

MODELOS, TRIBUNALES Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Alberto Ricardo DALLA VIA*

SUMARIO: I. *Los modelos constitucionales*. II. *Los tribunales constitucionales*. III. *Las sentencias constitucionales*. IV. *Conclusiones*.

I. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES

En los tiempos que corren se verifica un acercamiento de los distintos “modelos constitucionales”, de manera tal que es difícil encontrarlos en “estado puro” en cualquier ordenamiento jurídico, ya sea que estemos hablando del sistema norteamericano, de control *difuso* a cargo de los jueces; o del sistema europeo continental, de control *concentrado*, a cargo de órganos políticos especializados en el control de constitucionalidad como suelen ser, generalmente, los tribunales constitucionales.

En esa dialéctica de sístole y diástole, cabe centrar una necesaria referencia a Charles de Secondat, barón de Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, en cuanto a que en su concepción, los jueces sólo podían hablar por “boca de la ley” cuya formulación solamente podía corresponder a los representantes del pueblo que resultaren de elecciones libres.¹

En tal concepción aparece visible también la tesis de Rousseau expresada en el *Contrato social* en cuanto al valor de la ley, como expresión un Estado democrático. Frente a ello aparece contraponiéndose ahora el problema de la “opresión” de la ley, de un modo similar en que durante las grandes revoluciones se visualizaba la opresión del rey o del monarca

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

frente a las libertades individuales que por entonces resguardaba la ley como concepto general, racional y abstracto.

Es precisamente, frente al concepto absoluto de la opresión de la Ley que emerge otra vez, reeditado, el concepto de la *supremacía de la Constitución*. Tal idea ya fue planteada y enarbolada por los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano y en la misma se encierra el control de constitucionalidad expuesto en el voto del Chief Justice John Marshall en el leading case “Marbury vs. Madison” de 1803.

El tema es que con igual nivel de razonamiento lógico-formal, la cuestión se ha planteado en el constitucionalismo europeo contemporáneo y de ahí que también afirmemos que por tal motivo los modelos constitucionales anglosajón, por un lado, y kelseniano, por el otro, se han acercado, como bien puede observarse, a la luz de interferencias recíprocas.

En el modelo constitucional estadounidense aparece una limitación al control difuso absoluto por parte de los jueces, cuál es el mecanismo de síntesis o de reducción que dentro del sistema del *common law* está representado por la regla del *stare decisis*, que se traduce como “estar a lo decidido” y que en la práctica significa que los tribunales deben seguir la regla de jurisprudencia marcada por los propios precedentes y, en particular, las reglas de decisión adoptadas por los tribunales superiores sobre casos similares.

El *stare decisis et quota non en movere* cobra especial virtualidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que sigue sus propios precedentes en los casos similares. Cuando el alto tribunal, por el contrario, decide apartarse de la regla del precedente obligatorio, o bien cambiar la jurisprudencia imperante sobre el tema, suele realizar un mayor esfuerzo argumentativo y recurre a una mayoría calificada en la votación.

De ese modo, por aplicación de esa regla, se afirma que la Constitución no es sólo lo que los jueces dicen que es; sino que la Constitución pasa a ser, fundamentalmente, lo que la Suprema Corte dice que es. Así también ha llegado a afirmarse que la Suprema Corte de los Estados Unidos sería una suerte de “convención constituyente en sesión permanente”; dando así lugar a la tesis de la llamada “Constitución viviente” (*living Constitution*).

En el modelo europeo continental por su parte, y tal como lo venimos señalando, se plantea el problema en cuanto a que los jueces sólo hablan “por boca de la ley” (Montesquieu) ya que son en su mayoría sistemas

de tipo parlamentario, siendo que el parlamento es el órgano que tiene primacía dentro del orden constitucional y es, por su parte, a quien corresponde la elaboración de las leyes.

La admisión en el debate continental europeo en cuanto a la existencia de una supremacía constitucional a contraponer frente a la opresión o tiranía de la ley, cuando las mayorías erigidas en los parlamentos pudieran avanzar sobre los derechos de las minorías, ha planteado la cuestión acerca del papel que le cabe a quien deba actuar como *guardián de la Constitución*.

En su obra clásica, Sieyès parte de la idea del *veto* por parte de una suerte de *jurado constitucional*, como fundamento principal de la justicia constitucional, a modo de un “legislador negativo”.²

Por su parte, será Carl Schmidt quien retome y reformule esa idea del “jurado constitucional” anteriormente presentada por Sieyès, asignándole ese rol o ese poder de “legislador negativo” al presidente del Reich, como “Defensor de la Constitución”, en tanto, en su teoría de la Constitución de corte decisionista, sería ese funcionario quien mejor represente la soberanía y la voluntad de la nación.

Esa formulación, con tales fundamentos, es vista por algunos autores como base de sustentación del modelo constitucional francés de la V República, en tanto allí se le asignan prerrogativas especiales, tanto al presidente de la República, como a un órgano específico para resolver conflictos constitucionales entre los poderes del Estado, como es el llamado Consejo Constitucional.

A la posición sostenida por Carl Schmidt se enfrentará, como es bien sabido, Hans Kelsen. Ambos eran exponentes altamente representativos de la inteligencia germánica y de los aportes que ese país daría en materia de teoría del Estado y teoría constitucional; sin embargo, se encontraban separados por sus posiciones ideológicas, ya que Schmidt se transformarían en el ideólogo del autoritarismo nacional socialista, en tanto que Kelsen se caracterizaría por defender los ideales democráticos, debiendo finalmente abrazar el exilio en la Universidad de Berkeley, California, en la costa oeste de los Estados Unidos en donde continuaría sus enseñanzas.

