

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Roland ARAZI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Acción de inconstitucionalidad*. III. *Amparo*. IV. *El mandato de seguridad brasileño*. V. *Acción de nulidad*. VI. *Derecho trasnacional*.

I. INTRODUCCIÓN

A fin de tratar los distintos sistemas de control de constitucionalidad, nos referiremos al recurso de inconstitucionalidad; la acción de inconstitucionalidad; el amparo; el mandato de seguridad de Brasil; la acción de nulidad; el derecho transnacional.

II. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El sistema argentino de control de constitucionalidad, igual que el de los Estados Unidos de América, a diferencia del europeo, es difuso porque todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden llevarlo a cabo. Se ha señalado que, paradójicamente, esta competencia que es la más importante que un juez puede ejercer, no le está explícitamente asignada por la Constitución, salvo —a partir del año 1994— el artículo 43 que se refiere tangencialmente a esta facultad, pero sólo para los supuestos de interposición de una acción de amparo.¹ Esa competencia surge de la necesidad de los jueces de resolver los conflictos aplicando la legislación vigente, sin limitación alguna.

El sistema europeo, que actualmente siguen algunos países latinoamericanos, es concentrado porque existe un órgano único y específico al que se

¹ López, Guillermo A. F., “Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina”, *L.L.* ejemplar del 7 de marzo de 1996.

le reserva la potestad exclusiva de ejercer el control constitucional. En la República Oriental del Uruguay, ese órgano jurisdiccional es la Suprema Corte de Justicia, el Código General del Proceso (artículos 508-523) prevé que la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podrán ser solicitadas por las partes o de oficio por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional; acogido el planteo de la inconstitucionalidad por vía de excepción o defensa o planteada de oficio, se suspenderán los procedimientos y se elevarán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia, que resuelve la cuestión limitándose a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas; en los asuntos que tramiten directamente ante ella la Corte se pronunciará en la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad; las partes pueden también pedir la declaración por vía de acción directamente ante la Suprema Corte. En todos los casos la declaración de inconstitucionalidad hace inaplicable la norma legal afectada por ella sólo al caso concreto y tiene efecto entre las partes, únicamente se contempla la comunicación al Poder Legislativo y al gobierno departamental; si hubiese sido solicitada por vía de acción o principal; la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales contra quien hubiera promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Ese efecto limitado es común en América, mientras que en Europa, en general, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tienen plenos efectos contra todo (artículo 164, Constitución española).

En Argentina, cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad no dictan una sentencia independiente sino que el tema constitucional integra la sentencia definitiva.

La cuestión de la declaración de inconstitucionalidad de los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo por parte del Poder Judicial ha originado gran controversia en la doctrina; es sabida la polémica suscitada en Francia al respecto, para evitar “el gobierno de los jueces”, optándose en la Constitución de 1958 por el control mediante un órgano de naturaleza política, como es el Consejo Constitucional. El sistema de la Constitución española al crear un Tribunal Constitucional que estrictamente no depende de ninguno

de los poderes, parece adecuado; la integración de dicho Tribunal permite mantener un apropiado equilibrio.

En la República Argentina, como hemos visto, el Poder Judicial es el encargado de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos de los otros poderes y de los particulares. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía una doctrina consolidada según la cual los jueces no podían hacer de oficio la declaración de inconstitucionalidad, doctrina que era severamente criticada por los autores (Víctor Bazán; Alberto B. Bianchi; Germán Bidart Campos; Néstor P. Sagües, entre otros).

Solamente las partes estaban legitimadas para plantear la inconstitucionalidad, en un proceso determinado. Esta tesis restrictiva se fundaba en los siguientes argumentos: *a*) la necesidad de mantener la división de poderes, no puede el Poder Judicial, en forma oficiosa, inmiscuirse en las atribuciones que la Constitución otorga a los otros poderes del Estado; *b*) la presunción de legitimidad de los actos de estos últimos; *c*) el peligro de que se vulnere el derecho de defensa de las partes; *d*) la presunción de que éstas han renunciado a invocar la inconstitucionalidad, y si los jueces declararan la inconstitucionalidad no planteada por el interesado estarían transgrediendo el principio de congruencia.

