

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión 3: Derecho Procesal Constitucional

Tema: Crisis del control de constitucionalidad

Apellido y nombre: Hael Juana Inés

Dirección postal: Congreso N° 730. 4000 San Miguel de Tucumán, Tucumán

Teléfono: 0381-4242429. **Celular:** 3816786149

Dirección de correo electrónico: ineshael@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: El control de constitucionalidad es potestad y deber constitucional del Poder Judicial y así debe ser reconocido por los otros poderes y por la ciudadanía. La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por el Poder Judicial tiene trascendencia y proyección en las condiciones actuales del sistema de control de constitucionalidad y de control de convencionalidad, sin que sea necesario reforma legislativa para su pleno ejercicio.

Sumario: 1. Introducción. 2. Propuesta de re pensar y sustituir el concepto de *crisis* por el concepto de *fortalecimiento*. 3. Nuestra proposición. a) El caso CSJN “Rizzo”. b) El caso CSJN “Colegio de Abogados de Tucumán”. c) El caso CSJT, “Colegio de Abogados de Tucumán”. 4. Conclusión.

Crisis del control de constitucionalidad¹

¹La guía temática proporcionada en la página Web del Congreso respecto del tema elegido sostiene: “La Argentina, en el plano federal, es tributaria de un sistema de control difuso y concreto. Sin embargo, al ser un país de tradición civilista o continental, ha tomado a medias el modelo creado en los Estados Unidos. Esto supone la existencia de ciertas falencias al no estar complementado el control ejercido -especialmente por los tribunales superiores- con el sistema de los precedentes, mentado el control ejercido - especialmente por los tribunales superiores - con el sistema de los precedentes, lo que arroja numerosas aristas por develar. Por ejemplo, ¿cuáles son los efectos de las decisiones invalidatorias? , ¿éstas podrían proyectarse más allá de los sujetos que actuaron como parte?; ¿cómo se concilia la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso “Rizo” con el esquema clásico de control de constitucionalidad, en el que los efectos de la decisión no son derogatorios de la norma impugnada?. Si se propugnara que, en ciertos supuestos, puede darse un control de constitucionalidad que redunde en una suerte de derogación de la norma impugnada, ¿cuáles serían los sujetos legitimados para participar en ese proceso?, ¿ la cosa juzgada sería material? La Corte Suprema de la Nación ha efectuado numerosas declaraciones de inconstitucionalidad que parecen proyectar sus efectos más allá del caso que decide, lo que impone investigar si se mantiene el sistema tradicional, cuál es el rumbo adoptado y cuáles las reformas procesales que deberían acompañar al nuevo paradigma que parece asomarse”.

1. Introducción

En el Estado Constitucional de Derecho es fundamental que se asegure a sus habitantes el respeto de la Constitución, que sólo se logra con la existencia de un verdadero sistema de control. En la República Argentina ese control está a cargo de los jueces².

La supremacía de la Constitución exige para su eficacia la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la Constitución y al control amplio de constitucionalidad, cuyo principal objetivo es obtener un grado efectivo de respeto y cumplimiento de la norma fundamental³.

Tradicionalmente, el control de constitucionalidad es un tema que fue abordado por la doctrina constitucional y desde esa óptica los estudios observaron la teoría de la supremacía de la constitución, la teoría del poder constituyente y la de la fuerza normativa de la constitución. Con base en esos tres elementos fundamentales se construyó la doctrina del control de constitucionalidad. La doctrina procesal aportó, el estudio de las garantías procesales de la Constitución y de los procesos y procedimientos a través de los cuales se practica el control de constitucionalidad, y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

La CSJN ha establecido que el control de constitucionalidad es la primera y principal misión que corresponde ejercer al Tribunal, uno de los

² El control de constitucionalidad es la actividad que desempeña el órgano atribuido de esa función respecto de la validez de la norma inferior (leyes, decretos, resoluciones, actos de autoridad) con relación a la norma superior (Constitución). En cualquier caso, lo que realmente importa es la existencia de un órgano independiente de los poderes políticos propiamente dichos. Si no existe ese órgano, no puede haber control de constitucionalidad

