

# El Debido Proceso y el Control de Constitucionalidad El Estado Constitucional Democrático

*"Sin seguridad jurídica no hay Derecho,  
ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase"*<sup>1</sup>  
Lusfilósofo Luis Recasens Siches

Por

Juana Dioguardi

## I - Introducción

El Estado se ha convertido en un actor social más y los límites no se ven tan claros, participa en la toma de decisión, en muchos casos vulnerando los derechos y garantías constitucionales. Los operadores del derecho se encuentran involucrados en la crisis de falta de credibilidad del sistema judicial, haciendo tambalear el estado democrático. La igualdad ante la ley es una aspiración común en todo estado de derecho. El acceso a la justicia es un pilar fundamental de los estados modernos.

La inseguridad jurídica en un estado aparece cuando se vulneran los derechos y garantías constitucionales.

La independencia de los departamentos del Estado, son indispensables y necesarios para que exista un estado de derecho democrático, que en el imaginario social se ha derrumbado, por lo tanto es necesario una institución independiente y con credibilidad para hacer respetar la Constitución. La única forma de lograr un estado de derecho Constitucional democrático.

El cambio de paradigma implica que un estado social, al cual se le adjudique el reconocimiento de los derechos al individuo, por cuanto es indispensable mantener el estado de derecho y la seguridad jurídica indicadores del estado democrático.

---

<sup>1</sup>ALTERINI, Atilio Anibal, ob.cit. *"La seguridad jurídica"*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1993.

La Corte Suprema de Justicia, deberá valorar el debido proceso como un derecho humano y como tal se propone conforme a las teorías funcionalistas y la mejor concepción de dicho derecho un tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial.

El debido proceso, como derecho humano solo podrá realizarse a nivel nacional, en un estado constitucional democrático. Es un derecho que corresponde a todos sin necesidad de ser adquirido, debe ser positivizado, para adquirir la validez jurídica. El debido proceso es un derecho humano fundamental con un determinado contenido.

El derecho procesal debe garantizar los derechos sociales, los derechos políticos y los derechos de defensa. El derecho de defensa obliga al Estado a proteger al individuo con un actuar positivo. El Estado deberá estar representado, por un Tribunal Constitucional, que garantice el debido proceso.

Los derechos fundamentales constitucionales expresan sólo una mínima concepción de la justicia. La observancia de los derechos procesales "debido proceso", es condición necesaria de legitimidad del derecho positivo. El derecho positivo que viola derechos humanos es incorrecto, propongo que el debido proceso, integre el catálogo de derechos humanos, con el objeto de evitar problemas de interpretación y pondera-

ción. En el estado actual nadie puede amenazar más los derechos humanos que el propio Estado. La legislación en un estado formal de derecho, definido sólo por la separación de poderes, no está sometido a limitación alguna, al incorporarlo a la Constitución, los mismos obtienen un rango constitucional. La pregunta es quién controla la inobservancia de los derechos fundamentales por parte del legislador o de los decretos leyes y la respuesta sería un proceso democrático o un tribunal constitucional. Evitando el dispendio de actividad procesal y el colapso del Poder Judicial, en desmedro del valor supremo " la justicia".

Para la institucionalización de los derechos humanos, entre ellos el debido proceso, se requiere la complementación con una jurisdicción constitucional, es la única forma de lograr un estado constitucional democrático. El riesgo es el paternalismo del legislador, que pasaría o podría pasar al tribunal constitucional, para evitarlo es necesario un proceso de reflexión entre la opinión pública, el legislador y el tribunal constitucional, para poder hablar de una exitosa institucionalización del debido proceso, entre los derechos humanos en el Estado Constitucional democráticos.

## II. El derecho

En la ciencias naturales no se realizan con tanta persistencia y la preocupación de pensadores serios, de la

manera tan diversa y extraña como en el derecho. Así es como Holmes ha dicho que el derecho es "*Las profesiones de los que los tribunales harán... es lo que entiendo por derecho*"<sup>2</sup>. Pero también se ha sostenido que "*El derecho es la norma primaria que establece la sanción*"<sup>3</sup>, definición adscrita a la corriente que concibe el derecho como un conjunto de normas, pero corresponde a otra concepción si se agrega que dicho conjunto de normas es impuesto para realizar la justicia. Cossío en cambio dice que el derecho es conducta, pero no lo concibe sin norma y valor, en interferencia inter subjetiva.

La posmodernidad, se ha centrado en la investigación del rol del derecho, en la problemática vinculada a los fines y funciones sociales del derecho. Bobbio ha sido uno de los primeros en aceptar la distinción entre estructura y función del derecho, los estructuralistas se interesan por saber de que se compone el derecho y la que representa el análisis funcional, se pregunta para qué sirve el derecho<sup>4</sup> Luego dice que no cree que la teoría funcionalista haya reemplazado a la estructuralista, como si se

tratara de perspectivas incompatibles. Pese Barba dice que el análisis funcional debe completar y no sustituir el análisis estructural<sup>5</sup>.

La filosofía consiste en un saber para saber, pero podría buscarse su aplicación práctica. Esta es la postura y su problemática, opino que la filosofía jurídica, no es ajena al derecho, de lo contrario estaríamos compartiendo la posición de Kelsen, que concibió como meta jurídica toda consideración acerca de lo justo y creo todo lo contrario *el valor* forma parte de la constitución del derecho, la ética aplica la razón a los problemas morales. La ética es aplicante, no aplica principios, es la aplicación de la razón a los problemas morales, la razón es la facultad que proporciona los principios a priori, según Kant. Las resoluciones judiciales serían arbitrarias, si faltan los fundamentos, o la crítica. Si bien no se puede seguir solo la razón, porque la misma tiene límites, la moral parecería ser más una cuestión de cuidado para los jueces, la moralidad es conflicto, la ética es autónoma, contribuye a las buenas razones.

---

<sup>2</sup> HOLMES, O.W. "*The Path of the Law. En Collected Papers. 1920, pág. 173, citado por HART en el Concepto del derecho* Traducción Generaro Carrió,. Buenos Aires , Abeledo Perrot, 1963.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans, "*General Theory of law and State. 1949, pág 61, citado por Hart "El concepto ... pág 2 ob. Cit.*

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto "*Hacia una teoría funcional del derecho*", traducción Carrió en "*Derecho, Filosofía y lenguaje. En homenaje a Ambrosio L. Gioja* Buenos Aires Astrea, 1976, pág. 9 .