Será Hans Kelsen, en su proyecto de Constitución para Austria, de 1820, quien someta a consideración como nueva idea, la de un órgano

² Sieyès, E., ¿Qué es el tercer Estado?, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

constitucional separado o independiente al que llamaré “Tribunal Constitucional”. Sin embargo, Kelsen se encarga de aclarar que su propuesta no consiste estrictamente en un tribunal de justicia, toda vez que no juzga hechos concretos sometidos a su competencia, sino que se trata de confrontar normas abstractas como es el caso de la Constitución frente a las leyes.

Kelsen fundamenta la naturaleza del nuevo órgano de control de constitucionalidad, señalando que se trata de una suerte de comisionado del Poder Constituyente, formado por juristas versados en derecho y, particularmente, en derecho constitucional. Uno de los problemas principales que se plantea es quien elige a los miembros (¿quién custodia a los custodios?). Para algunos autores como Francisco Rubio Llorente, la legitimidad de este tipo de órganos reposaría finalmente en la “fuerza del derecho”, es decir en el principio de autoridad técnica que alcancen sus decisiones como intérprete del derecho.

En Europa se han ido estrechando las diferencias metodológicas y de diseño institucional entre el llamado “control difuso” y el “control concentrado”. Esto ha ocurrido particularmente en España por efecto de las vías procesales de actuación del Tribunal Constitucional, centradas en el llamado “recurso de amparo” y en la “cuestión de constitucionalidad”, toda vez que las mismas, por el mecanismo de la apelación o del reenvío, terminan resolviendo cuestiones de hecho que no forman parte de la idea originaria kelseniana de un tribunal constitucional llamado a pronunciarse sobre temas abstractos de derecho.

En los casos de amparo, el Tribunal Constitucional español está actuando como un “tribunal de justicia” ordinario, al revisar temas constitucionales en decisiones judiciales ya tomadas por otros jueces. Ha sido por esta vía del recurso de amparo (vía recursiva diferente a nuestra acción sumarísima de amparo) que el Tribunal Constitucional ha revisado los derechos fundamentales. Al igual que la Suprema Corte de los Estados Unidos por medio del *writt of certiorari*; aquí el Tribunal Constitucional Español también “elige” discrecionalmente los “casos” en los que va a intervenir.

El artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala claramente que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico español y su aplicación por parte de los jueces debe hacerse de manera “conforme” a la interpretación que realice el Tribunal Constitucional. En

consecuencia, la llamada “cuestión de constitucionalidad” se encuentra, por su parte, regulada en el artículo 163 de la Constitución Española de 1978; se trata de la aplicación de la “cuestión constitucional”, por parte de los jueces, y ante el Tribunal Constitucional.

Se trata de un mecanismo procesal que persigue la doble aplicación del principio de legalidad y del principio de supremacía constitucional. Es menos politizado que el recurso de amparo, ya que se trata de un recurso que debe ser interpuesto por un juez ante un caso concreto. Por tal motivo es, en principio, un recurso más fundado en derecho, ya que debe ser un juez quien lo interpone. Frente a ese caso, el Tribunal Constitucional busca una “sentencia interpretativa” (*interpretación conforme*) buscando salvar la norma como última *ratio*.

Otra ventaja de este mecanismo procesal reside en la existencia de un plazo preclusivo para la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad. Es *difuso*, en cuanto a su legitimación por parte de los jueces, con una solución de efectos *erga omnes* para ser respetada por todos los jueces del país.

Concluyendo lo analizado en esta primera parte, podemos comprobar el acercamiento que se da entre modelos difusos y concentrados; sin embargo es fácil advertir que tal acercamiento se constata principalmente en Europa continental, donde primero no existía el control de constitucionalidad; después de la posguerra se adoptó el modelo kelseniano o “concentrado” y posteriormente se han morigerado los efectos anulatorios *erga omnes* del mismo, como sistema puramente abstracto para irse adoptando distintas vías procesales o recursivas de control de constitucionalidad sobre “hechos”.

Tal situación genera potenciales conflictos entre tribunales constitucionales destinados a juzgar normas abstractas y tribunales de justicia destinados a juzgar sobre hechos concretos sometidos a su conocimiento y decisión.

No es del todo plausible sostener como hipótesis del acercamiento entre modelos que los Estados Unidos “concentren” su modelo de control de constitucionalidad por medio de la regla del *stare decisis* ya que la misma es más un contenido propio del sistema de fuentes del derecho del *common law* y, por lo tanto, también anterior a la adopción del mecanismo del control de constitucionalidad de las normas.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Como lógica consecuencia de los acercamientos producidos entre los modelos constitucionales, en nuestro país existen autores que propugnan la creación de un Tribunal Constitucional, del modo en que funcionan en Europa, dentro de los denominados modelos “concentrados” de control de constitucionalidad.

Tal vez sea oportuno recordar como fue el origen concreto de los tribunales constitucionales europeos, más allá del intento de Kelsen de crear un Tribunal Constitucional en la Constitución austriaca, pero que no pasaría de ser una mera propuesta teórica.

La creación del Tribunal Constitucional Federal Alemán tuvo por objeto que la Ley Fundamental de Bonn de 1948, así como los derechos fundamentales que habían sido expresamente consagrados, no fueran aplicados por los jueces ordinarios que habían permanecido en sus funciones durante el nazismo y que se habían limitado a aplicar el derecho positivo vigente.

Esa situación de un nuevo derecho a aplicar con jueces correspondientes al antiguo régimen, no dista de ser la misma que encontró Napoleón Bonaparte al dictar su Código Civil y temer que cayera en manos del *Anciane Regime*, resolviendo en consecuencia instaurar la Corte de Casación.