³ Dicho control se ejerce a través de tres grandes sistemas: por un órgano político o por un órgano jurisdiccional y, dentro de éste, por un tribunal especial o por los jueces. En la República Argentina existió transitoriamente un sistema de control político entre 1853 y 1860, en virtud del cual se atribuía al Congreso de la Nación la revisión de las constituciones provinciales antes de su promulgación y podía reprobárselas si no estaban conformes con los principios y disposiciones de la Constitución Nacional; con la reforma constitucional de 1860 se consagró el modelo de control difuso. El otro, es el sistema jurisdiccional, que se realiza a través de dos modalidades: el llamado control difuso o americano y el concentrado o europeo continental; a partir de ambos diseños jurisdiccionales también se han establecido modelos mixtos. En el modelo de control difuso o desconcentrado, son los jueces (jurisdicción judicial) los encargados de ejercer el control constitucional en un caso o controversia y no existe un tribunal específicamente encargado de realizar esa tarea, sino que la misma está a cargo de todos los jueces, sin perjuicio de su ejercicio final, por parte de la Corte Suprema. Está fundado en un control posterior, caso por caso y, en general, sin efectos derogatorios sobre la norma cuestionada. El modelo europeo continental es de control concentrado, ya sea en un tribunal constitucional creado al efecto, o bien en el superior tribunal del país, de modo que la jurisdicción puede o no ser judicial. Es previo y abstracto y a través de un proceso autónomo de constitucionalidad, con efectos inmediatos y generales sobre las leyes. Los sistemas mixtos pueden combinar el control concentrado con el difuso y, a su vez, con o sin tribunal constitucional (Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, T1, Depalma, Bs. As. 2002, p. 92).

finos supremos y fundamentales del Poder Judicial, y una de las más delicadas de las misiones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, de modo, pues, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, habida cuenta de la presunción de legitimidad de que gozan las leyes, debidamente sancionadas y promulgadas. Se trata en consecuencia, de la última *ratio* del orden jurídico. Por ello sólo cabe formular la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal, cuando un acabado examen del mismo conduce a la conclusión cierta de que su aplicación conculca el derecho o garantía constitucional invocados.

La obligatoriedad del control fue establecida en fallos fundadores y ha sido mantenida como uno de los pilares del sistema.

En el sistema difuso o desconcentrado de control, todos los jueces de la Nación y de las Provincias están atribuidos de esa potestad -jurisdicción y magistratura constitucionales- y se ejerce a través de acciones y recursos establecidos por la Constitución, por las leyes, por vías pretorianas, y también de oficio, pero siempre en un *caso judicial*. Aún más, en el desempeño del Poder Judicial, es actividad permanente de los tribunales de justicia el ejercicio del control de constitucionalidad, cuando en un caso sometido a su decisión se controvierte acerca de la constitucionalidad de los actos emanados de los otros poderes del Estado.

En el diseño del régimen federal establecido en la Constitución Nacional (CN), las provincias, además, han dictado sus propias constituciones, que reconocen la supremacía de aquélla. En ese tejido, el poder judicial de la provincia es guardián de la supremacía de ambas constituciones, en la esfera correspondiente. Y en ese mismo orden local, las leyes dictadas por las legislaturas, componen el Derecho público local que debe estar subordinado a la constitución vernácula.

El delicado problema de llevar a la práctica el contralor de la constitucionalidad de la ley, en su acepción más amplia, incluye a toda regla jurídica general sancionada por la autoridad pública y obligatoria para el pueblo.

Esto no significa dar a los jueces un cheque en blanco, ni mucho menos; ellos deben argumentar acabadamente por qué debe dejarse de lado

lo que decide el Congreso, justificando tanto interna como externamente, el porqué del apartamiento de lo decidido por los órganos políticos⁴.

Desde la opinión de numerosos autores de la doctrina podemos reconocer premisas o enunciados axiomáticos en el ejercicio del control de constitucionalidad, tanto en el modelo de la Nación como, en nuestro caso, de la Provincia de Tucumán, que en síntesis expresamos:

1. La Constitución es la ley fundamental y así debe ser considerada por los poderes del Estado y resguardada por los jueces.

2. La CN configura el fundamento de validez de la totalidad de las normas jurídicas vigentes, con prescindencia de la naturaleza de las relaciones o situaciones jurídicas que regulan, por cuanto los preceptos son válidos en tanto se adecuen, en su contenido y forma de creación, a las normas constitucionales.