<sup>5</sup> PECES BARBA, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1994, pág 277.

Las teorías críticas, van más lejos, comparte con Bobbio la problemática relativa a los fines y funciones del derecho, le reprochan al autor mencionado y a Raz que cierta categoría del materialismo permitían desarrollar cuestiones fundamentales que en su análisis se hallaban opacadas. Esas categorías son la historicidad, la ideología y las relaciones de poder<sup>6</sup>. Los críticos propician una teoría de intersección, una teoría transdisciplinaria que se enriquezca con los aportes de la antropología, la lingüística, la sociología, el psicoanálisis etcétera.<sup>7</sup> Esta teoría presenta un programa que pese a estar en ciernes ofrece suficientes elementos que autoriza a concluir su ajenidad al tema iusfilosófico, aunque un autor reconozca los aportes de los paradigmas tradicionales<sup>8</sup> y otro que la teoría jurídica se nutre de la filosofía del derecho<sup>9</sup>. Las nuevas tendencias a relegar la pregunta sobre ¿Qué es el derecho? No parece compartir la idea de Hart, para quién la reflexión sobre ella incrementa nuestra comprensión de lo jurídico, o que esto fuera de interés. Comparto con Olivecrona que cualquier concepción errónea sobre la naturaleza del

derecho redunda en detrimento de las ciencias sociales y de la educación social<sup>10</sup>.

El valor jurídico se vería devastado por las decisiones judiciales, utilizando el criterio dogmático, inspirado en el racionalismo jurídico identificador del derecho y la ley, que concibe a la norma individual como una derivación lógica de la norma general mediante una subsunción silogística mecánica, soslayando el carácter constitutivo de la sentencia judicial por tratarse de un acto cognoscitivo pero además se trata de la voluntad del juez. Dicha concepción que subestima la labor o función judicial, es dominante en nuestro ámbito forense pese a que fuera Kelsen quien dentro del reduccionismo normativista reaccionar sobre ese modo de pensar.

El proceso se ha convertido en el instrumento, en busca de efectivizar los fines. El derecho procesal, se ha transformado en un recetario de un conjunto de técnicas, conforme a la naturaleza del profesional, y a sus tácticas y estrategias. El código procesal, lo hará depender de los fines perseguidos y

---

<sup>6</sup> CARCOVA, Carlos M. *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos 1996, pág 38.

<sup>7</sup> CARCOVA, Carlos M. Ob. Cit.

<sup>8</sup> CARCOVA; Carlos M. Ob. cit.

<sup>9</sup> ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Teoría del Derecho (Una introducción crítica)* Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 22.

<sup>10</sup> OLIVECRONA, Karl *"El derecho como hecho"*, traducido por Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma 1959, pág 2.

utilizará una razón “instrumental”<sup>11</sup>, no necesariamente ética, porque el fin a perseguir será “la efectividad” de su servicio.

El sistema judicial avasallado por normas desde todos los ámbitos del Estado crea un problema sin solución que origina la crisis del poder judicial, y el mito de la regla *iuris novit curia*, el juez es quién conoce el derecho y el derecho es la compleja hermenéutica, a la cual nos referimos.

### III. El poder de control democrático y el sistema de garantías

Estructuralmente, el sistema kelseniano introduce un cambio básico que es concentrar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un sólo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se

ordena sobre el principio “stare decisis” que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de “jurisdicción concentrada”, frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo americano.

Con la modificación de la Constitución de la República Argentina de 1994 se incorpora al derecho positivo, los Tratados Internacionales, convertidos en ley por el poder legislativo.<sup>12</sup> Sin perjuicio de la jurisprudencia sobre la auto ejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica.

Para Kelsen el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No enjuicia situaciones concretas ni hechos específicos sino que limita su fun-

---

<sup>11</sup> SAMBARINO, “ *El ser y el deber ser en Maquiavelo*”, en Bentoncourt Díaz y otros, Vigencia de Maquiavelo Págs. 152 y 155. Creemos que la veritá efectuale de Maquiavelo está contenida en la acción social racional con arreglo a fines de Weber, es decir la determinada por “expectativas en el comportamiento tanto del objeto del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como condiciones o medios para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos (Weber, ob. Cit., Pág. 20) Tanto en el sentido maquiavélico como en el weberiano podríamos hablar de buenos negocios del mismo modo que de buenos falsificadores, cuando nos encontramos con un billete de banco bien falsificado, con referencia a la palabra “buenos” en sentido instrumental ver Hare, “ el lenguaje de la moral”, Págs. 100-110 Otros autores clásicos en racionalidad instrumental- teleológica es Hobbes. Ver Prado, José Julié “Thomas Hobbes: la razón cálculo, Págs.9-23, en Cuadernos de Filosofía, Universidad de Buenos Aires, número 32, mayo 1989.

<sup>12</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una doctrina parecida en los casos *Ek - mekdjiam c/ Sofovich del 7 de julio de 1992* y *Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo del 8 de septiembre de 1992*, dejando en claro que las normas sobre los tratados sobre los derechos humanos, son directamente operativas, en la medida que están dirigidas a una situación de la realidad en la que pueden actuar inmediatamente sin necesidad de instituciones que tenga que dictar el Congreso.

ción a resolver el problema de la "Verreinbarkeit", de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema pero haciéndolo "ex nunc", no "ex tunc", mediante una sentencia constitutiva<sup>13</sup>. El Tribunal Constitucional en realidad es un legislador, pero no un legislador "activo" y creativo sino un legislador "pasivo". El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador "activo", que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador "pasivo" que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional.

Si nos atenemos a los órganos a los cuales se atribuye el poder de control, corresponde distinguir en primer término el sistema que otorga la facultad al órgano judicial difuso - es decir a todos los jueces sin importar su fuero o jerarquía- para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones legislativas siempre que sean planteadas por las partes y aún de oficio por el juez que conozca en el asunto, en una controversia concreta. El juez se pronuncia sobre el par-

ticular en el acto de dictar sentencia y cuando declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el efecto de tal declaración se reduce a la inaplicabilidad de aquella al caso de que se trata. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad no significa la derogación de la norma afectada por ella. Por otra parte, en todos los casos en que está en juego la constitucionalidad - o inconstitucionalidad - de una norma, se puede llegar por vía de apelación, tanto en los Estados Unidos de América como en la República Argentina, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la cual le corresponde decidir en definitiva.