Otro tanto podría decirse o asimilarse de la creación del Tribunal Constitucional español después de la transición política iniciada con los Pactos de la Moncloa y concluida con la sanción de la Constitución de 1978, toda vez que el Poder Judicial continuaba integrado por los mismos magistrados que habían actuado durante el franquismo bajo la vigencia de las llamadas “leyes fundamentales”.

En consecuencia, fueron circunstancias particulares, propias de un momento determinado de su historia, las que llevaron a algunos países a adoptar mecanismos de control de constitucionalidad bajo sistemas “concentrados” que permitían centralizar decisiones en jueces democráticos y versados en derecho a efectos de contrarrestar las resistencias ideológicas frente a la modernización del derecho.

Pero esos casos particulares no son trasladables a la realidad de todos los países; del mismo modo en que el derecho comparado, como método útil para la investigación en las ciencias sociales, no significa que lisa y llanamente se trasplante una institución de un determinado sistema a

otro, sino que en todos los casos debe previamente considerarse el contexto propio en que cada instituto se desenvuelve.³

Tal es el caso de la Argentina, donde existe el control de constitucionalidad *difuso*, a cargo de los jueces de todas las instancias desde que la organización nacional adoptara el modelo constitucional de los Estados Unidos, siguiendo las pautas elaboradas por la Suprema Corte de aquél país. Nuestra Corte Suprema, cuya primera instalación ocurrió en tiempos del presidente general Bartolomé Mitre, siguió tales criterios, aún cuando preexistía una organización judicial proveniente desde la época colonial y que subsistiera en tiempos del derecho patrio.

Sobreviven en nuestro ordenamiento vías procesales que son anteriores al control judicial de constitucionalidad, como es el caso del llamado recurso de inaplicabilidad de la ley, que rige en la provincia de Buenos Aires y que es una rémora de los antiguos recursos casatorios de súplica que subsisten en la Suprema Corte Provincial, anterior a la corte nacional y heredera de la Real Audiencia en tiempos del virreinato y la colonia.⁴

El control de constitucionalidad *difuso* a cargo de todos los jueces, federales o comunes se encuentra arraigado en nuestro país y ha funcionado razonablemente. Sin embargo, se han presentado distintos debates académicos en los que se promueve o discute la conveniencia de adoptar un Tribunal Constitucional a la manera europea.

Entre sus ventajas se señalan el carácter específico de corte constitucional, liberándolo de las tareas de tribunal de justicia de último grado y la conveniencia que resultaría de integrarlo con juristas expertos, con mandato limitado, evitando así los cambios en la composición de la Corte Suprema que se han dado con los recambios presidenciales desde la transición democrática.

En abono de esa posición se sostiene que distintos países latinoamericanos con tradición de *control difuso* han adoptado también tribunales constitucionales, como sucede en Perú, Chile, Venezuela, Colombia y Panamá, entre otros.

³ Véase nuestro trabajo El derecho público comparado en la página web de la Asociación Argentina de Derecho Comparado www.derechocomparado.org.ar.

⁴ Véase nuestro trabajo “Actualidad de la Casación y el Recurso Extraordinario en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Doctrina del Colegio de Abogados de Quilmas, núm. 2.

En otros casos, como en Brasil, el Supremo Tribunal de Justicia es cabeza del Poder Judicial y atiende por vía recursiva los distintos recursos de inconstitucionalidad propios del sistema difuso, como también puede intervenir de modo concentrado y declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes* cuando la legitimación activa contra una norma sea ejercida por un número determinado de gobernadores o legisladores.

En nuestro país, la provincia de Tucumán, en su anterior reforma constitucional, contempló la creación de un Tribunal Constitucional aunque nunca llegó a funcionar en la práctica, en tanto que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, estableció un doble sistema de control de constitucionalidad concentrado y difuso, similar al modelo brasileño,

De ese modo, la Constitución porteña prevé la posibilidad de un planteamiento genérico contra la norma, pero si el mismo no es admitido por el Superior Tribunal, cabe plantear el control de constitucionalidad de manera difusa, que queda habilitado ante los jueces.⁵

Lo cierto es que la experiencia de adopción por parte de los distintos países de tribunales o cortes constitucionales cuando ya existían poderes judiciales con Cortes Supremas funcionando, no han sido del todo felices, toda vez que esos experimentos sólo mostraron resultados de avance en aquellos casos ya relatados en que el control de constitucionalidad no existía previamente.

Pero en los casos en que ya funcionaba el control difuso a cargo de superiores tribunales o cortes supremas se han registrado, de modo invariable las llamadas “guerras de cortes” con resultados negativos para el sistema institucional, como lo grafican con claridad los casos de España y de Perú.

En España no han sido pocos y a veces continúan los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en tanto que en el Perú, el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina de la llamada *cosa juzgada constitucional* con el fin de reabrir la revisión de causas judiciales pasada en autoridad de cosa juzgada ante todas las instancias del Poder Judicial con los consecuentes problemas de seguridad jurídica que se plantean.

⁵ Véase nuestro trabajo Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996.

En realidad, en nuestro país, buena parte del debate se ha planteado en derredor de la sobrecarga de tareas que agobian a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la necesidad de preservar su rol como “guardián de la Constitución”. Diferentes propuestas se han realizado al efecto, entre las que cabe mencionar las propuestas de creación de un “tribunal intermedio” para liberarlo de las tareas de revisión del derecho común, como ocurre en Brasil con la existencia de un “Superior Tribunal de Justicia” como instancia anterior al “Supremo Tribunal Federal”.

