diez la jurisprudencia emplea el termino Poder de Policía equivocadamente y la debería denominar “Policía Legislativa”¹⁰².

Por su parte, Marienhoff entiende que en razón de que la policía apareja esencialmente un poder de reglamentación del ejercicio de los deberes y derechos constitucionales de los habitantes, a pesar de que el constituyente haya omitido su referencia genérica, el fundamento positivo de ese poder está en el artículo 14 de la Constitución Nacional¹⁰³.

Al crearse el artículo 14 se procuró establecer el principio de la relatividad de los derechos constitucionales más que receptor el instituto del Poder de Policía o de la Policía que tanta fuerza histórica adquirió en el derecho público. En el mismo sentido y adhiriendo a lo manifestado por la doctrina (o parte de la misma) vista, se arriba a una nueva concepción que debe efectuarse sobre la Policía y el Poder de Policía, en la que se lo entienda o conozca como “la función estatal que tiene por fin compatibilizar los derechos individuales cuando ello sea necesario para el logro del bienestar general”¹⁰⁴.

Por último, cabe aclarar que gran parte de la doctrina refiere también a los artículos 19 y 28 de la Constitución de la Nación cuando trata el Poder de Policía o la Policía, pero ello lo hace cuando analiza y fundamenta los límites de tales conceptos y no el origen o base constitucional de su existencia, si bien su invocación supone reforzar las posiciones que procuran extraer del texto constitucional las bases o principios de los conceptos que analizamos.

Marienhoff considera acertadas las objeciones que descalifican que se recurra a nociones como Policía y Poder de Policía para referirse a funciones

¹⁰² Diez, Ob. Cit. Pág. 184.

¹⁰³ Marienhoff, Ob. Cit. Págs. 531 y 540.

¹⁰⁴ Novo Enrique Fernando, “Policía y Poder de policía”. Pág. 6. Córdoba: Revista del Colegio de Abogados de Córdoba; 2000.

que sustancialmente no difieren de las restantes actividades y funciones del Estado. Este jurista, si bien hace mención en su Tratado de Derecho Administrativo¹⁰⁵ a las posiciones de Gordillo, a nivel nacional respecto a necesidad de la "eliminación del concepto de policía" (basan sus posturas, entre otras razones, en que esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal) aceptando esos cuestionamientos, concluye con una postura híbrida que justifica el mantenimiento de su utilización (del concepto policía) "por su larga tradición en la literatura públicística"¹⁰⁶. Es decir considera correctas las objeciones mencionadas pero también justifica la continuación del uso de los conceptos observados.

En la doctrina argentina, es Gordillo quien más enfáticamente ha criticado al concepto poder de policía (el mismo Marienhoff lo reconoce), haciendo hincapié en la necesidad de eliminar el concepto, el que ha perdido en la actualidad su razón de ser, ya que su función, para este autor, se ha distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal. Para este profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, es peligrosa la continuación de su utilización¹⁰⁷.

3. Como funciona el Poder de Policía:

La competencia **exclusiva** que posee el Congreso nacional para reglamentar los derechos individuales según la carta magna, son conocidas habitualmente con el nombre de "poder de policía", que se puede definir según Ekmekdjian¹⁰⁸ como "la función estatal consistente en reglamentar (restringir) los derechos individuales no mas allá de lo razonable"¹⁰⁹, o también "facultad legislativa de regular la amplitud y límites de los derechos individuales expresamente consagrados o implícitamente reconocidos en la Constitución de un Estado" como sostienen Mendez Elisa.

¹⁰⁵ Marienhoff, Ob. Cit. 528 a 530.

¹⁰⁶ Marienhoff, Ob. Cit. Pág.530.

¹⁰⁷ Gordillo, Agustin A. *Estudios de Derecho Administrativo*. Pág. 69. Buenos Aires: Ed. Platense; 2003.

¹⁰⁸ Ekmekdjian, Miguel A. ob. cit.

Mientras que el concepto europeo de policía es **restringido**, ya que legitima la restricción de los derechos subjetivos **únicamente** por motivos de seguridad, salubridad, moralidad e higiene pública. Esta definición permite cierta objetividad de las normas que reglamentan los derechos subjetivos. Eso redundaría en cierta limitación a la discrecionalidad del poder Legislativo, esto es, una ampliación en el espacio de la libertad.