En la República Argentina, el medio procesal para llevar hasta la Corte una cuestión constitucional recibe el nombre de recurso extraordinario convirtiéndose en el sistema de garantía judicial.<sup>14</sup> Como es por demás sabido, la Constitución Argentina es decimónica y por ende- obviamente- no hace referencia al llamado Pacto de San José, aunque el elenco de los derechos protegidos por esa Carta Magna, tiene una gran similitud con el de la Conven-

---

<sup>13</sup> GARCÍA ENTERRÍA E., "La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1985 y, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español", Revista española de Derecho Constitucional núm. 1, 1981, pág. 43 y ss., ).

<sup>14</sup> El sistema de garantía judicial ha sido adoptado en varios países latinoamericanos. El art. 133 de la Constitución Mexicana reproduce casi textualmente el artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana. Las Constituciones de otras repúblicas - Bolivia, Chile Colombia, Uruguay, Venezuela, etc., - acuerdan, con algunas variantes entre ellas, atribución a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. También en otros continentes han sido establecidos regímenes que acuerdan facultades semejantes al más alto tribunal judicial, como Suiza, Irlanda, India, Japón, etc. Pero estos sistemas no deben ser confundidos con el norteamericano.

ción de marras. Tampoco y por el mismo motivo, hace alusión expresa a los Pactos Internacionales sobre derechos Humanos, ni a la prioridad que debería tener ese tipo de convenciones con respecto a las normas internas.<sup>15</sup>

#### IV. Los derechos fundamentales, aplicación y justificación

Las reglas y principios son dos tipos de normas: Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones ordenan, prohíben, permiten u otorgan poder de manera definitiva. Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos.

Los principios son normas que permiten optimizar<sup>16</sup>, es decir que son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídica posible. Los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*<sup>17</sup>.

Los derechos fundamentales o constitucionales son derechos abstractos, en la constitución se otorga un derecho fundamental y después se agrega una cláusula que autorice a los órganos correspondientes delimitar o restringir

dicho derecho. Esto trae problemas, el derecho lo otorga la regla, al ser posible limitarlo, el estado podría lograr que el derecho no sea tal. El panorama cambiaría si se considera que el derecho es otorgado por un principio.<sup>18</sup> El problema de limitación o restricción se convierte en un problema de optimización y los derechos fundamentales tiene que realizarse en la mayor medida posible fáctica y jurídica. Las fácticas dependen del curso de la acción alternativa, si hay un medio apto para alcanzar el objetivo del legislador, interfiere menos intensamente con el principio que está en la base del derecho.

El derecho constitucional tiene fuerza por sí mismo, es la razón para considerar o concebir a los derechos constitucionales como derecho *prima facie*, como derechos basados en principios. Siguiendo la teoría funcionalista, la aplicación del derecho es algo más que la mera subsunción de un caso bajo una regla. Es un proceso de ponderación y balanceo.

#### V. La justificación del derecho de control

La proposición de derecho *prima fa -*

<sup>15</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, 1986, TII, p 282, si bien también dice el autor... hay tratados al que se puede adherir sin haberlos firmado ni negociado, y hay otros que prevén su vigencia, con la firma sin necesidad de ratificación.

<sup>16</sup> ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* en Doxa 5 1988, pág 143 y sig.

<sup>17</sup> ALEXY, R. *Theorie*..... ob. cit.

<sup>18</sup> ALEXY, R *Theorie*..... ob. cit.

cie, es bastante débil, la teoría de los derechos fundamentales consiste en una lista de derechos fundamentales abstractos, y contendría el principio de los discursos acerca de los derechos definitivos. La lista es un primer paso, pero el segundo paso, trata del papel de los derechos en el razonamiento jurídico. Se han ofrecido distintos argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad. El principio es la supremacía de la Constitución, los mismos fueron expuestos por el juez Marshall, en leading case Marbury vs. Madison (U.S 137-1803). La lógica de la argumentación consiste 1) la función del Poder judicial es la de aplicar el derecho, 2) la Constitución Nacional es la ley suprema de la nación 3) por consiguiente los jueces deben aplicar la Constitución; 4) es por eso que si los jueces determinan que una ley contradice a la Constitución, la deben declarar inconstitucional. De acuerdo a estos argumentos, el control constitucional de las leyes forma parte de la función institucional del Poder Judicial de resolver los casos concretos aplicando la norma jurídica. En cambio los Jueces de Gran Bretaña y Francia cumplen su función institucional pero no están autorizados a declarar la inconstitucionalidad.

#### VI. La interpretación de las normas constitucionales

La Constitución se conforma de cláusulas y declaraciones muy generales,

ambiguas y vagas. Ante un caso concreto pueden surgir contradicciones entre las mismas normas constitucionales o que, en el caso concreto, el juez deba resolver un conflicto que no este previsto en las normas constitucionales, el caso cuenta con propiedades relevantes semejante a otro caso que si está previsto en las normas constitucionales.

Es una ilusión pensar que las normas constitucionales pueden ser aplicadas al caso concreto sin una previa interpretación y precisión. Los criterios de interpretación a los que acuden los jueces son muy diversos en la interpretación de las normas constitucionales: el significado *literal del texto* de la constitución, en otros a la *intención histórica* de los constituyentes, o *intención presunta* de los mismos o *dinámica*, confrontándolo con el nuevo contexto social, en otros casos a *valores o principios "implícitos"* o *valores sociales*, o cierta idea de lo que se entiende por *bien común*. Pero se recurre además a valores ideales o del derecho natural o al *criterio de razonabilidad en la interpretación del derecho*, como a los criterios de los casos *análogos*. En los conflictos entre diferentes cláusulas constitucionales, los jueces apelan a lo que denominan una interpretación armónica de la constitución.

Para Dworkin<sup>19</sup> la apelación a los criterios gramaticales o de la intención de los constituyentes conlleva siempre a una opción valorativa. Las valoraciones

---

<sup>19</sup> DWORKIN, R, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass 1977.

tienen relevancia política y moral, que se ocultan detrás de un tecnicismo jurídico.