Otras propuestas han pasado por formalizar la actuación de los más de 150 secretarios con que cuenta el alto tribunal y hasta el mejoramiento de los mecanismos procesales, liberando al alto tribunal de la pesada carga que implica la vía de los recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencia, limitando los respectivos supuestos de admisibilidad.

Otra faceta de la discusión fue la adopción de mecanismos discrecionales de admisibilidad de los recursos, como fue el caso de la adopción del *writt of certiorari* o del *per saltum* en distintos momentos en que se discutieron reformas en la conformación del tribunal cimero. En la práctica, ocurrió la reforma del artículo 280 del Código procesal Civil y Comercial que permite a la Corte desestimar recursos sin más trámite.

Nos parece adecuado analizar todas las posibilidades que agilice el trámite de los recursos ante el Tribunal, preservando su alto rol institucional para limitar la relevancia y el número de casos en que se pronuncia, de manera que su intervención se jerarquice con la trascendencia de los asuntos, a la manera de la corte estadounidense cuando selecciona los casos por medio de la doctrina de las “libertades preferidas”.

Sin embargo, mantenemos algún reparo sobre el trasplante de instituciones de otros sistemas como sería el caso de la creación de un Tribunal Constitucional. La experiencia de adopción de un Tribunal de Casación en materia penal tampoco resultó muy clara al distorsionarse su función a partir de la jurisprudencia del caso “Casal” que lo privaría de su rol específico de tribunal de derecho para pasar a pronunciarse sobre cuestiones de hecho y prueba.

Nos prevenimos que la superposición de instituciones con fines similares pueda derivar en una suerte de “quinta rueda del carro” y que, además, pudiera ser fuente de futuros conflictos. En el caso de un Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de aumentar la ingerencia de

los poderes políticos en la designación, afectando la independencia del Poder Judicial.

A ello habría que agregar la objeción federal ya que en la doctrina actual del “superior tribunal de la causa” acuñada por la Corte en los casos “Strada” y “Di Mascio” en la década de los ochenta, las causas llegan a la justicia federal una vez agotada la cuestión en el ámbito del respectivo Poder Judicial provincial. La creación de un Tribunal Constitucional implicaría en los hechos la necesidad de un “reenvío” desde la provincia hacia un órgano federal para el análisis de la constitucionalidad de una determina cuestión.

En nuestra opinión, las ventajas derivadas de una mayor especialidad para entender como Corte Constitucional, se podrían dar agilizando la función propia de la Corte Suprema y atendiendo de manera particular al perfil de los jueces que deben integrarla, que a decir del maestro Augusto Mario Morello, deben ser jueces de “mirada amplia” con perspectiva hacia los temas institucionales y políticos resolver; el juez constitucional se diferencia así del juez ordinario, más apegado a las constancia del expediente.

Si se repitiera el defecto de no designar constitucionalistas en la Corte Suprema, no hay razón para pensar que los presidentes cambiarían de actitud al designar a los miembros del Tribunal Constitucional. De persistirse en tal comportamiento se correría el riesgo de concentrar el poder de declarar inconstitucionales las leyes en pocas cabezas. Se trata, por lo tanto, de un tema en el que la prudencia debe prevalecer por sobre la ilusión de los cambios milagrosos.

III. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

En tiempos relativamente recientes ha cobrado particular desarrollo una extensa bibliografía en derredor de los alcances, validez y efectos que tienen las sentencias que dictan los tribunales constitucionales para decidir cuestiones de gran trascendencia pública, abogándose —inclusively— desde algún sector de la doctrina, en favor de nuevos tipos o modalidades de sentencias, a las que se ha dado en llamar *sentencias manipulativas*, *sentencias exhortativas*, *sentencias moduladas*, o *sentencias atípicas*, según los casos, diferenciándolas de los modelos clásicos de

sentencias constitucionales; ya sea tanto en los modelos de control *difuso* como en los sistemas de control de constitucionalidad *concentrado*.⁶

En general, la difusión —y el elogio— de estas nuevas modalidades o tipos de sentencias, provienen de dos corrientes que asoman sobre el derecho constitucional y que son el denominado *derecho procesal constitucional* y el denominado *neoconstitucionalismo*. No negamos la realidad de su existencia, así como tampoco negaríamos la globalización ni la evidencia empírica de cualquier corriente doctrinaria que logra captar adhesiones. Nos permitimos, sin embargo, considerarlas en el campo de las “corrientes” o, para decirlo en términos más apropiados, de las “doctrinas”.⁷

Todos los enfoques brindan valiosos aportes en distintas direcciones. En tal sentido, el derecho procesal enriquecerá el marco de opciones en materia de legitimación, de acceso a la justicia y de reglas procesales que bien podrían adquirir certeza al concentrarse en un código procesal constitucional, como en muchos ámbitos se propugna, con el consiguiente beneficio que trae aparejado el conocimiento de las normas de juego aplicables, en materia de certeza o de seguridad jurídica.

El *neoconstitucionalismo*, por su parte, contribuirá también a enfatizar la supremacía de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por sobre el derecho común y las leyes ordinarias. El carácter operativo de las normas constitucionales resalta por sobre las antiguas concepciones políticas que asignaban a las Constituciones un valor de menor rango, cual era el de considerarlas como meros catálogos de grandes declaraciones y principios.⁸

⁶ Con distintos matices y con particularidades en cada denominación, se han referido a este tema los profesores Néstor P. Sagüés, Humberto Nogueira Alcalá, Víctor Bazán y Osvaldo Gozaíni, entre otros. Sagüés se ha encargado de señalar que la expresión “manipulativa” no tiene sentido peyorativo, sino que hace referencia a la flexibilidad que tienen los tribunales en este tipo de decisiones que salen del rigorismo ortodoxo de las sentencias constitucionales clásicas.