3. El juez cuando ejerce el contralor de la Constitución, en un caso concreto, no actúa en un laboratorio normativo esterilizado y ajeno al medio donde vive; dicho ejercicio supera el debate acerca de una cuestión normativa pura e involucra problemas de la realidad social o del ámbito de las conductas.

4. Cuando el control es ejercido por los tribunales superiores -nacional o provinciales- la decisión aprehende cuestiones que involucran problemas axiológicos que generan conflictos de valores jurídico-políticos que el intérprete de la Constitución asume y decide.

5. La declaración de inconstitucionalidad debe ser utilizada por los jueces estatales con la mayor medida, teniendo siempre en cuenta que tal pronunciamiento debe ser considerado como la última *ratio* del orden jurídico.

⁴ Ardoy, Leandro A., V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008, Conclusiones, Panel IV: Procesal Constitucional "Acerca de la legitimidad y los límites del control judicial de constitucionalidad": Los jueces tienen la finalidad, y aún el deber, de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero siempre que sea en aras de tutelar la autonomía del sujeto, de garantizar el normal desenvolvimiento del proceso democrático, de resguardar una práctica constitucional o de proteger derechos fundamentales. Y dando para ello razones y argumentaciones valederas, que excedan largamente el tradicional silogismo (premisa mayor-premisa menor-conclusión), con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que hagan valer sus propias visiones de la vida y del derecho", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año III, Nº 3, junio de 2009, p. 48.

2. Propuesta de re pensar y sustituir el concepto de *crisis* por el concepto de *fortalecimiento*

Se sostiene la necesidad de reformas al sistema de control. Respecto de ello, ya hemos tenido oportunidad de discutir, en otros Congresos Nacionales que precedieron a este⁵, temáticas similares aunque bajo denominaciones diversas y, sin embargo, no tenemos ninguna reforma procesal que haya atendido la sugerencia o propuesta.

Es más, la cuestión se ha agravado en tanto hubo pretensiones de deslegitimar al Poder Judicial en su potestad de declarar la inconstitucionalidad de actos emanados del Poder Legislativo, aduciendo que las decisiones emanadas de dicho poder son las del pueblo en tanto han sido decididas por los representantes de las mayorías legítimas.

Observamos estas realidades con cierto pesimismo ya que no podemos esperar de los poderes políticos alguna reforma procesal que supla las omisiones que señala la guía temática o fortalezca la posibilidad de control. Más bien, creo que debemos fortalecer el sistema que tenemos con el que se puede hacer bastante y sobre todo, porque gobernantes y gobernados están limitados o comprendidos en dos paradigmas: el de los derechos fundamentales y el de la fortaleza que proviene del ejercicio -sea trasnacional o vernáculo- del control de convencionalidad que resguarda esos derechos y que no permite volver atrás, o que se pueda desandar lo andado.

Insistimos, llevamos muchos años con las propuestas de los congresos anteriores y nada se logró en el plano legislativo; por eso sentimos desesperanza; desazón que concretamente vemos cuando

⁵: En el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal -Mar del Plata, 2007- se debatió bajo el título "Efectos erga omnes de la sentencia constitucional" la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en sede jurisdiccional adquiriera el efecto amplio. Las conclusiones a las que se arribó fueron las siguientes: a) Tesis mayoritaria. Delimitando el tema en estudio a la sentencia de control difuso de constitucionalidad, sostiene que la eficacia erga omnes no afecta al principio republicano de gobierno ni a la división de poderes. b) Tesis minoritaria. Sostiene que no existen efectos erga omnes, sino proyecciones expansivas de los límites subjetivos por el tipo de *res iudicata*, y efectos de hecho asimilables a efectos generales.

Sobre el mismo aspecto, y con relación a las sentencias de la CSJN, se concluyó: a) Incipientemente se comienza a utilizar en nuestro ámbito el término precedente, con menor fuerza que en otros órdenes jurídicos del derecho comparado. b) Se distinguen los términos precedentes de efectos *erga omnes*, advirtiéndose la incorporación al lenguaje jurídico argentino del primero. c) En nuestro sistema se utiliza también el concepto de autoridad institucional del precedente, más que el de proyección de efectos generales de la sentencia.

observamos ejemplos cabales (en el proyecto originario de unificación del código civil y comercial se había propuesto como fuente jurídica a *la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*, cuya expresión significa que si bien, a la jurisprudencia como fuente jurídica no se le había otorgado un rango pleno dentro del elenco de fuentes, cuanto menos se reconocía su desbordante relevancia práctica, además de la importancia teórica⁶, y, sin embargo en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994; promulgación decreto 1795/2014) fue excluida⁷.

3. Nuestra proposición

El sistema de control de constitucionalidad argentino se apoya inicialmente en la estructura federal de gobierno de modo que tenemos sistema de control en el orden nacional y federal y otro, en cada provincia.

Al sistema tradicional de la Constitución de 1853 que no atribuye la función de control de constitucionalidad en poder alguno, y que recae en el Poder Judicial a partir de la ley 48, se suma el diseñado por la CN de 1994 y que la CSJN define claramente en “Rizzo”.

En tal sentido, nos parece que no favorece al sistema hablar de *crisis del control de constitucionalidad*, sino que hay que re pensar en fortalecer el propio sistema argentino y para lograrlo, primero debemos reconocer tal cual es, y en ese orden sugerimos que ya no hablemos de mixtura entre americano y continental⁸, como fue en sus orígenes, sino que, registrando que provino de ambas fuentes, se consolidó tal cual es hoy y así a partir de ahora, nos refiramos concretamente al *sistema argentino*.

⁶ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, en Rivera – Medina (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, La Ley, 2014, p. 58.

⁷ CCyC, Art.1°. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

⁸ En el sistema nacional y en el de la provincia de Tucumán, el control de constitucionalidad es una atribución, facultad, potestad y deber en que se hallan los tribunales de justicia -inherente a su poder de interpretación y de juzgamiento- de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión. Se trata pues, de un control judicial y difuso, en el cual cualquier magistrado puede ocuparse del tema constitucional referido al caso concreto. Ideológicamente se ha seguido en esto a la doctrina de MARSHALL y HAMILTON, en el sentido de que cualquier judicante, en su función de juzgar, está obligado -dentro del campo interpretativo- a desaplicar el dispositivo legal que no encaja en los andariveles de la Carta Magna.

Para ello, lo primero que hay que hacer es, justamente, reconocer en su integridad el sistema constitucional de creación y funcionamiento del Poder Judicial.

Los integrantes del Poder Judicial de la Nación son designados por los mecanismos previstos en el art. 99 inc. 4, CN, de modo que desconocer esa manda constitucional, que a su vez es atribución del Poder Ejecutivo, imputando al Poder Judicial el manto de no democrático en razón de que la designación de sus miembros no surge de elección popular, como el Poder Ejecutivo o los integrantes del Congreso, es desconocer las bases mínimas de la Constitución Nacional, respecto de ese poder, contenidas en su parte orgánica.

Ahora bien, la circunstancia de que los otros dos poderes son elegidos por la mayoría del voto del pueblo, no significa que estos estén legitimados y aquel no, al extremo de pretender que se ponga en tela de juicio su vinculación con la estructura democrática de la República Argentina, y ello es así debido a una respuesta muy simple: porque así lo dispone la CN y, además, por el mandato constitucional de ejercer su potestad de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros dos poderes.

Entonces y dentro del marco de discusión de esa idea, de querer retacear o desconocer la atribución de control de constitucionalidad que ejerce el poder judicial, con el argumento de que no es un poder democrático, debemos rebatirla afirmando que las mayorías eleccionarias que legitiman el desempeño de los otros poderes no han perdido su voz ni su poder, sino que son las que inicialmente controlan a “los elegidos” y ante el desvío o equívoco gubernamental o legislativo, reclaman. Entonces las mayorías de electores que junto con las minorías componen la *sociedad civil*, cuando no están de acuerdo con las actuaciones o decisiones de sus representantes, reclaman o reprochan, no a través de la violencia generalizada sino, acudiendo al Poder Judicial a través de los mecanismos que confiere la CN y las leyes que reglamentan ese ejercicio⁹.

⁹ El Presidente de la CSJN, Dr. Ricardo Lorenzetti, en una conferencia brindada en el marco de “Las ideas de Carlos S. Nino en la Argentina del Siglo XXI”, en la Universidad de Palermo, Bs. As., 2014, aludía a estos conceptos a lo que sumó ciertas reflexiones acerca de la idea del pensador homenajeado sobre la democracia deliberativa formulando una idea

De ello, el fortalecimiento del sistema argentino se funda, en primer lugar, en reconocerlo y, tal cual es; a partir de ahí, en advertir que no existe voluntad legislativa de proponer o proporcionar otros mecanismos que impliquen robustecimiento del poder que ejerce el control.