La argumentación jurídica en materia constitucional carecería de reglas que sirvan para distinguir los razonamientos correctos y los incorrectos. Estaríamos dándole la razón a los "realistas" que consideran al razonamiento jurídico, como la mera racionalización que pretende *justificar decisiones que los jueces adoptan por motivos personales*, como consecuencia se distorsiona el sistema de separación de los poderes del estado. Es evidente que si esto ocurre, no podríamos hablar de un sistema democrático y menos aún de un sistema constitucional democrático.

Pensar que los jueces resuelven conforme a motivos personales – políticos- sociales- económicos – y luego argumenta, para justificar sus decisiones, nos llevaría a pensar, en la falta de independencia de los poderes por ende se induce una falta esencial de las garantías constitucionales, que conlleva a la inseguridad jurídica. Lo expuesto sería negar el sistema democrático de derecho.

## VII. El sistema democrático de derecho

Ante los análisis realizados por Habermas<sup>20</sup>, Ackerman<sup>21</sup>, y Nino<sup>22</sup> la jus-

tificación de la democracia se basa en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, presupuestos en la práctica social de construir consensos en forma argumentativa. Lo que justifica la democracia no es la sola voluntad mayoritaria, sino la manera en que dicha voluntad se constituye. Siguiendo este razonamiento, la legitimidad de una decisión mayoritaria depende del grado de amplitud, libertad y participación que alcance el debate público que precede a la decisión, de forma que la autonomía de la voluntad y la imparcialidad en el proceso democrático sea respetada por la decisión en cuestión.

Los jueces pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática, en estos casos los jueces ejercen una tarea de corrección y una ampliación de los procedimientos democráticos.

A modo de síntesis cabe destacar que el Supremo Tribunal no solo garantiza la superioridad de la Constitución estableciendo las jerarquías frente a una norma que se plantea como inconstitucional, sino que también realiza una

---

<sup>20</sup>HABERMAS, Jürgen "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", en Multiculturalism, editado por Charles Taylor, Princeton U. Press, 1994.

<sup>21</sup> ACKERMAN; Bruce *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980.

<sup>22</sup> NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1989.

actividad política cuando resuelve los conflictos que se plantean entre el Estado y las comunidades, o de los de éstas entre sí y los conflictos que se susciten entre los distintos órganos del Estado, utilizando métodos y *criterios jurídicos*. Conoce, además, en el plano judicial, el recurso de amparo como garantía frente a la violación de los derechos fundamentales.

Debe tenerse presente que, en la actualidad, el control de constitucionalidad, no le corresponde sólo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es sí, el que tiene la última palabra, pero comparte el control con el resto de los jueces que realizan un juzgamiento de constitucionalidad activa. El modelo concentrado europeo y el modelo difuso americano se han integrado en cierta medida en nuestro sistema legal.

La influencia del sistema austríaco-kelseniano se advierte en la Constitución Federal de la República española de 1931. En su art., 121 establecía un Tribunal de garantías Constitucionales con competencia en todo el territorio para entender<sup>23</sup>. El ordenamiento español se aparta en un punto y es que

la Constitución española es “explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional (art., 161, 1.a, y 163) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art., 9, 1.) y que, por tanto, necesariamente es aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente por todos los jueces y tribunales”<sup>24</sup>

En principio en los ordenamientos jurídicos que contemplan la jurisdicción constitucional y ordinaria, es algo natural que exista puntos de conflicto entre ambas, además debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no es orgánicamente Poder Judicial, la existencia de este cuerpo es un elemento de voluntad política. El problema surge en este caso porque se ha observado que el Tribunal Constitucional se ha sobrepasado de su competencia en lo referente a su función de velar por la tutela de los derechos fundamentales para adentrarse en la competencia de la jurisdicción ordinaria, es decir que ejerce la potestad jurisdiccional que el Tribunal Supremo creía que ejercía en forma monopolizada.

---

<sup>23</sup> En: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes b) El recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones Autónomas y las de éstas entre sí, d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República e) La responsabilidad criminal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal General de la República.

<sup>24</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, pág., 61 ob. cit.

Se puede decir respecto del Tribunal Constitucional que éste tiene competencia para realizar la revisión de las decisiones que se tomen dentro de la competencia ordinaria en cuanto estas tengan relación directa con derechos fundamentales y libertades públicas.<sup>25</sup>

Recordemos que el art., 53,2 de la Constitución Española dispone que: *"Cualquier ciudadano tiene el poder de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art., 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"*.

La Corte Suprema de Justicia de la Republica Argentina ha dicho "La división de gobierno en tres grandes departamentos, independientes y soberanos, es un principio fundamental de nuestro sistema político, de lo cual surge que las atribuciones de cada uno son independientes, peculiares y exclusivas, el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno"<sup>26</sup> También señaló "que los otros pode-

res del estado carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial"<sup>27</sup>. El control legislativo del acto jurisdiccional, atenta contra el principio de división de poderes insito en el esquema republicano de gobierno y una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, lo contrario sería un avasallamiento a los principios de nuestra Ley Fundamental. Pero..... *"existen supuestos en que el juez debe pronunciarse urgente y antes de la sentencia definitiva, ordenando el cumplimiento inmediato de su mandato a fin de impedir un gravamen irreparable"*.<sup>28</sup>

#### **VIII. Los métodos de control de constitucionalidad**

Contrariamente al método difuso, el método concentrado de control de la constitucionalidad se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un sólo órgano estatal, el poder de actuar como juez constitucional, generalmente respecto de ciertos actos estatales -leyes o actos de similar rango dictados en ejecución directa de la Constitución-, en general con potestad para anularlos.

<sup>25</sup> GIUSTI, A. F. "El Tribunal Constitucional Español", LL. 21-9-2000.

<sup>26</sup> Fallo 310:1162.

<sup>27</sup> fallos 324:1177.

<sup>28</sup> FENOCHIETTO – ARAZI "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" comentado Buenos Aires TI, PÁG 743, ED. Astrea 1983.

Excepcionalmente, en algunos casos, como sucede en Panamá, el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el mundo.

Este método concentrado de control puede ser: 1) Exclusivamente concentrado como sucede en Panamá, Honduras, Uruguay, Costa Rica, o Paraguay; o 2) Estar establecido en forma combinada con el método difuso de control como sucede en Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia.