Es evidente que esos fundamentos no resisten el menor análisis pues los jueces deben aplicar la ley con prescindencia de su invocación por los litigantes, y la primera ley a aplicar es, precisamente, la Constitución Nacional y, específicamente, el artículo 31 que ella dispone:

Esta Constitución, las leyes 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 ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

Además, la presunción de legitimidad de las normas y de los actos de los funcionarios no es absoluta y si se demuestra que ellos contradicen normas constitucionales así debe ser declarado.

Algunas constituciones provinciales imponen a los jueces el deber de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, decretos ordenanzas o disposiciones contrarias a la Constitución nacional o a las constituciones de esas provincias (*v gr.*, La Rioja; Río Negro; San Juan; San Luis; Tierra

del Fuego); la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, faculta a los jueces a declarar de oficio de la inconstitucionalidad de las normas en los juicios de amparo y *habeas corpus*.

A partir del caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes” del 27 de setiembre de 2001, la Corte Federal parece haber cambiado su criterio restrictivo admitiendo, por mayoría, la declaración de inconstitucionalidad de las normas, de oficio por los jueces. Decimos “parece” pues la mayoría se logró porque, en el caso, las partes habían tenido oportunidad de ser oídas sobre la inconstitucionalidad de oficio declarada por el tribunal *a-quo*, en oportunidad de plantearse el recurso extraordinario y en su contestación; de tal forma no podría ser tachada de inconstitucional una norma directamente por la Corte si el tema no fue introducido por los litigantes o resuelto por los tribunales inferiores de la nación o los jueces provinciales.

Con anterioridad al caso citado, la Corte había comenzado a esbozar una doctrina proclive a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, merced a la tesonera labor de algunos de sus ministros, principalmente los doctores Fayt y Belusscio² En alguna oportunidad se declaró la inconstitucionalidad de la ley, a pesar de que la introducción del tema se había hecho en forma extemporánea.³ También la Corte declaró de oficio la inconstitucionalidad de las normas cuando estaba en juego su propia competencia, sea ésta jurisdiccional o administrativa, o la independencia de los jueces.

En la Provincia de Tucumán el control constitucional es concentrado, previéndose el funcionamiento de un Tribunal Constitucional, y en otras provincias es mixto, con efectos diferentes si la declaración la hace cualquier juez o el Tribunal Superior (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Neuquén, Salta, San Juan, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur).

En el orden federal la declaración de inconstitucionalidad tiene vigencia sólo para el caso judicial concreto sometido a decisión y de ninguna forma afecta la vigencia de la norma cuestionada; no es así en todas las provincias argentinas pues en algunas dicha declaración, tiene efectos generales y la norma deja de tener vigencia (Chaco, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santia-

² Véanse sus votos en Juzgado de Instrucción Militar Rosario, núm. 50, del 24 de abril de 1984.

³ Acosta, Héctor c/Crysf. S.A., 21 de junio de 1997; “Ricci, Oscar F.A. c/Autolatina Argentina S.A. y otro”, 28 de abril de 1998.

go del Estero, Tierra del Fuego); en ciertos casos con exigencias especiales como la necesidad de que el Superior Tribunal de Justicia declare por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de la norma (Chubut) o que sea declarada por el Superior Tribunal de Justicia, por unanimidad y por tercera vez y se determine expresamente declarar abrogada la norma constitucional: si se trata de una ley, el Superior Tribunal debe dirigirse a la Legislatura a fin de que la derogue, se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación (Río Negro). El artículo 159 de la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur dispone expresamente:

Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia del litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 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 definitiva, por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes; esa ratificación no altera los efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

En mérito a la organización federal de la nación Argentina, los juicios deben tramitar ante los tribunales federales o provinciales, de acuerdo con la competencia asignada; en caso de que tramiten ante tribunales provinciales, deben terminar en la jurisdicción respectiva; sólo puede recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los siguientes casos:

- A. Cuando en el pleito se haya cuestionado la validez de un tratado, de una ley federal o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.
- B. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes federales, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

- C. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio (artículo 14, ley 48).

Por vía jurisprudencial, la Corte estableció otras causales para recurrir ante ella por recurso extraordinario, son las siguientes: 1) exceso ritual manifiesto; 2) arbitrariedad (normativa o fáctica); 3) gravedad institucional (esta última en rigor, no constituye una nueva causal sino la posibilidad de prescindir de requisitos de admisibilidad por motivos formales, cuando la cuestión en debate afecta seriamente el interés general). A su vez el artículo 24 inciso 7 del Decreto ley 1285/58 atribuye a la Corte Suprema la decisión sobre la competencia de los jueces cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia.