⁷ El doctor Carlos S. Fayt ha distinguido con precisión entre teorías y Doctrinas, siendo que las primeras se caracterizan por una unidad temática completa, especulativa y sistemática; en tanto que las segundas dan lugar a una posición subjetivada que puede esconder, inclusive, posiciones ideológicas determinadas.

⁸ Durante la transición española se recuerda un célebre debate que mantuvieron los profesores Pablo Lucas Verdú y Eduardo García de Enterría, el primero, sosteniendo que la Constitución no contenía normas con estructura lógico-formal de normas jurídicas, sino principios fundamentales de un determinado régimen político; a lo que el segundo

Sin embargo, el debate de fondo que esos enfoques no resuelven es problema de la legitimidad de las decisiones adoptadas en un determinado sistema de control de constitucionalidad. A modo de adelanto, diremos que si bien las sentencias “moduladas” permiten mayor flexibilidad en decisión de los casos complejos o difíciles, es decir, de aquellos casos que no pueden resolverse mediante reglas sino que debe acudirse a la interpretación mediante principios o de valores; tales tipos de decisiones plantean problemas de déficit en materia de seguridad jurídica por el riesgo o incertidumbre que generan sobre su cumplimiento, particularmente por parte de los poderes políticos.

La cuestión se vincula directamente con la cualidad o condición de *especificidad* que exhibe el control clásico de constitucionalidad, ejercido por los jueces, entendido el mismo como un *juicio a la norma* en confronte con la Constitución. Así entendido, el mismo se ha caracterizado por su carácter excepcional, siendo la declaración de inconstitucionalidad de una norma emanada del Congreso, la “última ratio” a la que los jueces deben acudir, después de buscar la solución al caso dentro de las diferentes posibilidades u opciones del sistema jurídico. En tal sentido resulta particularmente gráfica la expresión anglosajona *remedy*, toda vez que si el control de constitucionalidad es ciertamente un remedio frente a una patología o gravedad del sistema jurídico, un remedio es siempre algo que se toma a disgusto.

También es significativa la tendencia hacia el denominado *self restraint* que desde un comienzo exhibirían los jueces al ejercer el control de constitucionalidad como creación pretoriana; buscando con ello no traspasar los límites racionales de la división de poderes en un sistema republicano, ni aumentar los prejuicios *contramayoritarios* que desde un primer momento aparecieron, planteando sospechas sobre el denominado “gobierno de los jueces”.⁹

respondería que todas las normas constitucionales tienen imperio y son operativas, ya se trate de normas de organización, normas de competencia, etcétera.

⁹ El paradigma de esa posición crítica está dado por el libro de Alexander Bickel titulado *The las dangerous Branco*, aparecido en la segunda década del siglo pasado. El conocido cuestionamiento se interroga acerca de la legitimidad de los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (*The nine old black men*) para tener la última palabra en materia de interpretación y aplicación de las leyes cuando están en juego valores supremos como la libertad, la igualdad, la propiedad o la dignidad de las personas.

Esa tendencia hacia la autorrestricción en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes se ha manifestado en las “reglas” sobre el control de constitucionalidad, elaboradas por la propia Suprema Corte estadounidense, buscando limitar los efectos y alcances de ese control. De ese modo, las llamadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis” limitaron el ejercicio del control de constitucionalidad a los “casos” o “controversias” planteadas ante los tribunales, debiendo la declaración de inconstitucionalidad “peticionarse por la parte interesada”, debiendo tener “legitimidad” para ello y existir “agravio” suficiente; siendo que la declaración de inconstitucionalidad de la norma sólo tendría efectos para el “caso concreto decidido” y en la medida en que no se trate de cuestiones “abstractas” (mootnes) o que no se esté frente a una de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”

El 5 de diciembre de 1865, en la causa “Mendoza Domingo c/ Provincia de San Luis”¹⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunció el principio de control jurisdiccional, sosteniendo “que es elemento de nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guarda o no su conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentra en oposición a ellas, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamental del Poder Judicial nacional y de una de las mayores garantías con que se ha entendido a asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.¹¹

En el caso “Sojo”¹² de 1887, nuestra Corte Suprema sostuvo que: “El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el *palladium* de la

¹⁰ Una ley de la provincia de San Luis establecía un impuesto para los productos que salieran de la provincia. Dicha ley vulneraba lo preceptuado por los artículos 9, 10 y 11 de la Constitución nacional, sobre tránsito interior, por lo que la Corte la declaró inconstitucional. Fallos 3-131, primera serie.

¹¹ Bidart Campos, Germán, “La jurisdicción constitucional en la Argentina”, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Universidad del Externado, Bogotá, cit. por Hitters, p. 276.

¹² Fallos 32:120. Eduardo Sojo, propietario del periódico Don Quijote en el que habían aparecido 14 de septiembre de 1887 - caricaturas de algunos diputados, fue arrestado por orden de la Cámara respectiva. Contra ese arresto interpuso directamente ante la Corte Suprema un hábeas corpus, fundando la competencia de ella en el artículo 20 de

libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”.¹³ El mismo principio sería enunciado en la causa “Municipalidad de la Capital vs. Elortondo”, en 1888.¹⁴

En la Argentina la revisión judicial que busca verificar si la norma está acorde con la Constitución es la que tiene mayor operatividad; al respecto ha dicho nuestro máximo Tribunal in re “Partido Obrero...”, expediente 1661, del 17 de marzo de 1992, que “no es resorte del Poder Judicial decidir sobre el acierto del Poder legislativo en ejercicio de facultades que le son propias”.

El control, es pues, judicial, difuso,¹⁵ no previo,¹⁶ se produce en el marco del proceso, por medio de una causa judicial donde se plantea la cuestión constitucional, y se resuelve en dicho ámbito para el caso concreto y sin efectos *erga omnes*.¹⁷

El control de constitucionalidad de las normas, limitado en sus efectos al caso sometido a decisión de los jueces, implica enervar la validez

la ley del 14 de septiembre de 1863, sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales

¹³ Fallos 32:128.

¹⁴ Fallos 33:162. Dictado por inconstitucionalidad de la ley del 21 de octubre de 1884. Esta ley, autorizaba, desde la Plaza de Mayo hasta la calle de Entre Ríos, la apertura de una avenida de treinta metros de ancho, en las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y Victoria, y la Corte declaró su inconstitucionalidad en la parte en que afectaba a las fincas y terrenos situados fuera del ancho destinado a ella.

¹⁵ Fallos 33:162; 267:215. Todos los jueces, tanto nacionales como provinciales, pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario legislado en el artículo 14 de la ley 48. El control difuso, en cabeza de cualquier juez, se encuentra consagrado en la mayoría de las constituciones provinciales, a saber: artículos 48 de Mendoza, 15.2 de Jujuy, 7 de La Pampa, 143 de Misiones, 11 de San Juan, 10 de Chubut, 17 de Santa Cruz, 49 de Catamarca, 16 de Neuquén, 10 de San Luis, 33 de Entre Ríos.

¹⁶ Aunque en la provincia de Buenos Aires y en otras como en Salta por ejemplo está implantada la “acción de inconstitucionalidad” (artículo 683, CPCC) que se promueve ante la Corte de Justicia local que funciona como un control de superlegalidad, concentrado y judicial, aunque no produce efecto derogatorio.

¹⁷ Fallos, 304:1088. Analizaremos más adelante sobre el efecto *erga omnes* de las sentencias, dictadas por la Corte Suprema de Justicia, que declaran la inconstitucionalidad de una norma.

y eficacia de una ley sancionada por el Poder Legislativo, o un decreto dictado por el Poder Ejecutivo, asegurando de ese modo la supremacía de la legalidad constitucional. Ha dicho la Corte Suprema que el control judicial de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial, ni la de la Corte, aun cuando ésta sea la intérprete final de aquella.¹⁸

La extensión de este control no significa aniquilamiento de la doctrina de la separación de poderes, sino su puesta a punto con la interrelación de funciones que subyace en la misma doctrina y que se corresponde con los requerimientos de la estructura gubernamental del Estado contemporáneo.¹⁹

En el ejercicio de la facultad de guardar la supremacía de la Constitución, los tribunales constitucionales han empleado diversos tipos de sentencias. Las sentencias que podrían denominarse “clásicas”²⁰ y las llamadas “sentencias moduladas”, producto, en el moderno derecho procesal constitucional, de una sofisticación de las pautas originadas del control de constitucionalidad.

Las sentencias moduladas obedecen a toda una corriente jurídica que tuvo sus primeras manifestaciones a mediados del siglo XX en Alemania e Italia, luego se extendió a varios países de Europa y llegó a Latinoamérica por sus lazos con España y Portugal.

En términos generales, en el derecho comparado existen en dos sistemas de modulación, a saber: modulaciones relativas a los efectos temporales de la sentencia y modulaciones que afectan el contenido de la ley.

En relación con las modulaciones relativas a los efectos temporales de la sentencia, diremos que normalmente las declaraciones de inconstitucionalidad sólo tienen efectos a futuro, por lo que las situaciones consolidadas durante el período en que la ley se presumió constitucional, quedan inalteradas. Mediante modulaciones temporales, una declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos retroactivos.

Por su parte, las modulaciones que afectan el contenido de la ley son aquellas que alteran parcialmente el contenido del texto impugnado, li-

¹⁸ In re, “Nicosia, Alberto O. si Rec. de queja”, del 9 de diciembre de 1993..

¹⁹ FAYT, Supremacía constitucional e independencia de los jueces, p. 61.

²⁰ Es la que acepta la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto (sentencia estimatoria) o la que rechaza el acuse de inconstitucionalidad (sentencia desestimatoria), *cfr*: Sagüés, Las Sentencias Constitucionales Exhortativas, p. 190.

mitando sus efectos, restringiendo su alcance normativo, o condicionando su aplicación.

Limitaremos nuestro análisis al segundo de los sistemas expuestos, esto es a las modulaciones que afectan el contenido de la ley, llamadas “sentencias manipulativas”.²¹

Las sentencias manipulativas comprenden a las sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas, a las sustitutivas y a las exhortativas. Son aquellas que, sin alterar el texto de la ley, impiden que sea interpretada de una determinada forma, declarando dicha aplicación inconstitucional.

Suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulta conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella.

Las sentencias interpretativas pueden a su vez ser: admisorias o desestimatorias.²² Las primeras, son aquellas que condenan a una determinada interpretación de la ley bajo examen, no al texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional. Las segundas, reconocen constitucional la exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que dejan abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español ha desarrollado la llamada “interpretación conforme”, que consiste en “salvar” la validez de la norma, interpretándola con el sentido posible que la misma permita, que mejor se avenga con la supremacía constitucional.