El órgano estatal facultado para ser el único juez constitucional de las leyes en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, puede ser la Corte Suprema de Justicia ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país<sup>29</sup>, o una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial para actuar como único juez constitucional<sup>30</sup>. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aún cuando sea generalmente similar al

“modelo europeo” de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, en general han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido y en los casos en los cuales se han atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial -Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia- *con la excepción de los casos de Chile y del Perú, - Las Constituciones de estos países regularon a los Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial.*

El poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución, como se dijo, puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad. En América Latina el control concentrado se ha configurado en esas dos formas. Además existe una tercera forma de control concentrado que ejercen en forma paralela y exclusiva tanto la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Como es el caso de Costa Rica, México y Venezuela.

<sup>30</sup> Como es el caso de Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador y Bolivia.

<sup>31</sup> CASAS, Juan A. “Control de Constitucionalidad Concentrado en Latinoamérica, ED. 6-7-2000.

## IX. Los métodos de control en América

*El control judicial concentrado* es ejercido exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia o por una Sala Constitucional de la misma<sup>32</sup>. Es el caso de Uruguay, Panamá y Honduras. En otros países de Latinoamérica, el poder exclusivo de actuar como juez constitucional se atribuye a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como es el caso de Paraguay<sup>33</sup>, Costa Rica<sup>34</sup> y El Salvador<sup>35</sup>

*El control judicial concentrado* de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la Corte Suprema o por un Tribunal Constitucional en un sistema mixto o integral de control -concentrado y difuso-. Es atribuido a las Cortes Supremas de Justicia o a los Tribunales Constitucionales se encuentra en aquellos países que han adoptado un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, en el cual funcionan, paralelamente, el control difuso y el control concentrado. Venezuela<sup>36</sup>, Brasil y México son países que

<sup>32</sup> El Art., 188 ,1, de la Constitución de Panamá le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la constitucionalidad de la legislación a través de dos métodos: mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir justicia. En ambos casos de control, la decisión de la Corte Suprema es de efectos generales, y no obligatorio, y no está sujeta a ningún tipo de control. La Constitución de 1989 de Uruguay atribuye a la Corte Suprema de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales ( art., 256). La Corte también conoce de los asuntos de inconstitucionalidad, sea mediante una acción que sólo pueden ejercer los interesados, sea mediante una incidencia planteada en un proceso ordinario. En ambos casos, y a diferencia del sistema panameño, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren, exclusivamente, al caso concreto, teniendo, por tanto produce efectos sólo en los procedimientos en los que fueron adoptados. En Honduras, el art., 184 de la Constitución de 1982 también establece un sistema de control de la constitucionalidad de carácter concentrado, atribuido exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, la cual asimismo conoce de los asuntos mediante una acción intentada por las personas interesadas o por vía incidental, mediante la remisión que le haga de la cuestión un juez ordinario. Debe señalarse, además que de acuerdo con el art., 183 ordinal 211 de la Constitución de Honduras, también procede el amparo contra las leyes, para que se declare en casos concretos que la ley no obliga ni es aplicable al recurrente por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución , competencia esta última que también se le atribuye al Tribunal Constitucional español como se explicitó.

<sup>33</sup> Art., 260 y ccs. de la Constitución de 1992 de Paraguay.

<sup>34</sup> Constitución reformada en 1989 de Costa Rica.

<sup>35</sup> Reformas de la Constitución de 1991-2, Art., 174 de la República del Salvador.

<sup>36</sup> Respecto de Venezuela, la Corte Suprema de Justicia es competente para declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, de las leyes y otros actos de las Cámaras legislativas nacionales, de los Estados miembros de la Federación y de los Municipios, así como de los reglamentos y actos de gobierno promulgados por el Ejecutivo Nacional, está establecido en forma explícita, en el art., 215 de la Constitución de 1961, correspondiendo a todo habitante del país la posibilidad de ejercer la acción. Se trata, por tanto, de *una acción popular*. Es decir, la Constitución prevé un control judicial concentrado de la constitucionalidad de todos los actos del Estado, con excepción de los actos judiciales y actos administrativos, para los cuales dispone de medios específicos de control de la legalidad y constitucionalidad: el recurso de casación, la apelación y el recurso contencioso administrativo. La decisión anulatoria de la Corte, en todo caso tiene efectos generales, "erga omnes".

tan con un sistema difuso de control de la constitucionalidad y también el de control concentrado atribuido a la Corte Suprema de Justicia.

A su vez, Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, bajo la influencia europea, ejercen el control judicial de la constitucionalidad de las leyes por Tribunales Constitucionales, pero un sistema mixto o integral.

La Constitución de 1991 de Colombia atribuyó a la Corte Constitucional el carácter de "guardián de la integridad y supremacía de la Constitución" carácter que antes tenía la Corte Suprema de Justicia. Aquella tiene a su cargo el control concentrado de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de similar rango, pudiendo cualquier ciudadano interponer una acción popular para requerir la anulación de dichos actos estatales. Incluyendo, por ejemplo, los de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, decretos, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados. La Corte Constitucional, tiene también el ejercicio de un control preventivo de la constitucionalidad, respecto de las leyes cuya promulgación haya sido vetada por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad. Este tipo

de control también es obligatorio en los casos de decretos de emergencia o de leyes aprobatorias de tratados.

Guatemala es el primer país latinoamericano que creó un tribunal constitucional según el modelo europeo<sup>37</sup>. La particularidad del procedimiento de la Corte de Guatemala está dado por la suspensión provisoria de los efectos de la ley o del acto ejecutivo impugnado, durante el curso del proceso, si la inconstitucionalidad es notoria y puede causar gravamen irreparable.

El Tribunal Constitucional de Bolivia (Constitución de 1994) ejerce el control concentrado de la constitucionalidad y coexiste con el método difuso, así el primero resuelve las cuestiones de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier resolución no judicial, mediante acción que si es de carácter abstracto, solo puede ser interpuesta por determinados funcionarios públicos.

El sistema vigente en Perú tiene la peculiaridad de que el Tribunal Constitucional está separado del Poder Judicial, circunstancia que lo transforma en el único de América Latina.

Luego de la reforma constitucional de 1995, Ecuador se rige por el método concentrado de control constitucional

---

<sup>37</sup> Paralelamente al sistema difuso la Constitución de 1965 instauró un sistema concentrado de control judicial que lo atribuyó a una Corte Constitucional. Según su Constitución de 1985 sólo puede ser planteado el recurso de inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la corte efectos generales.

desempeñado por el Tribunal Constitucional que funciona paralelamente con el método difuso. Tiene competencia para resolver sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y actos administrativos de toda autoridad pública: suspender total o parcialmente sus efectos también ejercen el control preventivo de las leyes al resolver sobre las objeciones de inconstitucionalidad que formule el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

De las decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales de última instancia en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, debe presentar estos órganos un informe al Tribunal Constitucional para que éste resuelva con carácter general. El control judicial mixto concentrado ejercido en forma exclusiva y paralela por la Corte Suprema y un Tribunal Constitucional.

Es el caso de Chile, el sistema concentrado está conferido exclusivamente a dos órganos judiciales separados: 1) Corte Suprema de Justicia y 2) Tribunal Constitucional a través de una acción directa.

Mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley existía un control constitucional incidental ante la Corte Suprema -Constitución de 1925-, pero siendo este insuficiente en la reforma de 1970 se creó el Tribunal Constitucional que disuelto en 1973 fue restablecido en la Constitución de 1980.

Este Tribunal juzga preventivamente, antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes orgánicas o las que interpretan preceptos de la Constitución; sobre las cuestiones que surjan en el tratamiento de los proyectos de leyes y de los proyectos de reformas constitucionales y de las leyes aprobatorias de tratados internacionales sometidos a la sanción del Congreso; respecto de los decretos del Poder Ejecutivo o resoluciones, los reclamos contra el presidente de la República cuando no promulga una ley que tenía que haber promulgado o promulga un texto diferente al sancionado.

Además se le otorgó un control "*a posteriori*", respecto de decretos con fuerza de ley, aunque no procede contra leyes si éstas han entrado en vigencia, sino sólo contra los decretos ejecutivos con fuerza de ley. El control "*a posteriori*" sobre leyes procede únicamente con respecto a las formalidades relativas a su promulgación a cargo del Presidente de la República a petición de las Cámaras del Congreso cuando el Presidente no promulgue una ley estando obligado a hacerlo o si promulga un texto, éste es diferente al que ha sido sancionado.

#### **X. El debido proceso y los principios que lo garantizan**

El proceso es el medio para la realización del derecho material, aunque la única forma de realización del derecho es por medio de una resolución judicial que es el producto de un proceso judicial. El debido proceso, se logra

cuando se respetan las garantías constitucionales: *La garantía de legalidad* impide que el Poder Ejecutivo Nacional pueda dictar decretos de necesidad y urgencia que alteren los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, constituyendo la legalidad y la razonabilidad límites infranqueables en el Estado de derecho. Lo contrario avanzar sobre estos límites, debilitando el ordenamiento legal que debiera proteger y que hace a la defensa de los derechos y garantías. Un Estado de Derecho, se caracteriza por el sometimiento de los Poderes del Estado a la Constitución Nacional y a la Ley. Este sometimiento no es un fin en sí mismo, sino una técnica para conseguir una determinada finalidad, que en nuestro sistema político-jurídico consiste en el sometimiento del Estado al "bloque de legalidad" -leyes, reglamentos, principios generales, precedentes, tratados internacionales, Constitución Nacional, etc.- y consecuentemente, el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios necesarios para su defensa por ende el proceso que permite el acceso a la justicia es un derecho inherente al ser humano. Someter al Estado al bloque de la legalidad es someterlo al Derecho y por ende a la defensa de la igualdad, de la libertad y del respeto a los derechos adquiridos. El Poder Judicial, debe lograr la independencia, lo contrario implica dependencia. "De esto se

*derivaría una grave consecuencia: la de que, como el fin justifica los medios, y lo esencial es "no entorpecer" al Ejecutivo, el juzgamiento de la constitucionalidad de una decisión o una medida se limita a valorar su conveniencia para el Poder Ejecutivo o los eventuales beneficiarios*<sup>38</sup>.

*La garantía de razonabilidad* debe estar siempre presente en los actos del Estado a tenor del artículo 28 de la Constitución Nacional. La razonabilidad impone un cierto límite que, si se traspasa, se cae en la zona opuesta de lo irrazonable o de lo arbitrario. Es cierto que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, de allí no cabe derivar que el Poder Judicial pueda abstenerse de ejercer el control de razonabilidad. Lo contrario, es dejar de lado garantías que hacen a la esencia de nuestro sistema Republicano de Gobierno, cuya integridad pretende resguardarse por medio, entre otros, de la subsistencia de dichas garantías.

El control de constitucionalidad realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha variado su criterio en el caso Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ Sumarísimo del 1-2-02. Todas las medidas que se dicten en el marco de una emergencia económica social de-

---

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *al decir que Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia*". y. Pedro J. Kesselman, Revista del CPACF., Agosto 2001, N° 48.

ben gozar de razonabilidad. Se trata de asegurar lo previsto en el Art. 28 de la Constitución Nacional, cuando con dureza operativa y no sólo programática dispone: *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”* según lo expresado, conforme a la inspiración de Alberdi. La razonabilidad es un principio general del derecho.

*El principio de seguridad jurídica.* La vigencia del Estado de Derecho supone, de manera cabal y completa, la facultad de ejercer los derechos y garantías reconocidos en todo el plexo normativo; para lo cual requiere un marco confiable, estable, de normas generales que se apliquen con continuidad, al cubierto de sorpresas, cambios o giros imprescindibles o caprichosos, que respondan a los intereses del gobernante de turno, y no al interés de la comunidad. *“En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores –y no previas– a su vigencia, que son claras, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo”*<sup>39</sup>. Ejercer el derecho en un Estado de Seguridad Jurídica, supone conservar in-

tacta la facultad de acceder a todos los instrumentos legales reconocidos, a un proceso judicial válido, completo, que permita el ejercicio eficaz de las pretensiones deducidas en tiempo útil. El Derecho, en cuanto representa la función de realización de los valores en la persona individual, sólo puede llevarse a cabo donde existe seguridad jurídica.

#### **XI. La tutela judicial efectiva**

*El derecho a la tutela judicial efectiva*<sup>40</sup> genuina expresión del derecho a la jurisdicción, contiene dos elementos: a) uno formal, consistente en un proceso constitucional que tutele determinados derechos y garantías; b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión. En este sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del periódico “La Nación”, de Costa Rica, del 23 de mayo de 2001, al sostener *“Que en el derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no sólo cautelar en el sentido que preservan una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos; siempre y cuando se reúnan los*

<sup>39</sup> ALTERINI, Atilio Anibal, *“La seguridad jurídica”*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1993.