El recurso extraordinario por arbitrariedad que la misma Corte creó y, según señala Sagües, profundizó a fines de la década del cincuenta, aumento la tarea del Tribunal en un 400% a 500%; gracias a tal dispositivo tuvo seis mil o más causas a decidir por año y, actualmente, atento el caudal de sentencias a resolver, la Corte dispone de una cuarto de hora (promedio) para conocer y decidir cada litigio.⁴

Son requisitos para acceder a la Corte Suprema los siguientes: 1) que se trate de una sentencia definitiva; 2) que haya sido dictada por el Superior Tribunal de la causa; 3) que se haya plantado la cuestión federal en la primera oportunidad y mantenida en todas las instancias; 4) que haya habido decisión sobre la cuestión federal y ésta guarde relación directa con el tema a resolver (principio de trascendencia). Los dos últimos requisitos tienen que apreciarse sin perjuicio de lo que hemos dicho respecto de la declaración de inconstitucionalidad en forma oficiosa por los jueces, incluso por la propia Corte.

La Corte Suprema de Justicia puede resolver con o sin reenvío y aun puede ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez de vuelta por idéntica razón.

4 Sagües, Pedro Néstor, "Problemas de absorción de causas por el órgano supremo de control de constitucionalidad", *E.D.*, 9 de junio de 1998.

No es admisible el recurso extraordinario contra decisiones de organismos que no pertenecen al Poder Judicial.⁵

Respecto del requisito de que la sentencia recurrida debió haber sido dictada por el superior tribunal de la causa, la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no exigía que se interpusieran los recursos extraordinarios locales para recurrir ante ella, pues era suficiente haber agotado los recursos ordinarios. A partir de los casos “Strada”⁶ y “Di Mascio”⁷ la doctrina actual de la Corte, es la siguiente:

- A. Las provincias tienen, por la Constitución Nacional, derecho a organizar sus propios poderes judiciales, estableciendo las instancias que crean convenientes.
- B. Planteada una cuestión federal, la misma tiene que ser resuelta por el Tribunal Superior de cada provincia;
- C. Las vías locales existentes son potencialmente útiles para que los superiores tribunales tutelen el derecho o garantía constitucional que se dice vulnerado.
- D. Las leyes no pueden impedir, por razones de monto económico, grado de pena, materia u otras análogas, que el asunto sea resuelto por el Superior Tribunal de la provincia cuando se alegue la violación de un derecho o garantía constitucional; de existir tales leyes, ellas, en sí mismas, serían inconstitucionales,
- E. El litigante debe plantear oportunamente la inconstitucionalidad de las leyes locales o la jurisprudencia de los tribunales superiores que impidan el tratamiento de la cuestión federal por parte del Superior Tribunal de la provincia y, en su caso, recurrir por vía de recurso extraordinario federal, la decisión que desestima dicho tratamiento fundada en esas leyes o en los antecedentes jurisprudenciales, y
- F. Si la falta de tratamiento de la cuestión federal, por parte del Superior Tribunal provincial, se debió a errores formales del recurrente, el tema constitucional no será revisado por la Corte nacional porque, por causas imputables a aquél, se impidió la solución del caso mediante un recurso potencialmente hábil.

⁵ CSJN, Garber C.A. y otro c/Titular del Juzgado Comercial núm. 9, 26 de agosto de 2003, *Lexis Nexis*, J.A., 2003-IV, suplemento del fascículo núm. 6, 5 de noviembre de 2003, p. 75.

⁶ 8 de abril de 1986, *L.L.* 1986-B-476; E.D. 117-589.

⁷ 1o. de diciembre de 1988, J.A. 1988-IV-960 con nota de Augusto M. Morello; *L.L.* 1989-A-417, con nota de Néstor P. Sagües.

Se advierte de lo dicho hasta aquí, que el superior tribunal de la causa es, en todos los casos, el máximo tribunal que prevean las leyes locales al que, obligatoriamente, deberá entender en la cuestión federal planteada.