Luego, en proponer qué puede hacer la CSJN y los superiores Tribunales o Cortes de Provincia.

Creemos que lo que puede hacer la CSJN está dicho en “Rizzo” y lo que se limita a no hacer en resguardo del régimen federal de gobierno, lo ha dicho en “Colegio de Abogados de Tucumán”. En ambos asuntos discrepamos con la posición de la Ponencia General del tema elegido. Asimismo, reflexionamos sobre lo que pueden hacer las Cortes Provinciales, a partir del fallo “Colegio de Abogados de Tucumán”, emanado del superior tribunal de la causa (Corte Suprema de Justicia de Tucumán).

a) El caso CSJN, “Rizzo”

CSJN, 18-6-2013. “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo”, en el Considerando 8), Por una mayoría de 6 a 1, la Corte ha declarado inconstitucionales los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la Ley 26.855 que introdujo dos reformas en el Consejo de la Magistratura, muy ligadas entre sí, En este caso la CSJN, se pronunció expresamente sobre su potestad de control, en los siguientes términos:

“08) Que sobre esas bases, y con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido "...que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta

atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (Fallos: 33: 162)” .

En un comentario formulado por Bianchi¹⁰, respecto de este fallo y que compartimos, el autor dice:

“La Corte se dirige en línea recta hacia las cuestiones de fondo. Antes de ello se toma el tiempo para recordar su enclave institucional ante los otros poderes, las limitaciones de éstos y la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Un comienzo que, en otra ocasión, podría haber sido innecesario, pues son conceptos muy arraigados y conocidos en nuestro sistema constitucional. Sin embargo, su repetición era oportuna en este caso. No olvidemos que el Tribunal estaba a punto de declarar la inconstitucionalidad de una ley impulsada con todo énfasis por Poder Ejecutivo. Así, dejando bien en claro que hablará desde lo alto de su estrado, como custodio final de la Constitución,...”

b) El caso CSJN “Colegio de Abogados de Tucumán” (Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente s/ Inconstitucionalidad. 14-4-2015).

La CSJN examinó la causa, llegada a través de un recurso de queja formulado por la demandada, y desestimó la misma por ausencia de cuestión federal y de arbitrariedad. Destacó que la materia remitía a derecho público provincial. Con ello, resguardó el sistema federal de gobierno. La Ministra Highton de Nolasco, en su voto, destacó los hechos constitutivos ocurridos durante la sustanciación del proceso, que contribuían a desestimar la queja.

c) El caso CSJT “Colegio de Abogados de Tucumán” (Fallo N° 888/2008)

El superior tribunal de la causa confirmó la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, en una acción declarativa de

¹⁰ Bianchi, Alberto B. “Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta”, LL, Diario del 26/06/2013, 4.

inconstitucionalidad regulada en el Código Procesal Constitucional (art. 89 y 90), en razón de que el Poder Constituyente local (Honorable Convención Constituyente de Tucumán, la demandada original) se había extralimitado en las potestades acordadas por la ley provincial que declaró la necesidad de la reforma. A su turno, el recurso extraordinario federal articulado por la demandada fue declarado inadmisibile por la Corte local (CSJT, fallo N° 1313/2008). El recurrente dedujo la queja en sede de la CSJN.

En todos ellos se ejerció el control de constitucionalidad, a través de un acto trascendental de ejercicio de control estatal, a cargo del natural poder investido de esa potestad, que resulta un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional.

4. Conclusión

El sistema de control de constitucionalidad debe ser resguardado en sus condiciones vigentes, a través del reconocimiento del sistema ya que, tal como es en la actualidad, se pueden alcanzar las metas de efectivo control, aún sin reformas legislativas.

Simplemente debemos reconocerlo y advertir la fortaleza que le confieren los mandatos que provienen del control de convencionalidad trasnacional e interno.

Para ello, se necesita el respeto institucional hacia la Corte de parte de los restantes poderes y el reconocimiento de la sociedad civil respecto de su legitimación como poder del Estado Constitucional de Derecho, de la autoridad moral y jurídica de sus fallos y de la importancia de su fuerza vinculante con relación al nuevo caso judicial en el que pueda aplicarse, tanto en su imposición vertical como horizontal, ante la sola circunstancia de su existencia.