<sup>40</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El Derecho a la Tutela Efectiva*, Ed. Tecnos, España, 1990.

requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo". No hay derechos constitucionales simbólicos. Ningún derecho fundamental es otorgado por el ordenamiento jurídico, ni siquiera por la propia Constitución Nacional, que sí puede reconocerlo y otorgar las garantías necesarias para su defensa y mantenimiento. El derecho a la tutela judicial efectiva no es exigible por disposición expresa contemplada en la Carta Magna, no depende de texto normativo alguno que lo consagre, sino que éste, como derecho fundamental, existe por ser inherente a la persona humana y consustancial al Estado de Derecho.

Por lo tanto es indispensable que surja el debido proceso como derecho humano, consecuentemente requiere su positivización.

El amparo posibilita, la tutela efectiva, en este sentido, pensemos qué consecuencias traería la utilización de la vía ordinaria, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable: un proceso lento y engorroso que podría durar años y que se devoraría la pretensión procesal. En este sentido, en la causa "Mases de Díaz Colodrero A. c. Provincia de Corrientes", LL. 1998-B-321, la Corte Supre-

ma de Justicia de la Nación enunció: "Que los agravios del apelante justifiquen su examen en la vía intentada, pues si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (...) su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias".

Como sostiene Emilio Ibarlucía: se trata de requisitos y caracteres clásicos de nuestro sistema de control de constitucionalidad,<sup>41</sup> pero aunque la Corte siempre ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad es la "ultima ratio" del orden jurídico, parecería que en el caso de hacerse de oficio, los recaudos deben extremarse. En especial, la inconstitucionalidad debe ser manifiesta e indubitable y no debe quedar margen para resolver el caso que recurrir a esa declaración.

## **XII. El sistema de Control de Constitucionalidad vigente en la República Argentina**

En cuanto a las vías idóneas procesales para el control de la constitucionalidad, es relevante señalar la evolución jurisprudencial de la Corte toda vez que partiendo de la primitiva vía incidental, indirecta o de excepción,

---

<sup>41</sup> IBARLUCÍA, Emilio "Control de oficio de constitucionalidad. algunas precisiones sobre su procedencia", ED. 9/5/02.

en relación con el objeto principal del juicio, admite en el Art. 322 del Código Procesal, dos tipos diferentes de acciones declarativas: a) *la acción de clarativa de certeza*, dentro de la cual puede ejercerse control constitucional y b) *la acción declarativa de inconstitucionalidad*, siempre que se trate de un caso judicial, para precaver las consecuencias de un acto en ciernes y siempre que el actor tenga legitimación procesal<sup>42</sup>.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos - Art., 75 inciso 22 de la CN-, hizo que éstos pasen a integrar el bloque de constitucionalidad, entendido como conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución documental<sup>43</sup>. La citada norma al establecer que los tratados son superiores a las leyes, no hizo más que recoger lo ya establecido por la Corte en los autos "Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo" del 7-7-92. Cabe agregar que en lo referente a la operatividad de los Tratados, a raíz de la

mención de que éstos adquieren rango constitucional " en los términos de su vigencia" en el aludido artículo 75 inc. 22, ello debe interpretarse que se refiere a su vigencia internacional y no a otra ( conf. CSJN. autos "Giroldi", 1995;<sup>44</sup>.

Cabe mencionar, además, que la jurisprudencia de la Corte, que también integra el bloque de constitucionalidad, es de aplicación obligatoria, en la medida en que constituya una interpretación de las normas constitucionales.

Según Alberto B. Bianchi,<sup>45</sup> quien propone para el análisis, la insubsistencia de la división entre el "common law" y el "civil law" para luego aplicar el "stare decisis"- otorgar fuerza obligatoria a las decisiones de la Corte-, limita ésta a: los casos que son de *competencia específica de la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución*, esto es dentro de la competencia que le asigna el Art., 14 de la ley 48 y las materias comprendidas dentro del derecho federal<sup>46</sup>.

a) *Control de constitucionalidad difuso:*

<sup>42</sup> BIANCHI, A. B. "De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad", ED. 22/2/01; CSJN " Gomer S.A. c. Pcia. de Córdoba" Fallos 310-142. año 1987; "Estado Nacional c. Santiago del Estero" Fallos 310-2812 año 1987; "El Libertador S.A. c. Buenos Aires", Fallos 321-2527/30 año 1994; "Central Neuquen S.A. c. Buenos Aires" Fallos 318-30 año 1995; "Pereyra c. Estado Nacional, Fallos 320-1556 año 1997 entre otros.

<sup>43</sup> BIDART CAMPOS, " El derecho de la Constitución...", Ediar, pág. 264.

<sup>44</sup> RAMAYO, R. A. " Los tratados internacionales y la certidumbre de su vigencia", ED. 5/8/99

<sup>45</sup> BIANCHI Alberto B "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema" Bs. As ED 26/7/2000.

<sup>46</sup> BIANCHI, S. A. " De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema ", ED. 26/7/2000.

En nuestro país, desde que la Corte oficialmente hizo suyos los principios establecidos en “Marbury v. Madison” y decidió asumir el ejercicio del control de constitucionalidad, aún cuando la Constitución no le adjudica esta tarea específicamente, ni hay ley alguna que lo regule, así lo hizo en el caso “Eduardo Sojo”<sup>47</sup>, a partir del cual rige el sistema de control de constitucionalidad difuso. Esta función compete a cualquier juez de cualquier fuero o instancia, tiene lugar en principio a petición de parte, respecto de un caso concreto y para producir efectos “interpartes”; en oposición con el sistema concentrado de los países europeos y de algunos sistemas latinoamericanos que como sé puntualizó, el

control de constitucionalidad funciona en abstracto, con efecto “erga omnes” y derogatorio de la norma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reiterado que el control de la constitucionalidad es función suprema y fundamental del Poder Judicial. Ello, por cuanto los jueces, en los casos que se llevan a su conocimiento deben constatar si las leyes -o actos administrativos-, guardan o no conformidad, con los preceptos constitucionales y abstenerse de aplicarlos en su caso, es una manera de garantizar la supremacía del derecho de la Constitución, ante posibles abusos de los demás poderes del Estado<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Fallos, 32-120, 1887.

<sup>48</sup> La limitación fijada por los decretos 1570/2001 y 1606/2001 y las sucesivas normas ya aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio. Es claro que el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo, en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna (Fallos: 305:945, considerando 8°, último párrafo). En el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1° a 4°), circunstancias que **exceden en mucho** las que se presentaron por cierto en la causa “Peralta” que se registra en Fallos: 313:1513. Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aún en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preterir ////

*b) Control de Constitucionalidad de oficio:*

No obstante, la Corte, hasta el caso "Mill de Pereyra, Rita A y otro c/ Provincia de Corrientes" del 27/9/01, ha venido manteniendo su reticencia tradicional en lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, circunscribiendo esta posibilidad para el supuesto en que la ley habilite al juez al efecto. Los fundamentos esgrimidos por aquella al adoptar esa posición se centran en que actuar de oficio vulneraría 1) la presunción de legitimidad de las leyes, 2) la división de los poderes y 3) la defensa en juicio<sup>49</sup>.

El Dr. Bidart Campos y el Dr. Sagües han dicho en tal sentido, que el magistrado no puede cerrar los ojos y aplicar la norma infraconstitucional violatoria de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos de igual rango, cuando las partes no han hecho el planteo en el proceso. Ello equivale a admitir que la fuerza normativa de la Constitución debería ceder ante la inacción de los litigantes, cuando incumbe al juez resguardar la supremacía de la Constitución, conf. Art., 31

de la CN. y que tratándose de una cuestión de derecho, corresponde por aplicación del principio "iura novit curia" declarar la inconstitucionalidad de oficio<sup>50</sup>. CSJN. autos "Ricci c/ Autolatina" voto en disidencia de los Dres., Boggiano y Fayt.

Es significativo destacar que con la reforma constitucional de 1994, el Art., 43 de la CN., se habilita a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de oficio en los amparos- cuyo ámbito de acción ha sido substancialmente ampliado - al igual que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Art., 14 y que algunas constituciones provinciales - La Rioja, Río Negro entre otras- lo imponen como deber. De allí que esta cuestión es actual y se encuentra abierta a la discusión, ya que como lo señala Néstor Pedro Sagües es un tema donde no hay una sola solución normativa<sup>51</sup>.

La doctrina derivada del citado fallo de la Corte Suprema en autos "Mill de Pereyra" publicado en la revista *El Derecho* del 28/12/01, cabe destacar que si bien no implica la habilitación a los jueces de declarar de oficio la in-

---

///su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. CSJN, febrero 01-2002.- "BANCO DE GALICIA Y BS AS S/ SOLICITA INTERVENCIÓN EN AUTOS "SMITH, CARLOS A. C/ P.E.N. S/ SUMARISIMO".

<sup>49</sup> CSJN. fallos, 310, 1090, 311, 2088.

<sup>50</sup> BIDART CAMPOS, G. " *El derecho de la Constitución y su fuerza Normativa*", Ed. Ediar, pág. 423/7.

<sup>51</sup> SAGUES, Néstor Pedro " *El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina. Prohibición, facultad o deber*", ED. 18/3/99.

constitucionalidad de una ley en cualquier supuesto, si se los autoriza en situaciones muy precisas<sup>52</sup>.

### XIII. Conclusiones

1) Si bien es un avance la interpretación de la Corte, caso mencionados "Mill de Pereyra", no implica evitar la crisis institucional, necesitamos avanzar más para lograr un Estado Constitucional democrático, logrando el discurso o dialogo de las instituciones: legislativas, comunidad y tribunal constitucional. Pero es para ello indispensable un Tribunal Constitucional, que no integre el Poder Judicial, con lo cual se lograría el debido proceso, porque las garantías constitucionales no serían una carta de intención.

2) El debido proceso es un derecho inherente a la persona, y como tal no nace de los preceptos constitucionales ni de las reglas, ni de los principios, por consiguiente conforma los derechos humanos.

3) El debido proceso, como derecho

humano deberá positivizarse, limitando los variados criterios de la Corte, y permitiendo que determinados funcionarios accedan al tribunal Constitucional ante un decreto violatorio de las garantías Constitucionales, obteniendo una prevención de los daños, para evitar o al menos reducir el quebrantamiento del colapsado Poder Judicial.

4) El debido proceso institucionalizado, tendría una efectiva tutela, conforme a las garantías de legalidad y razonabilidad, brindando las expectativas de los ciudadanos en cuanto a la seguridad jurídica.

Sólo de este modo se logra un Estado Constitucional democrático.

Por las conclusiones arribadas se propone:

1) Proclamar "el debido proceso", como derecho humano fundamental.

2) Instar a las instituciones políticas y asociaciones jurídicas, al logro de la creación de un Tribunal Constitucional

---

52 a) cuando la violación de la Constitución sea de tal entidad que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica, ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad;

b) cuando la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, ya que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad;

c) cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa;

d) cuando su ejercicio no suponga en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, lo que determina el carácter incidental de este tipo de declaraciones de inconstitucionalidad o sea, que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la CN.;

e) cuando la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso;

f) cuando la declaración de inconstitucionalidad no tenga efecto derogatorio genérico.

que no integre el Poder Judicial, destacando la posición que ocupa en el Derecho, la Constitución como Ley Suprema y que ella es un pacto, donde confluye lo político y lo jurídico. Con el fin de lograr el Estado de Derecho, porque significa la primacía de la Constitución. Logrando un sistema integral de control de constitucionalidad. El concentrado en el tribunal Constitucional y el difuso por la acción popular.

3) Afianzar la prevención en un estado constitucional democrático, para lo cual se requiere un diálogo político y sociológico que avalarían la instauración de este sistema en nuestro país. El tribunal Constitucional, tiene también la función de un control preventivo de

la constitucionalidad, respecto de las leyes cuya promulgación haya sido vetada por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad y de los decretos de necesidad y urgencia.

Quiero finalizar, haciendo más las palabras del Dr. Bidart Campos, *si la Constitución no obtiene efectividad a través de conductas espontáneas de los agentes gubernamentales y de los particulares, su propia fuerza normativa tiene que conducir a movilizar un aparato instrumental garantista para instar a su defensa, a su acatamiento, a su efectividad, o en último caso a la sanción o reparación de su trasgre-* sión.