Dos instituciones han generado polémica acerca de la conveniencia o no de ellas, una de origen legislativo y otra jurisprudencial; ambas tomadas, en cierta forma, del derecho de los Estados Unidos de América. La de origen legislativo es la consagrada por el artículo 280 del CPN conocida como *certiorari* argentino; dispone el citado artículo 280, en su parte pertinente: “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

Por vía jurisprudencial se estableció el *per saltum*, es decir la posibilidad de que la Corte se dedique directamente al estudio de una causa aun cuando no hubiese decisión definitiva del superior tribunal que debe entender en ella, cuando exista gravedad institucional o algún motivo que exija la decisión inmediata de la Corte. Esto ha sido considerado como una manifestación de los poderes implícitos y discrecionales del Tribunal y procede de oficio o a pedido de parte, tanto cuando la providencia cuestionada podría todavía ser recurrida en las instancias ordinarias, como cuando la dedicación se produce antes de que hubiese decisión alguna en esas instancias.

II. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Constitución de la Nación Argentina no contempla expresamente la acción popular, que otorga el derecho de pedir la derogación de una norma a quien acredite un interés legítimo, y es aceptada, con diferentes variantes, por algunos países de la región, como Cuba, Perú y Brasil.

Sin embargo el artículo 43 de la Constitución Nacional prevé una acción expedita y rápida de amparo y dispone que pueden interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

La acción declarativa de inconstitucionalidad, antes de que la norma inerte sea aplicada en un proceso determinado, se admite en los Estados Unidos de América, en Colombia, Brasil, Uruguay y Perú, entre otros países. En Argentina no está prevista en el orden federal pero sí en algunas provincias.

En la Provincia de Buenos Aires el artículo 161 de la Constitución provincial atribuye a la Suprema Corte de Justicia local la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esa Constitución. En cumplimiento de la disposición constitucional, el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia (artículos 683 y ss.) reglamenta, en el capítulo destinado a los procesos especiales, la acción de inconstitucionalidad, la que tiene carácter declarativo con función preventiva; la demanda debe interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor, vencido ese plazo se extingue la competencia originaria de la Suprema Corte, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados (artículo 684, CPBA); el plazo no rige cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos de carácter institucional o que afecten derechos de personalidad no patrimoniales. La declaración de inconstitucionalidad de una norma legal carece de efectos derogatorios o *erga omnes*, limitándose a invalidar su aplicación en contra de quien interpuso la acción.

Como dijimos, en el orden federal no está prevista expresamente la acción declarativa de inconstitucionalidad y según doctrina de la Corte Suprema ese tipo de declaración tiene alcance incidental; de allí que sólo será necesaria para remover un obstáculo —la norma inconstitucional— que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la ley fundamental; es decir que la declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión⁸ o, en su caso, defensa.⁹

8 Causa A. 529 XXII “Asociación Bancaria c/Provincia del Chubut”, sentencia del 15 de junio de 1989 o en su caso, defensa. Bazán, Víctor, “Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio”, *Lexis Nexis*, J. A. 2003-I, fascículo núm. 13, 26 de marzo de 2003, p. 17.

9 Bazán, Víctor, “Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio”, *Lexis Nexis*, J.A., 2003-I, fascículo núm. 13, 26 de marzo de 2003, p. 17.

El artículo 2o. de la ley 27 dispone que los jueces nunca proceden de oficio y sólo ejercen jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Según Palacio esta es la razón por la cual en el orden federal no es posible deducir una pretensión meramente declarativa de inconstitucionalidad.¹⁰ No obstante lo expuesto, el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el año 1968 dispone:

Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pueda producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había rechazado siempre el control de constitucionalidad a través de la pretensión meramente declarativa. Doctrina que es abandonada a partir del año 1985¹¹ estableciéndose los siguientes requisitos para la procedencia de esa acción: *a)* que haya un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica; *b)* no se trate de una mera consulta o de una situación conjetural o hipotética, sino de una lesión actual; *c)* exista interés jurídico del peticionario por esa falta de certeza; *d)* no haya otro medio legal para poner fin a ese estado de incertidumbre.

Se ha señalado que a partir del caso citado existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante la Corte cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria.¹²

III. AMPARO

En Iberoamérica, en general, las demandas de amparo por violación de los derechos y libertades fundamentales consagrados en las constituciones,

10 Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, t. II, p. 466, especialmente nota 6.

11 Véase casos “Constantino Lorenzo; Klein; Gomer S.A”, entre otros.

12 Rojas, Jorge A. “La emergencia y el proceso”, *Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2003, p. 249, con cita de Alberto B. Bianchi. De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad, la conversión del caso federal en caso judicial en *E.D.* suplemento de derecho constitucional, 22 de febrero de 2001.

que en España son de competencia del Tribunal Constitucional (artículo 161, inciso B de la Constitución Española), tramitan ante los órganos comunes de justicia.