El papel del Juez Constitucional va más allá del parámetro del legislador negativo del pensamiento kelseniano. En este contexto, aparecen o se con-

²¹ Siguiendo a Sagüés, cabe destacar que cuando se habla de sentencias “manipulativas”, no se emplea el verbo que origina la denominación (manipular) en sentido peyorativo o condenatorio, sino neutro, en la acepción de, maniobrar, operar o utilizar la norma del caso, desde una perspectiva constitucional. Dice el reconocido maestro, “por tanto, una sentencia manipulativa (en la acepción que aquí le

²² Cfr. Sagüés, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

solidan las sentencias interpretativas. Son aquellas que extienden el ámbito de aplicación de la ley a grupos injustificadamente excluidos de ella.

La Corte no anula la norma acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado. En estos casos, el Tribunal Constitucional constata una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, debido a que es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución.

En otras ocasiones, leyes incompletas han servido de criterio para que la Corte Constitucional en su labor de examen de las decisiones impugnadas, las adecue por medio de sus sentencias a los principios y valores de la Constitución, integrándolas o modificándolas.

Son sentencias que no sólo declaran la ley inconstitucional, sino que imponen una normatividad que la sustituye. Es decir, el Tribunal Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica que tiene rai-gambre constitucional directa.

Son el resultado de la constatación de situaciones aún constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

El doctor Sagüés,²³ las clasifica en:

- Sentencia exhortativa “de delegación”: declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución.
- Sentencia exhortativa de ‘inconstitucionalidad simple: el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, no la invalida, pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma acorde a la Constitución.

²³*Ibidem*, pp. 194 y 195.

- Sentencia exhortativa por “constitucionalidad precaria” : la Corte estima que una norma es todavía constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al Poder Legislativo a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido.

El llamado “activismo judicial” puede ser definido como aquella doctrina que le confiere al Poder Judicial un protagonismo decisivo en los ámbitos sociales y en la incorporación de nuevos derechos ya existentes.²⁴

Siendo que el activismo judicial importa una mayor gravitación en la actividad institucional de la Corte, y que en algunos casos llega a la frontera que delimita las atribuciones de cada uno de los tres poderes del Estado, las críticas que recibe tienen apoyo en la posible afectación de la garantía de la división de poderes, y de la ingerencia indebida del Poder Judicial en ámbitos que son reservados para los restantes poderes del Estado.

Si bien en la actualidad, se registra en los precedentes de la Corte Federal un notable y creciente activismo judicial, por medio de cual el máximo tribunal adopta decisiones de trascendencia e incidencia institucional y a su vez exhorta a los restantes poderes del Estado para que adopten las medidas necesarias y pertinentes para la debida protección y operatividad de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, cabe recordar que en el caso argentino, esta modalidad —en una forma no tan rotulada y anunciada como en la actualidad— fue decepcionada en la jurisprudencia de la Corte, en precedentes de larga data.

En efecto, los supuestos que dieran origen a la “inconstitucionalidad por omisión” (que se configura cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional), así como en aquellos casos en los que se ha utilizado los denominados poderes implícitos del tribunal,²⁵ pueden ser identificados como los orígenes de este activismo judicial, que imprime un nuevo rol para el máximo tribunal.

En tal sentido, cabe recordar que en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, la demora o inoperancia por parte del órgano en cumplir

²⁴ *Ibidem*, p. 75.

²⁵ CSJN, 1977, “Pérez de Smith, Ana M y otros”, Fallos 297:339; CSJN 1983 “Rechía de Shedan, Virginia Rita”, Fallos 305:504, entre otros.

con el dictado de las medidas que le encomendara el texto constitucional, genera una trasgresión constitucional, y paralelamente activa el deber del Poder Judicial de requerir el cabal cumplimiento de la función que le fuera encomendada al órgano moroso.

Y frente a la persistencia de ese silencio o inercia, el Poder Judicial ya no puede quedar como un mero espectador, teniendo luego que determinar la reparación jurisdiccional de los daños producidos por la omisión del Estado, sino que en cumplimiento de ese deber constitucional que se le asigna como poder del Estado, debe adoptar las medidas pertinentes dentro del ámbito de su competencia y atribuciones para resguardar y evitar la afectación o frustración de derechos y garantías constitucionales.

En efecto, como señala Sagüés, la doctrina tradicional respondía negativamente frente a los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, al interpretar que el silencio del legislador importaba una suerte de derecho suyo, de tipo discrecional no instrumentar la cláusula constitucional programática, y por ende su renuencia a legislar, era vista como una “cuestión política no justiciable”, algo exclusivamente privativo o reservado al arbitrio y a la discreción del Parlamento, mientras que la eventual actuación de un tribunal judicial en cubrir ese vacío lagunoso podía ser entendida como una invasión judicial de la gestión judicial en el ámbito del Poder Legislativo.²⁶

Ahora bien, en el caso argentino, se registran varios antecedentes novedosos y de larga data, en donde la Corte Federal ha ejercido un activismo judicial de características singulares.

En 1957, la CSJN resuelve en la causa “Siri”²⁷ abandonar la postura (hasta ese entonces adoptada en torno al reconocimiento de la acción de amparo, la cual era negada al no haber sido prevista por el legislador), y frente a la violación por autoridad pública de los derechos constitucionales de la libertad de imprenta y trabajo, y el planteamiento de su restauración por medio de una vía procesal que no era la idónea, fue que “basta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de es-

²⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 136.

²⁷ CSJN, “Sin, Ángel” Fallos 239: 459 (1957)

tar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”.

En 1992, en la causa “Ekmekdjian c/Sofovich”,²⁸ siguiendo la pauta interpretativa fijada por la CIDH (opinión consultiva 7/1986) y en lo que se refería al carácter operativo y/o programático del derecho de réplica consagrado en el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte resolvió que el Estado Nacional debía adoptar las previsiones pertinentes para asegurar el derecho de rectificación o respuesta, so pena de violar el Pacto de San José de Costa Rica, interpretando a tales efectos que las palabras “en las condiciones que establezca la ley” contenidas en el referido artículo 14.1 del pacto, se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las “sentencias de sus órganos jurisdiccionales” y que entre las medidas necesarias para cumplir con el Pacto estaban las sentencias judiciales.

Otros ejemplos que se señalan someramente, dada la extensión fijada para este trabajo, lo constituyen el precedente “Sejean c. Zacks de Sejean”²⁹ en donde la Corte se anticipó al Congreso en el dictado de la Ley de Divorcio Vincular, la denominada “Doctrina de la Sentencia Arbitraria”, por medio de la cual amplió pretorianamente las vías de acceso para el recurso extraordinario federal, como un nuevo inciso no escrito en el artículo 14 de la Ley 48; así como la doctrina de la gravedad institucional, como vía de acceso a esa instancia extraordinaria de revisión, frente a la existencias de cuestiones federal de trascendencia institucional.

Cabe señalar que este nuevo rol institucional de la Corte se ha manifestado en el caso por medio del dictado de las denominadas “sentencias atípicas constitucionales”, por medio de las cuales la Corte Federal ha desplegado intensamente su activismo, utilizando diversos recursos interpretativos:

1. Al precisar el ámbito de su competencia, reivindicando el rol que le corresponde como máximo tribunal del país, limitando por vía interpretativa la extensión de su competencia originaria así como la ordinaria de apelación (por ejemplo, causas “Barreto”, “Itzcovich”, “Mendoza”, “Casal”).

²⁸ CSJN, in re “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”. L.L. 1992-C-540 y ss.

²⁹ CSJN 1986, Fallos 308:2268

2. Al dictar medidas cautelares en resguardo de derechos fundamentales afectados y vulnerados, aun cuando fuera incompetente (“Quiñone”, “Lavado”).

3. Al fijar la interpretación en materia de Derechos Humanos, fijando como pauta la debida observancia que el Estado Argentino debe efectuar respecto de los derechos y obligaciones asumidos al suscribir Tratados y Pactos Internacionales, evitando así los supuestos de responsabilidad internacional ante el incumplimiento de dichas directivas (por ejemplo, “Arancibia Clavel” “Simón” “Mazzeo”).

4. Al establecer pautas procesales novedosas para dar una respuesta institucional y eficiente frente a casos de trascendencia institucional que demanden otro tipo de remedios procesales (por ejemplo, “Mendoza”).

5. Al exhortar a otros poderes del Estado ante omisiones en el ejercicio de sus funciones que vulneran derechos de raigambre constitucional, para evitar convalidar por dicha actitud morosa la afectación de derechos protegidos por el texto constitucional (por ejemplo “Badaro”).

Por otra parte, y en ejercicio de sus potestades reglamentarias, la CSJN ha dictado una serie de acordadas; que ilustran a su vez este nuevo rol institucional instalado como definición del actual perfil de la Corte Federal:

1. Acordada 28/04 mediante la cual se instrumentara la figura procesal del *amicus curiae*, como un instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia;

2. Acordada 2/2007 mediante la cual aumenta el valor del deposito que debe efectuarse al plantear un recurso de queja por denegación del recurso extraordinario a \$ 5.000,00, con el fin de actualizar el monto fijado por la Acordada 28/91 (que lo establecía en \$1.000,00), (iii) Acordada 04/2007 mediante la cual aprueba el reglamento sobre los escritos de interposición del Recurso Extraordinario, fijando pautas y requisitos formales así como límite en cuanto a la extensión de las piezas recursivas.

3. La Acordada 30/2007, mediante la cual la Corte; Federal consagra la convocatoria a audiencias públicas que podrá así requerir el máximo tribunal, dando como fundamento de dicha decisión (cuya génesis radica en la causa “Mendoza”) la necesidad de fomentar una mayor participación ciudadana así como la difusión pública del modo en que el Tribunal conoce en asuntos que, con carácter primordial, ha de ejercer su jurisdicción mas eminente “y que le permitirá poner a prueba directamente ante

los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de Justicia que realiza el Tribunal” (citando así a otro fallo institucional como lo fuera la causa “Penjerek” Fallos 257:134).

IV. CONCLUSIONES

Las modalidades de sentencias adoptadas han reavivado el debate sobre la conveniencia o inconveniencia de instaurar un tribunal constitucional en nuestro medio, debate que tiene sostenedores y detractores. Lo cierto es que si bien los tribunales constitucionales responden a los modelos europeos de control concentrado, en tanto en América Latina ha predominado el control difuso de constitucionalidad a cargo de los jueces; las diferencias ya no son tan nítidas y en distintos países de nuestra región se han adoptado tribunales o cortes constitucionales, como sucede en Chile, Perú, Colombia, Venezuela y Panamá.

Existen también modalidades en las que se combina el control difuso como regla general y el control concentrado en casos especiales cuando lo peticionan algunos legitimados especiales en condiciones particulares, como ocurre en Brasil o en el sistema adoptado en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Otras propuestas se han inclinado por la creación de tribunales intermedios entre las Cámaras de Apelaciones y la Corte Suprema. Por nuestra parte, no creemos que la mejora consista en ponerle nuevas ruedas al carro o crear nuevas instituciones sino en fortalecer las existentes; enfatizando especialmente el rol de la Corte Suprema de Justicia como “guardián de la Constitución”. La democracia es, en gran medida, un sistema de creencias compartidas.