Se puede sostener con anticipación que cualquier restricción de derechos que no tenga por objeto la seguridad, la salubridad, la moralidad o la higiene públicas es *ilegitima*, y por lo tanto, altera el derecho que pretende reglamentar, en violación al artículo 28 de la Constitución.

El criterio norteamericano, en cambio, es **amplio** y admite que los derechos sean reglamentados en función de cualquier objetivo tendiente al bienestar general de la población. En este sentido amplio, la policía se confunde con el fin último del Estado.

Con este criterio la relativa objetividad se diluye y se pierde, porque el intérprete carece de pauta teleológica, ya que cualquier objetivo que propenda al bienestar general convalida la restricción.

4. Evolución de la Jurisprudencia en materia de poder de policía.

1°) Criterio restringido 1869-1922:

Esta primera etapa comienza en el siglo pasado, con las causas.

a- “Empresa Plaza de los Toros c/ Provincia de Buenos Aires”: La corte Suprema considero incluida en el Poder de Policía la facultad de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad pública. Por eso estimó correcta la Ley dictada por la provincia de Buenos Aires, que prohibía la corrida de toros, la corte confirmo la denegatoria del permiso para presentar las corridas, sosteniendo que éstas afectaban la moral pública y los sentimientos generalizados de la población.

b- “Saladeristas Santiago, José Y Jerónimo Podesta Y Otros V. Provincia De Buenos Aires¹¹⁰”: Mantiene la misma doctrina. La provincia de

¹¹⁰ Fallos, 51:274 14/05/1887.

Buenos Aires ordena la clausura del establecimiento por que afectaba a la salud del vecindario. Podesta sostiene que la clausura ataca la propiedad y el ejercicio de una industria lícita.

La corte le responde que según la Constitución los derechos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, como bien surge del artículo 28 de la Constitución, y nuestro Código Civil establece que la propiedad esta sujeta a la restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer la primera al Derecho Administrativo. La corte rechazo la inconstitucionalidad e esta ley que obligaba a los saladeristas de Barracas a trasladar sus factorías, afirmando que nadie puede tener derechos adquiridos a comprometer la salud de la población.

c- “Hileret y Rodríguez c. /Provincia de Tucumán s. / inconstitucionalidad de la ley provincial del 14 de junio de 1902 y devolución de dinero¹¹¹”, la Corte declaro la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Tucumán, de 1902, que establecía cupos para la producción azucarera de las empresas radicadas en la provincia. Dicha ley calculaba el consumo anual probable del azúcar de todo el país y prorrateaba ese tonelaje entre aquellas empresas. La que fabricara azúcar por encima de la cuota adjudicada debía pagar un impuesto, el cual implicaba la imposibilidad de comercializar el excedente.

En este fallo, la Corte afirmo que “una ley reglamentaria de derechos no puede ni debe constitucionalmente alterar el derecho que esta llamada a reglamentar, porque debe conservar incólume y en su integridad ese derecho”. Continúo sosteniendo que “no hay ni se alega que haya, en la elaboración del azúcar o en la forma de llevarla a cabo, nada contrario al buen orden, moralidad, higiene o bienestar de la provincia”, razón por la cual declaro la inconstitucionalidad de la ley provincial.

2°) Criterio Amplio: Limitación a la libertad contractual 1922-1934:

En el año 1922 cambio el criterio, adoptando el concepto norteamericano de reglamentación de derechos, o de poder de policía. Como ya se vio este concepto brinda mayor discrecionalidad a los órganos del gobierno, y mayor

¹¹¹ Fallos, 98:20 05/09/1903.

espacio del poder, restringiendo correlativamente el espacio de la libertad.

a- “Ercolano, Agustín c/Lantieri de Renshaw, Julieta s/consignacion¹¹²”: Se discutió la constitucionalidad de la ley 11.157 que prohibía cobrar durante dos años contados desde su promulgación por la locación de casas, piezas o departamentos, destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1° de Enero 1920 y establecía una prorroga en el plazo de los contratos. La Corte sostiene que es constitucional ya que el Estado no solo tiene que atender a la seguridad, salubridad y moralidad de los habitantes sino que también tenía el deber de proteger los intereses económicos de la comunidad. Hay autores que utilizan nociones más genéricas que esta trilogía y hablan del “buen orden de la comunidad”¹¹³.

En ese mismo año 1922 se discute nuevamente la constitucionalidad del artículo 1 de la ley mencionada en la causa “Horta c. Harguindeguy” y la Corte vuelve al criterio europeo o estricto de policía. El argumento fue que en este caso concreto se trataba de un contrato escrito, a diferencia del anterior que era verbal.

b- “Avico, Oscar Agustín c/ De La Pesa, Saúl C. s/consignación de intereses¹¹⁴”: Se reconoce la constitucionalidad de la Ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria y reducción de la tasa de interés, fundándose la resolución en la gravedad y extensión de la crisis económica, el fin de la ley era salvaguardar el interés público comprometido y el tiempo y el plazo contemplados en la moratoria para la corte es justo y razonable.

5. Intervención en materia económico social. Imposición de cargas sociales. 1934-1944.

a- “Frigorífico Anglo c/Gobierno de la Nación”: la corte admitió la validez de la ley de control de comercio de carne en cuanto a la obligación de los

¹¹² CSJN 136:161, 171 9/2/1922.

¹¹³ Bielsa. “*Compendio de derecho administrativo*”. 3° Ed. Págs. 383 y ss.. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1960.

¹¹⁴ CSJN 172:21, 7/12/1934.

frigoríficos de clasificar el ganado antes de la compra y de comunicar las operaciones al ministerio, y la validez de las sanciones penales en caso de infracción.

6. Intervención en materia económico social. Imposición de cargas económicas: 1944-1960.

a- “Cine Callao s/interponer recurso jerárquico c/resolución dictada por la Dirección Nacional de Servicio Público de Empleo¹¹⁵”: Se trata de la imposición de ciertas obligaciones para beneficio y promoción de la cultura artística vernácula. El tribunal consideró que las cargas impuestas a los empresarios no eran inconstitucionales. La corte sostuvo que solo le incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el congreso, solo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislados se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los D. individuales afectados.

7. Intervención estatal sustitutiva por razones de emergencia económica y de seguridad social: 1960-1988.

El avance del poder de policía sigue aumentando con el curso del tiempo, se llega a legitimar la constitucionalidad de leyes, ordenanzas, decretos que limitan excepcionalmente los derechos bajo la formula de temporalidad y emergencia.

a- “Pustelnik Carlos A. y Otros s/resolución de intendente municipal¹¹⁶”: Y así se decidió la revocación de la autorización para edificar con principio de ejecución por razones urbanísticas, dado el deterioro que un edificio en torre produciría al marco arquitectónico e histórico del sitio.

8. Intervención estatal por razones de emergencia económica y transformación nacional:

El congreso asume el ejercicio del poder de policía de emergencia del E.

¹¹⁵ CSJN 247: 121-135, y J.A. V-402 22/06/1960.

¹¹⁶ CSJN 293:133, 7/10/1975.

que le corresponde por imperio constitucional con el fin de superar la situación de peligro colectivo, creado por las graves circunstancias económicas sociales y administrativas que padecía la nación. Esta emergencia es por Ley, es general, fue sancionada por el gobierno constitucional, y declarada constitucional por la Corte Suprema de iure. Por ello se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas fundadas en la emergencia económica en el Caso “Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional (Ministro de Economía B.C.R.A. s/amparo¹¹⁷”.

a- Caso “Cocchia, Jorge D. v. Estado Nacional y Otros¹¹⁸”: En situaciones de emergencia y frente a la invocación de D. subjetivos o agravios concretos dignos de la tutela judicial corresponde a los jueces controlar si los instrumentos jurídicos implementados por los otros poderes del E. no son contradictorios con la normativa constitucional.

9. Intervención por razones de solidaridad y subsidiaridad social 1994 - 1998.

Se fundamenta en la transparencia de las reglas sobre la economía social de mercado. En la interpretación jurídica podemos advertir tres relaciones de solidaridad:

- a- Entre los hombres,
- b- Entre el género humano con la naturaleza
- c- Entre Estados con sus entidades sociales

10. Intervención por desastre por razones de la naturaleza 1.998.

En los primeros meses del año 1998, varias provincias del país vivieron una situación de catástrofe provocada por las inundaciones a raíz del fenómeno meteorológico denominado “El niño”. Debido a las consecuencias dañosas que se había provocado este hecho de la naturaleza, el Estado nacional ha ejercido su poder de policía interviniendo no sólo para limitar los derechos en algunos supuestos sino también para reconocer determinados beneficios a los sujetos afectados.

¹¹⁷ CSJN P-137-XXIII, 27/12/1990.

¹¹⁸ CSJN J.A. 15/06/1994, 2/12/1993.

Se podría concluir a modo de síntesis que el artículo 28 de la Constitución pierde esa relativa significación que le daba el criterio europeo. A partir de 1922, se considera que solo aquellas restricciones que sean groseramente arbitrarias alteran el artículo 28 de la Constitución, quedando fuera del control judicial lo simplemente arbitrario.

Capítulo VI

1. Hacia un Tribunal revisor.

A esta altura del trabajo ya es hora de volcar de manera más acabada y concreta, cual es mi posición acerca del tema que me llevo a hacer el mismo.

He tratado de exponer de la forma más completa que estuvo a mi alcance, cuales son los principales sistemas de control que hoy se realizan en el mundo; cuales son sus efectos más relevantes, analizando sus ventajas e inconvenientes o simplemente investigándolos.

También se vio como es el control que realiza Argentina, con respecto a la constitucionalidad de sus leyes, centrando todo el estudio en este punto trascendental para esta tesis, ya que considero que necesitamos avanzar más si realmente lo que deseamos es un Estado Constitucional democrático.

Teniendo en cuenta lo visto, puedo sostener legítimamente que a nuestro país lo enriquecería desde muchas perspectivas diferentes, la implementación de Tribunales o Cortes Constitucionales, como se los denomina en algunos países. Veo claramente que su constitución dejaría a un lado la gran cantidad de causas que se plantean de inconstitucionalidad de las normas, dando claridad a los administrados o lo que es mejor aún “seguridad jurídica”, algo que con el tiempo nuestro país supo perder reiteradas veces con gran soltura y que deberá dejar pasar un plazo más extenso aún para que se vuelva a creer que la hay y que perdurara.

Como podría argumentar esta posición que he defendido a lo largo de todo esta labor? teniendo en cuenta los grandes progresos y beneficios a los cuales se arribaría con la creación de este cuerpo.

A mi entender, se daría a la comunidad toda muchos beneficios directamente ligados a la implementación de estos Tribunales especiales que seguidamente paso a puntualizar:

- a. La efectiva separación de poderes que por medio de estas magistraturas se consigue. Ya se ha visto muchas veces, a la hora de realizar revisiones que la Corte Suprema de la Nación se a planteado la no intervención a otros poderes, creyendo que se materializaría tal intromisión de dictar la inconstitucionalidad de una norma emanada del Poder Legislativo o Ejecutivo y respetando las funciones de cada Poder ha dejado de lado la premisa de respetar la carta magna.
- b. La revisión dentro de un Tribunal con competencia específica como posee un magistratura creada solo al fin de corroborar la supremacía de la Constitución Nacional, otorgaría a la justicia ordinaria y a la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación una descompresión tal, que originaría de manera inmediata la dedicación de los diferentes Jueces, Camaristas o Ministros de las Cortes (Provinciales o Suprema) a otros casos planteados en sus fueros.
- c. La superioridad de la Constitución Nacional, no será violada, menoscabada, disminuida, o negada por ninguna otra norma de grado inferior, debido a

que un Tribunal Constitucional examinaría las leyes después de ser sancionadas por el Congreso y previo a su vigencia, esto siempre dejando en claro que es desde mi punto de vista personal y de acuerdo al proyecto que estoy exponiendo.

- d. Los derechos y garantías de las personas serían respetados de manera igualitaria resguardándolos de manejos que los podrían distorsionar por la creación de normas a través de las reglamentaciones que realiza el Congreso.
- e. La puntualidad de funciones que tienen los tribunales constitucionales permiten fomentar la correcta aplicación de la Carta magna y generan un debate que lleva a un proceso que se desarrolla y madura dentro del seno de un órgano especialmente instaurado solo a ese fin. Consiguiendo equilibrar la crítica y el control sobre el terreno de la discusión científica, dando un crédito mayor a estos Letrados. No es que los Ministros de la Corte no posean estas cualidades pero no hay que negar que en las actuales condiciones que atraviesa el Poder Judicial sería un refuerzo al prestigio que nunca debió perder y que este órgano puede llegar a obtener.
- f. Se generalizarían los resultados, evitando la injusticia que surgen de la determinación de inconstitucionalidad al caso concreto. Todos los ciudadanos soportarían las normas de manera idéntica. Esto se logra por que el cotejo de la misma se hace en abstracto, lo que nos indica que aun no se ha aplicado a ningún ciudadano y nunca se hará, salvo que halla pasado por la inspección que realizara la Corte Constitucional.
- g. No sería necesario accionar de manera individual contra la norma que se supone contraria a la carta magna, ya que esta magistratura actuaría de manera oficiosa, porque la dinámica de su desempeño, propia de estos cuerpos magistrados tienen la ventaja de actuar para todos, no ha pedido de parte y solo para el interés singular de los litigantes. La decisión favorece la generalidad que la ley pensó cuando fue dictada sin que haga falta que cada uno de los administrados pida la revisión.
- h. La economía procesal se optimizaría a gran escala llevando a cabo estos convenientes cambios. Solo hay que pensar que por cada Ley que se presume inconstitucional hay miles de recursos interpuestos, provocando un desgaste jurisdiccional colosal. No hay que perder de vista que a lo largo de todo el territorio de la nación cientos de juzgados intervienen en el análisis

de una norma para cotejar si esta encaja en los peldaños inferiores que Kelsen ideó para mantener inalterable la supremacía del Estatuto fundamental de nuestra República. Toda esa labor hace poner en marcha la gran maquinaria de la justicia, produciendo grandes gastos de tiempo, de dinero y de letrados solo para resolver sobre una sola Ley. Con un Tribunal Constitucional eso no se repetiría, se analizaría la norma de una sola vez, para siempre y lo que es mejor aún para todos.

Se que a esta posición que defiende a ultranza, se la ha criticado reiteradas veces, procurando, sus más fervientes opositores demostrar las desventajas que el sistema posee, entre esas se pueden mencionar:

- a. Los jueces constitucionales convierten los tribunales en instancias políticas despojándoles su sentido jurisdiccional¹¹⁹.
- b. Se desnaturaliza la función judicial al convertirla en un órgano legisferante, dado que en definitiva de los que se trata es de fijar de manera determinante el contenido de una ley.
- c. El gobierno de los jueces se concreta de forma manifiesta al implementarse estos tribunales.
- d. La composición de los tribunales es un gran problema, ya que pueden ocasionar condicionamientos o fidelidades políticas, las que pueden arrojar decisiones vacilantes perjudicando la seguridad jurídica.
- e. Las cortes supremas y los tribunales constitucionales confunden sus competencias trayendo conflicto entre los organismos.
- f. No es conveniente que los jueces puedan controlar la constitucionalidad de las normas que crea un poder libremente elegido por el pueblo mediante el ejercicio soberano del sufragio.
- g. La labor creativa de los jueces en los tribunales constitucionales, pueden conducir a un sistema en el que no sea la ley que fije los límites, sino los jueces.

Sin lugar a dudas los detractores son innumerables y poseen una perspectiva que patrocinan de manera decorosa, pero creo que las desventajas son las menos y que los beneficios de instaurar un tribunal Constitucional

¹¹⁹ García de Enterría, Eduardo. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Pág. 77. Madrid: Ed. Civitas; 1985.

serian superiores a todos ellos.

2. Proyecto de implementación de un Tribunal Constitucional en Argentina:

El sistema kelseniano centraliza la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal, lo que se ha dado en llamar "jurisdicción concentrada", este sistema creado halla por el 1929 sería el mas adecuado para implementarse en nuestro país.

Tal organismo tendría como particulares fundamentales:

- a. Estaría dentro del poder judicial, sería independiente y estaría subordinado sólo a la Constitución.
- b. Se compondría de cinco magistrados elegidos por el voto directo y conjunto del cuerpo electoral.
- c. Los requisitos para ser elegido Magistrado serian los mismos que se exigen para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- d. Durarían en su cargo 6 años y podrían ser reelegidos de manera indefinida.
- e. Su competencia se desarrollaría en instancia única y previa. Conocería sobre los asuntos de inconstitucionalidad de leyes, desde el momento que son sancionadas por el Congreso y antes de que entren en vigencia.
- f. Entenderá en el análisis de oficio y como parte integrante del trámite normal para la promulgación de una ley.
- g. El efecto de sus fallos sería solo la declaración de inconstitucionalidad o no de una ley, la norma dejaria de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia.

De esta manera queda culminada la exposición de mi punto de vista particular.

Soy consiente que existen caminos más cortos que nos llevarían al mismo lugar, como me lo hizo notar mi tutora la Dra. Josefina Rita Sica proponiéndome que cierre este trabajo con la conclusión de que sería suficiente que la Corte Suprema dictara fallos vinculantes.

Pero me seduce más la idea de un cambio radical en la justicia y creo que sería un buen comienzo idear la instauración de un Tribunal Constitucional como los argentinos nos merecemos.

BIBLIOGRAFÍA:

-A-

- Abad Yupanqui, Samuel, *“La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas”*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1995.
- Almeida Melo, José Tarcízio. *“Direito Constitucional Brasileiro”*. Belo Horizonte: Ed. del Rey; 1996.
- Alsina, Hugo, *“Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”*, 2° Ed. Tomo I. Buenos Aires: Ediar; 1963.

- Autores varios. “*Sobre la jurisdicción constitucional*”. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1990.
- Ayala, Corao Carlos. “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, en Autores varios. “*Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*”. Lecturas Constitucionales Andinas N° 4. Lima: Comisión Andina de Juristas; 1995.

-B-

- Bascary Carrillo Miguel. “*Estructura de la interacción del derecho internacional en el Derecho Argentino*” presentado en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Constitucional. Santa Fe. Septiembre de 1999.
- Bianchi Alberto B. “*De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema*”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 26/7/2000.
 - “*El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*”. Buenos Aires: El Derecho; 19 de octubre de 2000.
- Bidart Campos, Germán J., “¿Y el *iura novit curia*?””, La Ley, 2004-C, 247.
 - “*La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1987.
 - “*El derecho de la Constitución*”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1996.
 - “*Control de constitucionalidad de oficio*”. Buenos Aires: La Ley.
 - “*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1992.
 - “¿*Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?*”, ED. 1974.
 - “*Derecho Constitucional*”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1966.
- Bielsa. “*Compendio de derecho administrativo*”. 3° Ed. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1960.
- Blume Fortini, Ernesto. “*El control de la constitucionalidad*”. Perú: Ed. ERSA; 1996.
 - “*Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano*”, en Pensamiento Constitucional. Lima: Ed. Maestría en Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 1995.
- Brewer-Carias, Allan. “*La Constitución de 1999*”. Caracas: Editorial Arte; 2000.
 - “*El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado,*” en Autores varios. “*El nuevo derecho constitucional latinoamericano*”.Caracas: Ed.

Asociación Venezolana de Derecho Constitucional Konrad Adenauer
Stiftung; 1996.

-C-

- Cappelletti, Mauro. *“El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes”*. México: Ed. UNAM; 1976.
- Casal, José María. *“Constitución y justicia constitucional”*. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello; 2000.
- Cassinelli Muñoz, Horacio. *“Derecho Público”*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria; 1999.
- Cassirer, E.. *“Filosofía de la Ilustración”*. 2º Ed.. México: Ed. Fondo de Cultura Económica; 1970,

-D-

- Diaz, Mariana, *“La acción declarativa de inconstitucionalidad”*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 2003.
- Diez, Manuel Maria. *“Manual de Derecho Administrativo”*. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra; 1981.

-E-

- Ekmekdjian, Miguel A. *“Manual de la Constitución Argentina”*. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1993.

-F-

- Fernández Segado, Francisco. *“La jurisdicción constitucional en Bolivia”*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998. Buenos Aires: Ed. Ciedla; 1998.
- Ferreyra, Gustavo, *“El régimen del amparo y la defensa del derecho de la constitución”*. Buenos Aires: Ediar; 2003.
- Fix Zamudio, Héctor. *“La Constitución y su defensa”*; ponencia en Coloquio internacional realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, agosto de 1982.
- *“Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos”*. Pág. 145. México: Ed. UNAM; 1988.

-G-

- García Belaunde, Domingo, *“La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”*, en *Lecturas constitucionales andinas* N° 1. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1991.
- *“La acción de inconstitucionalidad en el derecho*

comparado", *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 1. Lima: Comisión Andina de Juristas; 1991.

- "EL control de constitucionalidad en la ciudad de Buenos Aires," en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Ed. Ediar.
- García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Domingo, "*La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*". Madrid : Ed. Dykinson –Ed. Jurídica Venezolana–. Ed. Jurídica Esteva; 1997.
- García de Enterría, Eduardo. "*Curso de Derecho Administrativo*". Tomo II. Madrid: Ed. Cívitas; 2000.
 - "*Del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas*". N° 1. España: *Revista española de Derecho Constitucional*; 1981.
 - "*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*". Madrid: Ed. Cívitas; 1983.
 - García de Enterría, Eduardo y A. Predieri. "*La constitución como norma jurídica*", en la obra colectiva "*La constitución española de 1978, Estudio sistemático*". 2º Ed.. Pág. 95 y ss. Madrid: 1981.
- González Calderón, "*Derecho Constitucional Argentino*", Tomo III. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1990.
- González Rivas, Juan José. "*La justicia constitucional: derecho comparado y español*". Madrid: *Revista de Derecho Privado*; 1985.
- Gordillo, Agustín A. "*Estudios de Derecho Administrativo*". Buenos Aires: Ed. Platense; 2003.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "*La Justicia Constitucional*". Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994.
 - "El control de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances". Buenos Aires: "*La ley*", t.1985-E.
- Gros Espiel, Héctor. "*La jurisdicción constitucional en el Uruguay*", en Autores varios. "*La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*". Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia; 1984.

-K-

- Kelsen, Hans. "*Teoría pura del derecho*". Pág. 154. Buenos Aires: Ed. Eudeba; 1969.
- Korseniak, José. "*La justicia constitucional en Uruguay*". Chile: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año II, enero-junio de 1989.

-L-

- Lorences. "*Poder de Policía*". Buenos Aires: Ed. Universidad; 1997.

-M-

- Miller, Jonathan y otros. *"Constitución y Poder Político"*. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1987.
- Marienhoff, Miguel. *"Tratado de Derecho Administrativo"*. Tomo IV. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot; 1997.

-N-

- Nino, Carlos Santiago. *"Fundamentos de Derecho Constitucional"*. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.
 - *"La organización del Poder"*. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.
- Novo, Enrique Fernando. *"Policía y Poder de policía"*. Córdoba: Revista del Colegio de Abogados de Córdoba; 2000.

-P-

- Pereyra Pinto, Juan Carlos y Danielian Miguel. *"Constitución de la Nación Argentina, Antecedentes"*. Buenos Aires: Ed. AZ; 1992.

-Q-

- Quiroga León, Anibal, *"El Sistema de justicia constitucional en el Perú"*, en *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 2. Lima: Ed. Comisión Andina de juristas; 1988.

-R-

- Ramella, Pablo A. *"Derecho Constitucional"*. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1985.
- Rivera Santibáñez, José Antonio, *"El control de constitucionalidad en Bolivia"*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Ed. CEP y C.; 1999.

-S-

- Sáchica, Luis Carlos. *"La Corte Constitucional y su jurisdicción"*. Bogotá: Ed. Témis; 1993.
- Sagüés, Néstor Pedro. *"Derecho Procesal Constitucional"*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1989.
- Salgado Pesantes, Hernán. *"El control de constitucionalidad en la Carta Política de Ecuador"*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Lima: Ed. Comisión Andina de Jurista; 1995.

-U-

— Urcuyo Reyes, Jaime, “El Control Constitucional en Bolivia antes de 1994”, en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4. Lima: Ed. Comisión Andina de Juristas; 1995.

-V-

— Vanossi, Jorge Reinaldo A.. “Teoría Constitucional”. T. I. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1987.

-Z-

— Zarina, Helio Juan. “Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.

ÍNDICE	
Resumen	1
Introducción	2
Capítulo I	
I. El Control De Constitucionalidad.	
1. Introducción	5
2. La supremacía de la Constitución y la supralegalidad constitucional	6
3. La defensa jurídica de la Constitución	6
4. Orígenes y evolución de los sistemas	7
4. 1. Constitucionalismo Norteamericano	7
4. 2. Constitucionalismo Europeo	10
5. Sistemas de control	12
5.1. Control de constitucionalidad por un órgano político	13
5.2. Control de constitucionalidad jurisdiccional	14
A) Órgano que controla	15
a- Sistema Concentrado.	15
b- Sistema Difuso	17
B) Vías procesales por las que se alcanza el control	18
a- Directa de demanda o de acción	18
b- Indirecta o de excepción	19
c- Incidente derivado	19
C) Efectos de la declaración judicial	19
a- Limitado o restringido	19
b- Amplio o erga omnes	20
5.3.- Control de constitucionalidad mixto	20
6. Formas de control	20
6.1. Control político (preventivo)	20
6.2. Control jurisdiccional (reparador)	21
Capítulo II	
1. Modelos de control en el derecho comparado.	24
1.1. Alemania: Tribunal Constitucional Federal	24
1.2. Italia: Corte Constitucional	25
1.3. España: Tribunal Constitucional	26
1.4. Francia: Consejo constitucional	29
1.5. Colombia: Corte Constitucional	31
1.6. Venezuela: Sala Constitucional	33
1.7. México: El control derivado del juicio de amparo mexicano. .	35
2. Control concentrado y Difuso por tribunales ordinarios.	36
2.1. Brasil.	36
2.2. El Salvador	39
3. Control concentrado en la Corte Suprema de Justicia.	39
3.1. Costa Rica.	39
3.2. Panamá.	41
3.3. Uruguay.	42

4. Modelo dual.	43
4.1. Perú: Tribunal Constitucional.	43
4.2. Ecuador: Tribunal Constitucional	45
4.3. Bolivia: Tribunal Constitucional.	48
5. Doble Control Concentrado Por Órgano Especializado Y No Especializado.	50
5.1. Chile: Tribunal Constitucional.	50
Capítulo III	
1. La jurisdicción constitucional y los modelos de control de constitucionalidad.	52
2. El modelo original americano.	52
3. El modelo original germano austríaco o europeo de jurisdicción constitucional.	52
3.1. El fundamento de los tribunales constitucionales y su concreción histórica	53
4. Rasgos fundamentales.	56
5. Los modelos latinoamericanos de control de constitucionalidad..	58
Capítulo IV	
1. El constitucionalismo en la Argentina introspección histórica.	60
2. Proyecto de Constitución Argentina de 1813.	60
3. Constitución Argentina de 1819	61
4. Constitución Argentina de 1826.	62
5. Constitución Argentina de 1853.	63
6. Reforma de 1860.	64
7. Reforma de 1866.	64
8. Reforma de 1898.	64
9. Reforma de 1949.	65
10. Reforma de 1957.	65
11. Reforma de 1972.	65
12. Reforma de 1994.	66
13. Estructura actual de la Constitución Argentina.	67
14. El sistema de Control de Constitucionalidad vigente en la República Argentina.	69
A) Control de constitucionalidad difuso.	71
B) Control de Constitucionalidad e oficio.	75
Posturas al respecto:	
a. En contra del control de constitucionalidad de oficio.....	75
b. A favor.....	76
15. Evolución de la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	79
16. Aceptación del control de oficio.	82
17. El Control de Constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.	84
17.1. Críticas a la ratificación de la legislatura de la Ley declarada inconstitucional.	85
Capítulo V	

1. Principio de razonabilidad. El artículo 28 de la Constitución. Aproximación al Concepto.	90
2. Fundamento constitucional.	92
3. Como funciona el Poder de Policía.....	95
4. Evolución de la Jurisprudencia en materia de poder de policía. ...	95
1°) Criterio restringido 1869-1922.	95
2°) Criterio Amplio: Limitación a la libertad contractual 1922-1934.	97
5. Intervención en materia económico social. Imposición de cargas sociales. 1934-1944.	98
6. Intervención en materia económico social. Imposición de cargas económicas: 1944-1960.	98
7. Intervención estatal sustitutiva por razones de emergencia económica y de seguridad social: 1960-1988.	98
8. Intervención estatal por razones de emergencia económica y transformación nacional.	99
9. Intervención por razones de solidaridad y subsidiaridad social 1994 -1998.	99
10. Intervención por desastre por razones de la naturaleza 1.998. ...	100
Capítulo VI:	
1. Hacia un tribunal revisor.	101
2. Proyecto de implementación de un Tribunal Constitucional en Argentina.	104
Bibliografía..	106