No es posible hablar de amparo en América sin referirse a México. Se considera a ese país como cuna del amparo, y de su legislación lo han tomado el resto de los países latinoamericanos. Las Constituciones de 1824 y 1836 ya lo contemplaban y, especialmente, la de Yucatán de 1840; luego, la Constitución de 1917 consagra el amparo como instituto político, reafirmado en la reforma de 1967; la ley de amparo, en 234 artículos, reglamenta los artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos de México. Adviértase que el Código Federal de Procedimientos Civiles de México tiene en total 542 artículos.

El artículo 103 de la Constitución mexicana dispone:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.
II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

A su vez el artículo 107 hace una extensa enumeración de las bases a las que deben sujetarse los procedimientos de amparo, señaló las siguientes: 1) iniciación por la parte agraviada, excepto para la Suprema Corte de Justicia que puede conocer de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito o del Procurador General de la República, de los amparados que sus características especiales así lo ameriten; 2) está vedado hacer en la sentencia una declaración general respecto de la ley o acto que la motiva; 3) los jueces deberán suplir la deficiencia de la queja; incluso pueden sentenciar *extra petita*, fuera de las pretensiones del actor y su beneficio, cuando por torpeza o falta de conocimiento no se haya establecido el petitorio correcto; 4) es posible reclamar por esta vía contra sentencias definitivas o laudos respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, sea que la violación se cometa durante el procedimiento de la sentencia misma: la acción deberá promoverse directamente ante la Suprema Corte de Justicia o ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, según los casos; 5) procede también contra actos administrativos; 6) contra las sentencias que pronuncien los jueces de distrito procede la revisión; de ella conocerá la

Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de circuito según la materia de que se trate y sus sentencias no admitirán recurso alguno; 7) las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

Según la ley de amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte es obligatoria para todos los tribunales del país; se considera jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas; también constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y tribunales colegiados. La jurisprudencia que establezca cada uno de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales; las sentencias de los tribunales colegiados de circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos que integran cada tribunal colegiado.

El amparo mexicano abarca una serie de temas que Fix-Zamudio enumera de la siguiente manera:

- 1) Como defensa de los derechos de libertad.
- 2) Para proteger la supremacía de la Constitución.
- 3) Como forma de casación contra sentencia definitiva de última instancia en materia civil, penal, laboral y administrativa, por errores *in procedendo* o *in iudicando*.
- 4) Como sustituto del contencioso administrativo, cuando se lo promueve contra resoluciones o actos definitivos de los órganos de la administración cuando afecten derechos de los particulares.

En la República Argentina el artículo 43 de la Constitución Nacional (t.o. 1994) dispone:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de

autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

El amparo contra actos de particulares se encuentra legislado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por medio del procedimiento sumarísimo, mientras que el amparo contra actos de la autoridad se rige por una ley especial, no habiéndose dictado todavía la ley que reglamente la nueva norma constitucional, rigiendo, en cuanto no se oponga a ésta, la ley anterior (16.986); una de las características más criticada de esta ley es que los recursos de apelación contra resoluciones que conceden medidas cautelares se otorgan con efecto suspensivo.

A partir del 6 de enero de 2002 se dictaron una serie de medidas que impidieron la disponibilidad de los depósitos bancarios y dispusieron la modificación de las cláusulas pactadas entre particulares en los contratos de mutuo y otros afines; esa legislación fue catalogada como de “emergencia pública”; como antecedente de esa legislación podemos citar la ley 25.453 promulgada el 30 de julio de 2001 que prohibió a los jueces decretar medidas cautelares que afecten, obstaculicen, comprometan, distraigan de su destino o de cualquier forma perturben los recursos propios de Estado, e imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

Los afectados por las leyes referidas intentaron que se las declarara inconstitucionales, utilizando la vía del amparo y dentro de éste el pedido de medidas cautelares. Hemos sostenido que existe íntima correlación entre el mecanismo expedito y rápido, a través del cual se concibe al amparo, y el procedimiento que se observa para el dictado de las medidas cautelares. Ambos, no obstante sus diferencias, tienen una nota distintiva en común, la tutela efectiva e inmediata que persiguen.¹³

Lamentablemente ni las providencias cautelares ni la acción de amparo dieron respuesta a las pretensiones de los peticionarios. Las primeras porque, a pesar de haberse dictado medidas innovadoras que ordenaban la entrega del dinero a los depositantes, la interpretación acerca del efecto suspensivo de las apelaciones que se interpusieron, impidieron su concreción; la segunda porque en los procesos, que obviamente no han sido “expeditos

13 Arazi, Roland, *et al.*, “Emergencia y proceso”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pp. 383 y ss.

y rápidos” como lo ordena la Constitución, no se ha logrado el dictado de sentencia firmes, pese a que muchos de ellos llevan casi dos años de trámite.

IV. EL MANDATO DE SEGURIDAD BRASILEÑO

Reconoce su antecedente en la Constitución de 1934 y está consagrado en la actualmente vigente. La norma constitucional expresa que se concederá mandato de seguridad para proteger un derecho líquido y cierto no amparado por *habeas corpus*, cualquiera sea la autoridad responsable por la ilegalidad o el abuso del poder.

Se trata de un proceso similar al *habeas corpus*. No puede utilizarse para atacar actos de particulares, constitucionalidad de las leyes ni sentencias judiciales. Se puede pedir la suspensión del acto cuestionado y, en principio, sólo se admite la prueba instrumental. La sentencia puede ejecutarse provisoriamente, aun cuando esté apelada, salvo que el presidente del Tribunal disponga la suspensión, pero su decisión es recurrible ante el propio cuerpo. Las resoluciones recaídas en el mandato no impiden que el actor reclame, por acción separada, los efectos patrimoniales. Los procesos de mandato de seguridad deben tramitar con preferencia a cualquier otro, salvo el *habeas corpus*.

V. ACCIÓN DE NULIDAD

El “debido proceso” constituye uno de los derechos más importantes del ciudadano. El artículo 18 de la Constitución garantiza tal derecho, declarando que 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 por la autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Algunas constituciones provinciales son aún más explícitas. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone:

La Provincia asegura la tutela judicial continúa y efectiva, el acceso irrestricto a la Justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a

quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo Razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Durante mucho tiempo se pensó que el “debido proceso” quedaba garantizado con el cumplimiento de los recaudos formales, a saber: juez imparcial y respeto a los principios de bilateralidad, igualdad y legalidad.

En la actualidad esos principios están siendo de alguna manera cuestionados; así, por ejemplo, la bilateralidad puede postergarse en casos extremos —tal como sucede con las medidas cautelares— en materia de producción de pruebas, a fin de no frustrar su eficacia, e incluso para dictarse resoluciones ejecutables (anticipación de tutela, procesos urgentes, etcétera.); la igualdad debe apreciarse en sus justos términos tratando como iguales a los que lo son y no a quienes son desiguales pues esto último acentúa la desigualdad; finalmente el juez debe aplicar la ley pero no de una manera ciega y tampoco, necesariamente, interpretando la voluntad del legislador: el “positivismo jurídico” que influyó en nuestra cultura ha cedido frente a la necesidad de una aplicación axiológica de la ley, apreciando las circunstancias del caso y tratando de solucionar los conflictos de la forma más justa posible.

Además, el Estado no sólo debe garantizar la legalidad de los procedimientos judiciales sino también un proceso “justo”. Ninguna norma como tampoco ninguna omisión o error procesal puede impedirle al juez ejercer la jurisdicción, hacer justicia, “que es la razón de ser del oficio judicial, es el motivo de la existencia del juez”. Como se ha dicho con acierto no existe el derecho de beneficiarse con esas omisiones o errores.¹⁴

Por ello, y a fin de hacer efectiva la garantía constitucional del debido proceso, se está abriendo camino la posición que propicia una acción autónoma de nulidad contra sentencias firmes que adolecen de groseros errores de juzgamiento. En general se admite, por vía de acción o de recurso, la revisión de la llamada “cosa juzgada fraudulenta”. Dentro de esa postura sólo deben reputarse computables, con motivo de invalidación de sentencias

14 Podetti, Ramiro J., *Tratado de la competencia*, 2a ed., Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 253 y 331.

pasadas en autoridad de cosa juzgada y, más allá de la eventual conducta ilícita del juez, el dolo y la violencia moral o intimidación.¹⁵

En los supuestos en que hubiese dolo o fraude se acepta la revisión de las sentencias firmes en casi todas las legislaciones, a punto tal que Couture afirmaba que algunos códigos latinoamericanos, basados en la ley española de 1855, no contemplaron el recurso de revisión por inadvertencia de sus autores, dado que la mencionada ley no lo trató porque subsistían las disposiciones de las Partidas sobre el particular¹⁶ a igual conclusión llega José M. Manresa y Navarro.¹⁷

Últimamente se ha avanzado un paso importante en la posibilidad de revisar las sentencias firmes, al incorporar entre los vicios de ellas el error inexcusable del juzgador: la sentencia ha sido dictada en un proceso regular y el juez ni las partes actuaron con dolo o malicia, pero un grave error de juzgamiento la invalida; a esta concepción amplia corresponde la denominación de la cosa juzgada “irrita” en reemplazo de “fraudulenta”. Se piensa, con razón, que no puede otorgarse validez a decisiones notoriamente injustas y erróneas, cuyo mantenimiento ocasionaría un serio e irreparable agravio a la garantía constitucional del debido proceso y a la conciencia colectiva.

Uno de los antecedentes más completos donde se analiza el error judicial como causa de revisión de la sentencia firme es el de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, con un excelente voto de la doctora Aída Kemelamjer de Carlucci; la Corte provincial confirmó la sentencia de la Cámara de apelaciones que había hecho lugar a la acción autónoma de nulidad de cosa juzgada irrita para dejar sin efecto una regulación de honorarios firmes, en favor de abogados que no habían efectuado los trabajos profesionales que originaron esa regulación. Se dijo en el fallo que los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y necesidad de evitar sentencias contradictorias, que dan fundamento a la institución de la cosa juzgada, no son absolutos y deben ceder frente al deber de afirmar otros valores de raigambre constitucional.¹⁸

15 Cfr. Palacio, Lino E., “La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación”, *L.L.*, 1997-E-584.

16 Couture, Eduardo J., “La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta”, *L.L.* 16-104. A igual conclusión llega Manresa y Navarro, José M., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1921, t. VI, p. 268.

17 *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1921, t. VI, p. 268.

18 Suprema Corte de Justicia, Mendoza, Sala 1a., 2 de septiembre de 1999, *L.L.* 1999-F-529.

En fecha más reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la necesidad de anular una sentencia firme cuando hubo un error evidente y grave de juzgamiento.¹⁹ Se extrae de los argumentos del dictamen del procurador fiscal, que los jueces hicieron suyos, las siguientes conclusiones:

- 1) Debe priorizarse la verdad jurídica objetiva frente a los recaudos formales.
- 2) Los jueces no pueden asumir que se encuentran impotentes frente a una decisión aberrante, que repugna al más elemental sentido común y vulnera la garantía del debido proceso y, sin embargo, por tributo al formalismo deban admitir su condición de cosa juzgada. En el caso, los honorarios resultantes de la decisión firme arrojaban una cifra de cincuenta y dos millones catorce mil novecientos dos pesos con noventa y nueve centavos, totalmente desproporcionada con la tarea profesional cumplida y con la entidad económica del juicio (presumiblemente inferior a trescientos mil pesos).
- 3) No es óbice para el reconocimiento de la facultad de ejercer la acción autónoma declarativa que invalide la cosa juzgada irrita, que no se haya recurrido por las vías de las normas pertinentes contenidas en los códigos locales, ni la falta de un procedimiento expresamente previsto.
- 4) La revisión de las sentencias firmes tiene carácter excepcional y procede cuando el error incurrido “hiere el más elemental sentido común”. No debe olvidarse que de alguna manera colisionan dos derechos constitucionales: el de propiedad, que emana de la sentencia firme, y el del debido proceso que no puede admitir una sentencia en las condiciones expresadas.

VI. DERECHO TRASNACIONAL

En la República Argentina los tratados y concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derecho Humanos; la Convención Americana

¹⁹ CSJN, 20 de marzo de 2003, *Lexis Nexis*, J.A. 2003-III, suplemento del fascículo núm. 9, 27 de agosto de 2003, p. 18.

sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella conocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Cualquier persona que vea afectados sus derechos y garantías consagrados en esos tratados podrá recurrir a las vías que prevé el derecho interno para que cese el acto o la omisión lesivos. Eventualmente queda abierta la jurisdicción de los tribunales internacionales; en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previa denuncia o queja ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos.