

El control de constitucionalidad de oficio

“La Legitimidad y sus problemáticas de aplicación ”

Autores

**Pescio, Guido Nicolás
Delgado, Fabricio Alejandro
Pastuszuk, Christian Omar**

Estudiantes UBA

Introducción.

El control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas. Este sistema, contemplado en el ámbito federal, por la Constitución Nacional y la ley 48, posee diversos sistemas de aplicación en el derecho comparado. Por un lado encontramos el control "político", en donde la tarea de controlar la realiza directa o indirectamente el Poder Legislativo y/o el Poder Ejecutivo, por ejemplo el Consejo Constitucional de Francia, establecido en 1958. Por el otro, encontramos el control "judicial", en el que la atribución descansa en los miembros del Poder Judicial y dentro de éste sistema hallamos el "control judicial específico o concentrado", donde el control es ejercido por un órgano especializado en temas constitucionales o el "control judicial difuso", en el cual esta es una atribución de la magistratura en general, independientemente de su fuero o jurisdicción.

Esta distinción de sistemas es importante para entender la atribución indelegable que poseen los magistrados.

Desarrollo.

Los modelos de control constitucional

El proceso de consolidación del Estado Constitucional necesitaba de un último eslabón para hacerse el efectivo. El primer paso fue establecer la Constitución como instrumento ordenador del Estado, consagrando derechos fundamentales y poderes limitados y dando racionalidad a la vida política; el siguiente esfuerzo fue la democratización del sistema a través del voto universal y de los derechos sociales, realizado por el Estado. Pero estos objetivos carecían de algún mecanismo que corrigiera las situaciones de incumplimiento o de inobservancia de la Constitución. Entonces nos preguntamos: **¿Qué hacer cuando el poder desprecia lo establecido en la Constitución, y cómo hacer para que una norma dictada en contraposición a lo establecido en ella sea invalidada y expulsada del sistema jurídico?**

A estas preguntas va a responder el control de constitucionalidad, que se convirtió en un tema de importancia fundamental para el sistema constitucional. La cuestión de hacer efectiva una Constitución en la realidad política y social de una comunidad constituye el desafío central de la problemática constitucional. Se trata, nada más y nada menos, que de afirmarla como norma jurídica vinculante.

Si bien este enunciado parece sencillo, a la luz de la experiencia histórica universal y argentina, el propósito de que la Constitución sea un instrumento eficaz de ordenación política comenzó a concretarse de manera lenta y progresiva en términos históricos, en tiempos muy recientes. En Europa, tras la Segunda Guerra Mundial; en Latinoamérica, después de los procesos democratizadores iniciados a mediados de la década del 80.

Si bien en el período de entreguerra en Europa hubo medulosos debates (simbolizados por el épico duelo teórico protagonizado entre Kelsen y Schmitt sobre el “defensor de la Constitución”), todo sucumbió con las hordas nazis. Igualmente, en Latinoamérica (Argentina incluida) la Constitución, y todo lo que ella significa, habían perecido por los sucesivos golpes militares, y la situación no pudo ser restañada en los breves mandatos de gobiernos elegidos por el voto.

Iniciado el período de reconstrucción de los Estados Constitucionales de Derecho, luego de la Segunda Guerra, se hizo patente el firme propósito de que la Constitución se convierta en realidad vinculante. Para ello se puso énfasis en establecer los mecanismos que garanticen su observancia, de modo que cuenten con potestad suficiente para sancionar su incumplimiento y corregir la desviación.

Orígenes de los modelos constitucionales. El modelo americano y el modelo kelseniano.

Entonces, el mundo sólo conocía dos modelos de control de constitucionalidad. El norteamericano (judicial review), a cargo de los jueces del Poder Judicial; y el kelseniano de la jurisdicción constitucional especial

(Verfassungsgerichtsbarkeit) a cargo de un Tribunal Constitucional (ensayado por la Constitución de Austria de 1920 e imitado sin éxito por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República española del 31).

Pero la desconfianza política respecto de los jueces del Poder Judicial (producto de la expansión del antijudicialismo francés por el continente europeo y del excesivo protagonismo dado al juez por la Escuela Libre de Derecho) llevó a Europa a preferir el modelo kelseniano de una jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal ad hoc (un órgano especial al que se le encarga, con carácter exclusivo, que intervenga en las cuestiones de inconstitucionalidad). Este cuerpo reviste la función de legislador negativo, en tanto puede derogar una ley o una norma con fuerza de ley con alcance general, es decir, erga omnes. En consecuencia, al juez ordinario no se le reconoce capacidad para declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero esa tarea es atribuida con carácter monopólico al solo y único Tribunal Constitucional, integrado por 9, 12 o 17 miembros.

La expansión de este modelo de control de constitucionalidad de las normas se dio en Europa en tres etapas. Primero, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, en aquellos Estados que dictaron sus nuevas Constituciones (Italia, Alemania, Austria). Estos fueron imitados por los Estados del sur de Europa que en la década del 70 salieron del régimen autoritario (Portugal, España, Grecia). Finalmente, tras la caída del muro de Berlín, los países del Este europeo siguieron el mismo modelo (Polonia, República Checa, República Eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria, Rusia).

En Latinoamérica, la preocupación por establecer un sistema de control de constitucionalidad empezó a manifestarse a partir del proceso de democratización de la década del 80, iniciado por Guatemala (1985) y finalizado por Bolivia (1995). El panorama continental incorporó elementos del modelo kelseniano. En efecto, si bien en sus comienzos había seguido el sistema norteamericano del control de constitucionalidad por los jueces en el caso concreto, no había resultado eficaz por las sucesivas interrupciones de la continuidad constitucional. Este hecho llevó a los tribunales judiciales (muchas veces integrados por jueces designados por el régimen militar, tras destituir a los jueces de la Constitución) a perder fuerza de convicción en la defensa del orden constitucional.

En definitiva, la problemática manifestada por los tribunales en buena parte de América Latina para cumplir el rol asignado por la Constitución llevó a buscar otras fórmulas más eficaces cuando llegó la hora de diseñar los mecanismos de control constitucional en los nuevos textos constitucionales.

La problemática del Control de Constitucionalidad. El control preventivo de Constitucionalidad.

La problemática del Control de Constitucionalidad se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad), y a la vez consistente. Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel práctico de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de

ser puestas en consonancia con las restricciones impuestas por la necesidad fáctica de regulación. Esta posición está avalada por tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar normas esta determinada por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida.

Analizando hasta aquí el control de constitucionalidad, vale distinguir y comparar entre control previo o a priori y control sucesivo o a posteriori. En este sentido indicamos que el control previo, es decir, realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, no es un control jurídico sino político, por lo que sería un control más de tipo consultivo.

La idea reseñada en el párrafo anterior proviene de que este control se ejerce inmediatamente después de la aprobación de la ley y, por ende, cuando la polémica aún está instalada en la sociedad.

Continuando con el análisis del control preventivo de constitucionalidad, podemos distinguir tres modelos, a saber:

a) **MODELO DE CONTROL PREVIO ÚNICO:** El control a priori como único sistema de control de constitucionalidad que existe, es decir, que el control previo es único. En este caso el sistema ha sido creado, fundamentalmente, para controlar al Parlamento antes que para proteger la constitución, o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es el sistema que prevé la Constitución Francesa.

b) **MODELO MIXTO:** El control a priori se acumula a los recursos a posteriori, es decir, aceptan al control previo al lado del control sucesivo y difuso. Ejemplo de ello tenemos en Portugal, Birmania, Hungría, Bulgaria, el Art. 82 de la Constitución de Chile cuando establece que "...son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución; 2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...", los arts. 266, 267 y 272 de la Constitución de Guatemala, etc.

c) **MODELO RESIDUAL:** El control previo existe de manera muy excepcional, como en el caso el art. 161 inciso 2º de la Constitución española o Italia en los arts. 134 ("El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...), 138 y siguientes de la Constitución.

La aplicación del Control en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé un doble sistema de "control de constitucionalidad". Por un lado, el previsto por el art. 14 de la Carta magna local que establece un control judicial difuso donde se exige la existencia de una controversia previa para expedirse y cuya declaración de inconstitucionalidad produce efectos "inter partes". Por el otro, el previsto por el inciso 2º del art. 113 de la Ley Fundamental de la Ciudad que establece un control judicial concentrado que en forma preventiva, abstracta, faculta al

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos "erga omnes".

Este último sistema es el que podría generar mayores controversias doctrinarias, fundamentalmente, al facultar a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la posibilidad de reexaminar la norma declarada inconstitucional.

No es casual, puesto que el status jurídico de la Ciudad, otorgado por la Constitución Nacional en la reforma de 1994, implica un sistema novedoso en nuestra realidad jurídica, política e histórica. Esta novedad implica la construcción de instituciones novedosas, sin apartarse de las previsiones constitucionales.

Aquella posibilidad de reexaminar implica el reconocimiento del carácter político de la Legislatura, lo cual constituye un aspecto indiscutible así como definitorio de su rol institucional, aunque es necesario, debe conformar todo su accionar a las normas de la CCABA, incluyendo las normas de procedimiento, tal la que resulta objeto de análisis. En esta inteligencia es que el art. 113, inciso 2º, establece, de manera indirecta, una doble competencia del Tribunal Superior de Justicia, contenciosa por un lado y consultiva por el otro, y es en esta última que debe interpretarse el análisis del control concentrado que analizaremos. Y es en reconocimiento de esta capacidad que citaremos el voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor en autos "Mill de Pereyra" de fecha 27 de septiembre de 2001.

El análisis realizado hasta ahora resultaría incompleto si no citamos las previsiones del inciso 2º del art. 113, porque luego de fijar la posibilidad del reexamen, indica que se requiere una mayoría especial para insistir con una Ley declarada inconstitucional, vale aclarar que este mecanismo esta contemplado sólo para las leyes dictadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, y, fundamentalmente, en el hecho de que esta ratificación no inhibe de continuar ejerciendo, al PJ, el control difuso.

Cabe entonces realizar un triple análisis de las particularidades que goza este sistema de reexamen.

En primer lugar, el texto constitucional es claro cuando indica que el sistema concentrado es aplicable contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique. Es decir que el constituyente limitó esta posibilidad a la ley en sentido formal, no a la ley en sentido material.

Debemos destacar que el Poder Estatal es un sólo dividido en tres órganos y cada uno de los cuales goza de atribuciones exclusivas y otras compartidas. En ese entendimiento no se puede desconocer que la competencia legislativa reside primariamente en el Poder Legislativo. Así no podría nunca ser, el máximo Tribunal, quien fije la política legislativa del Estado, salvo la posibilidad de que el Poder Legislativo consienta tácita o expresamente la declaración de inconstitucionalidad, más allá de poder realizar "a posteriori" un análisis crítico de la norma de acuerdo al caso concreto que arribe a su estudio. En concordancia con este criterio de que es el Poder Legislativo de la Ciudad el único con capacidad de fijar una política legislativa es que el constituyente le

fijó un plazo razonable de tres meses para que ratifique o rectifique si la norma declarada es inconstitucional o no.

En segundo lugar, el texto exige una mayoría especial de dos tercios de los miembros presentes para ratificar la norma impugnada. Esta previsión, de ninguna manera, puede ignorarse ni reducirse a una formalidad.

Se exige una Mayoría Especial. Es sabido, y así también lo interpretaron los constituyentes nacionales que ciertos temas trascendentes requieren diferentes mayorías legislativas para su tratamiento. Es importante señalar que para ratificar una norma que fuere declarada inconstitucional se exige de un acuerdo de voluntades de varias fuerzas políticas que representan al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, con lo cual, vale reiterar, se refuerza la idea fuerte de que es el Pueblo, y por representación en el Poder Legislativo quien fija las políticas legislativas, las cuales hacen a políticas de Estado y a la facultad del Gobierno de gobernar y administrar la cosa pública. Está claro que lo que se intenta con esto es evitar el gobierno de los jueces.

En tercer lugar, nos dice que la ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

Es innegable que al fijar este criterio la propia Constitución no limita al PJ la posibilidad de analizar acerca de la concordancia de una ley con la Constitución de la Ciudad o con la Constitución Nacional, más bien, el mismo continúa con las mismas atribuciones y prerrogativas conferidas por el art. 14, ser el interprete final de la Constitución; entonces podrá, ante un caso concreto, tal el criterio del Gobierno Federal, expedirse acerca de la vigencia "inter partes" de una norma.

Por otra parte en el artículo 161 inciso 2º de la Constitución Española se prevé un sistema análogo al nuestro cuando establece que "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

El control de constitucionalidad y su legitimidad.

El tema del control judicial de la constitucionalidad de las normas emanadas de los otros poderes es, por cierto, y especialmente en cuanto dicho control es "difuso", un problema que en los Estados Unidos, país en el cual surgió, dio lugar a largas y profundas polémicas, especialmente a mediados del siglo XX. El núcleo central de la discusión estriba en su "legitimidad", lo cual también ha provocado entre nosotros amplias discusiones. Nos parece conveniente efectuar, en los ciento cincuenta años de sancionada nuestra constitución histórica, un importante análisis.

El origen y la formulación de la doctrina del control judicial de constitucionalidad de las leyes proviene del caso "Marbury v. Madison", de 1803.

Se ha promovido cierta problemática acerca del derecho de los

tribunales de justicia de declarar nulos los actos legislativos, cuando se oponen a la Constitución, en el concepto de que tal doctrina implicaría superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Se insiste en que la autoridad que puede declarar nulos los actos de otra, debe ser necesariamente superior a aquella cuyos actos puede anular. Esta teoría se basa en que el de que es nulo todo acto de una autoridad delegada contraria al grado de mandato o encargo bajo el que se ejerce. Ningún acto legislativo, por lo tanto, opuesto a la Constitución puede ser válido. No es de suponerse, por otra parte, que la Constitución se proponga facultar a los representantes del pueblo para cambiar su voluntad a la de sus votantes. Suponemos que los tribunales fueron designados para formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, a efecto entre otras cosas, de mantener a ésta, dentro de los límites señalados a su autoridad. La interpretación de las leyes es competencia privativa y especial de los tribunales. La Constitución es y debe considerarse efectivamente por los jueces como la ley fundamental. Es así que entendemos que el poder del pueblo es superior al de ambos; y que si la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta. Deben ajustarse en sus fallos a la leyes fundamentales antes que a aquellas que no lo sean.

Reconocemos que el contenido y la importancia del caso “Marbury v. Madison” son conocidas, consideramos apropiado transcribir algunos párrafos fundamentales de la sentencia: “La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por “medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como “otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de “la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una “ley; si la segunda parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas “absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es “ilimitable. Los que han elaborado Constituciones escritas las consideraron como la ley fundamental y suprema de la Nación, y en consecuencia como la teoría de cada uno de los gobiernos debe

ser la de que un acto de la legislatura contrario a la Constitución, es inválido.

Así, si una ley está en oposición a la Constitución y la Constitución es superior a todo acto ordinario de la Legislatura, la Constitución y no aquella ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplica.

Es sabido, igualmente, que nuestra Corte Suprema de Justicia recibió y adoptó tales principios del control judicial de constitucionalidad a partir, especialmente, de los conocidos casos “Sojo”., (de 1887); y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” (1888); si bien algunos estudiosos del tema aluden a casos anteriores como “Vicente Casares c/ Sivori y Schiaffino” del año 1872 (Fallos:11:257) o “Avegno c/ Provincia de Buenos Aires” del año 1874.

En 1941, en el caso “Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional”, La Corte, con cita del constitucionalista norteamericano Thomas Cooley adoptó en forma expresa y clara la prohibición del control de constitucionalidad de oficio, no obstante que, en ninguno de sus escritos Cooley pretendía ser tan categórico en este tema como lo es la Corte Suprema Argentina.

Si bien no pretendemos efectuar en este trabajo un análisis profundo y completo del control judicial de constitucionalidad en nuestro país, vamos a destacar los aspectos más relevantes de este control hasta hace pocos años. El ejercicio del control judicial de constitucionalidad corresponde a todos los jueces, pero la Corte Suprema es la intérprete final; se ejerce no sólo respecto de las leyes, sino también frente a los actos de los otros poderes públicos, federales y provinciales como asimismo a los tratados; se promueve a pedido de parte interesada en un juicio concreto por vía de excepción o de recurso, pero se aceptaba la intervención de oficio para proteger su propia jurisdicción y o competencia; se reconoce la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas y por ello declarar su inconstitucionalidad debe ser la alternativa final desde que debe existir una oposición clara con la Constitución, y sus efectos jurídicos se limitan a la causa sentenciada.

La doctrina de la no declaración de inconstitucionalidad de oficio se mantuvo durante sesenta años en la jurisprudencia del Alto Tribunal -si bien, durante ese lapso, los jueces Fayt, Belluscio y Boggiano habían sentado en algunos casos su oposición a ella hasta que el 27 de septiembre de 2001, en autos "Mill de Pereyra, Rita c/Provincia de Corrientes", por la opinión de seis jueces se admitió la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, aun cuando por la opinión de dos jueces (los Dres.López y Bossert) ello dependía de que los litigantes hubieran tenido oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su contestación.

En diversos fallos de la última época, la Corte Suprema llegó a admitir la procedencia en el orden nacional de la acción declarativa de inconstitucionalidad agregando que el marco procesal de dicha acción era el Art. 322¹ del C.P.C., es decir la acción declarativa de certeza.

En el art. 43 de la Constitución Nacional (reformada en 1994): toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio

judicial más idóneo, contra todo acto u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas 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.

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia del control judicial de constitucionalidad es fundamental en el tema que desarrollamos. El Poder Judicial, en tanto está integrado por un reducido número de personas no elegidas directamente por el pueblo y en virtud de una atribución que no resulta expresamente del texto constitucional, se atribuye la facultad de impedir o rechazar la aplicación de

¹ [Acción meramente declarativa].- (Conforme Ley 25.488) 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 pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.-

normas que han sido aprobadas por órganos derivado de la expresa voluntad popular. Es decir, ¿cómo puede ser que el menos democrático y representativo de los Poderes pueda otorgársele la aplicación de normas procedentes de los Poderes democráticamente elegidos?

Esta cuestión, que en los Estados Unidos produjo muchas polémicas, es actual en nuestro país.

En los Estados Unidos la consideración de esta grave cuestión dio lugar a debates entre constitucionalistas, filósofos del derecho y jueces, sostenían algunos que el control judicial cumple una función vital en un gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento público de que el gobierno ha cumplido con las normas de su propia Constitución y por ello la función legitimante de las normas por parte de la Corte Suprema- lo cual implica constatar su constitucionalidad- es de inmensa por no decir vital importancia para el país, agregando que no veía como un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función. Agregaba también que así como un ser humano sano controla sus fuerzas, el control judicial de la constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como forma de restricción aplicando el derecho, sosteniendo que el hecho de tener votos es una excusa insuficiente para violar la Constitución. Otros sostenían que si los jueces están en situación de ejercer ese poder, ello es así porque un Congreso mayoritariamente elegido los colocó en ese cargo. En nuestro país, la cuestión de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad de las normas generó un debate inagotable y extenso al trataremos de sintetizar. Para algunos el principio de protección de los derechos de las minorías, tan importante como el otro para caracterizar las instituciones democráticas, no resulta igualmente valorado por esa concepción. Es de recordar aquí que los redactores del texto constitucional de los Estados Unidos no quisieron colocar un poder ilimitado en las manos de la mayoría, desde que sabían que ello habría de conducir a un gobierno sólo de la mayoría, sino que por el contrario, buscaban el gobierno de la mayoría con el consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera limitado por intereses opuestos.

Sostenían quienes seguían esta postura, que en nuestro país el control judicial de constitucionalidad tiene carácter tradicional, habiendo funcionado durante más de cien años sin problemas ni desbordes, ni temores de vernos sometidos a un gobierno de los jueces; que los jueces tienen la misma información de las cuestiones públicas que cualquier otro ciudadano, para concluir que nuestro sistema es bueno y propone algunas modificaciones relacionadas con la administración de justicia (como ser, que el acuerdo para la designación de jueces sea prestado por ambas Cámaras del Congreso en sesión pública, criticando la votación popular para tales designaciones; y que el nombramiento de los jueces al llegar a los 75 años sea objeto de una revisión).

Otros en cambio sostenían que si el control judicial es antidemocrático, sólo el Congreso

podría tener control sobre sus propios actos, lo cual sería un absurdo, y que si bien ningún sistema es perfecto, reconocen que es de la esencia del Poder Judicial verificar la validez de las normas que habrán de ser aplicadas, desde

que si los jueces sólo tuvieran la tan reducida misión de ser los portavoces del legislador, no harían falta. Serían sustituidos inmediatamente y sin perjuicio alguno, por funcionarios administrativos. Produciéndose una quiebra fatal en el funcionamiento de poderes establecido por nuestra Constitución.

Entre nosotros también se han producido fuertes críticas al control judicial de la constitucionalidad. Cada persona debe ser la última autoridad en cuanto al modelo de vida que prefiere desarrollar, que en materias que trascienden el ámbito de la moral privada, la última decisión tiene que surgir de un adecuado proceso de reflexión colectiva, procurando asegurar la mayor imparcialidad posible, y para ello la discusión pública resulta una herramienta privilegiada, que las decisiones colectivas deben estar sujetas a alguna forma de control, pero no por jueces que tengan la última palabra en todo tipo de cuestiones fundamentales, si bien reconoce que cualquier mecanismo institucional diseñado para el control de las leyes será posible de tener defectos.

El control de las leyes debería estar enfocado a asegurar las condiciones del debate democrático, y el control de constitucionalidad debería orientarse a asegurar una esfera de inviolable autonomía en los individuos.

Quiénes difieran de nuestra modesta opinión deberán darnos razones para otorgar al Poder Judicial la última palabra en materia constitucional cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Quiénes difieran dirán que los jueces nos garantizan la imparcialidad de un modo mas certero que la propia reflexión colectiva.

Pero pensamos que si se acuerda al Congreso una función revisora de las sentencias, se transformarían en una suerte de Corte Suprema fuera del Poder Judicial alterándose el diseño constitucional del Poder Judicial quedando indefinidos sus futuros contornos.

Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que mas fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo, y sostiene un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución.

Conclusión.

Consideramos que al ser la pluralidad política uno de los signos de nuestro tiempo, esta habrá de traducirse en la creciente fragmentación de los órganos del Estado.

Esta conclusión trae consecuencias políticas, jurídicas y sociales que no se pueden desconocer. En primer lugar se actualiza una mayor cantidad de conflictos entre órganos de un mismo orden normativo; segundo, se requieren formas más complejas para entender los potenciales conflictos o acuerdos entre los órganos de un mismo orden jurídico; tercero, se suscitan más conflictos entre diversos órganos jurídicos o entre los órganos de ellos; y cuarto, se requiere de mejores estudios para llegar a la comprensión de los acuerdos necesarios para que diversos órdenes jurídicos puedan arribar a cierto tipo de alianza.

Por ende, ante la realidad política en la que estamos ante gobiernos divididos, es decir con poderes ejecutivos en manos de un partido político y los poderes legislativos, en manos de otros, el orden jurídico se ha vuelto altamente complejo y sofisticado en materia de constitucionalidad, puesto que el pluralismo político permite la actualización de muchos de los mecanismos, lo que motiva que consideremos que estamos en presencia de un modelo de democracia constitucional y no meramente representativa. En conclusión, los arreglos políticos y acuerdos entre los partidos políticos, los legisladores y los miembros del Poder Ejecutivo, deberán ser fundamentales y mantenerse de modo consistente, pues de no ser así existe la posibilidad de que cualquiera pueda realizar un planteo de constitucionalidad de una norma y dejar en manos del Poder Legislativo el arreglo de las diferencias.

Por otra parte y finalizando nuestro trabajo nos interesa destacar que las normas declaradas inconstitucionales tienen su origen en el Poder Legislativo y son producto de una actuación que se presume regular, y constituiría una anomalía que un individuo o un grupo adoptaran decisiones contrarias a los actos del Poder Legislativo que representan la voluntad popular. Los derechos de los habitantes son preexistentes a la Constitución y constituyen una zona de reserva en la cual el individuo decide, inclusive, cuando y cómo los ejerce, reflejándose ello en el sistema de control de constitucionalidad; en esta zona de reserva, así como no pueden ingresar los poderes políticos, tampoco lo puede hacer el Poder Judicial.

Es el Poder Legislativo, en última instancia, quien debe fijar las Políticas de Estado y los Jueces quienes deben proteger y amparar los derechos de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto y nunca a la inversa.

En consecuencia, según nuestra posición precitada, no es correcto invocar el principio *iura novit curia*, pues supone que el magistrado aplica la legislación vigente con prescindencia de su invocación por la parte, mientras que cuando controla la constitucionalidad de carácter "abstracto", abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez.

Es cierto que una cuestión jurídicamente innovadora genera inquietudes, recelos y dudas a una parte de la comunidad, pero no podría nunca olvidarse que es el Poder Legislativo, en última instancia, quien debe fijar las Políticas de Estado y los Jueces quienes deben proteger y amparar los derechos de los ciudadanos y de la sociedad en

su conjunto. Es por ello que proponemos la innovadora aplicación en cuanto hace al ejercicio del control judicial del sistema adoptado en la joven Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Considerando la factibilidad del modelo de control constitucional adoptado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, recomendamos la conveniencia de la implementación de este novedoso sistema en el plano nacional, remplazando al tradicional modelo de control basado en la Corte Suprema de Justicia Nacional. Para ello, somos conscientes cabría una reforma de la Constitución Nacional que permita incorporar al Poder Legislativo en la realización de esta tarea, con la finalidad de fortalecer la legitimidad del mismo y reivindicar la trascendental importancia y el significado que le otorgaron el texto quienes diseñaron nuestra constitución, y que en la práctica ha sido lastimosamente opacada.

En síntesis la Constitución Nacional, según nuestra postura, debería incorporar un doble sistema de "control de constitucionalidad". Por un lado, el previsto por el art. 14 de la Carta magna de la Ciudad de Buenos Aires, que establece un control judicial difuso donde se exige la existencia de una controversia previa para expedirse y cuya declaración de inconstitucionalidad produce efectos "inter partes". Por el otro, el previsto por el inciso 2º del art. 113 de la Ley Fundamental de la Ciudad que establece un control judicial concentrado que en forma preventiva, abstracta, faculta a la Corte Suprema de Justicia Nacional a dictar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos "erga omnes".

Este último sistema es el que podría generar mayores controversias doctrinarias, fundamentalmente, al facultar al Congreso de la Nación de la posibilidad de reexaminar la norma declarada inconstitucional.

Estas modificaciones en cuanto hace al control de constitucionalidad implicarían un sistema novedoso en nuestra realidad jurídica, política e histórica. Esta novedad implica la construcción de instituciones novedosas, sin apartarse de las previsiones constitucionales.

Aquella posibilidad de reexaminar implicaría el reconocimiento del carácter político del Congreso de la Nación, el cual constituye un aspecto indiscutible así como definitorio de su rol institucional. Es así como de manera indirecta, se establecería una doble competencia de la Corte Suprema de Justicia, contenciosa por un lado y consultiva por el otro. El análisis realizado hasta ahora resultaría incompleto si no citamos las previsiones del inciso 2º del art. 113 que prevee la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, porque luego de fijar la posibilidad del reexamen, indicaría que se requiere una mayoría especial para insistir con una Ley declarada inconstitucional, vale aclarar que este mecanismo estaría contemplado sólo para las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, y, fundamentalmente, en el hecho de que esta ratificación no inhibe de continuar ejerciendo, al PJ, el control difuso.

Cabe entonces realizar un triple análisis de las particularidades que goza este sistema de reexamen.

En primer lugar, el texto constitucional debería ser claro cuando indica que el sistema concentrado es aplicable contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades del Poder Ejecutivo de la Nación, contrarias a la Constitución Nacional, salvo que se trate de una ley y el Congreso Nacional la ratifique. Es decir que se vería

limitada esta posibilidad a la ley en sentido formal, no a la ley en sentido material.

Debemos destacar que el Poder Estatal es uno sólo dividido en tres órganos y cada uno de los cuales goza de atribuciones exclusivas y otras compartidas. En ese entendimiento no se puede desconocer que la competencia legislativa reside primariamente en el Poder Legislativo. Así no podría nunca ser, el máximo Tribunal, ser quien fije la política legislativa del Estado, salvo la posibilidad de que el Poder Legislativo consienta tácita o expresamente la declaración de inconstitucionalidad, más allá de poder realizar "a posteriori" un análisis crítico de la norma de acuerdo al caso concreto que arribe a su estudio. En concordancia con este criterio de que es el Poder Legislativo de la Nación el único con capacidad de fijar una política legislativa es que el constituyente le fijaría un plazo razonable de seis meses para que ratifique o rectifique si la norma declarada es inconstitucional o no.

En segundo lugar, el texto debería exigir una mayoría especial de dos tercios de los miembros presentes para ratificar la norma impugnada. Esta previsión, de ninguna manera, puede ignorarse ni reducirse a una formalidad.

Se exige una Mayoría Especial. Es sabido, y así también lo interpretaron los constituyentes nacionales que ciertos temas trascendentes requieren diferentes mayorías legislativas para su tratamiento. Es importante señalar que para ratificar una norma que fuere declarada inconstitucional se exige de un acuerdo de voluntades de varias fuerzas políticas que representan al pueblo de la Nación, con lo cual, vale reiterar, se refuerza la idea fuerte de que es el Pueblo, y por representación en el Congreso de la Nación quien fija las políticas legislativas, las cuales hacen a políticas de Estado y a la facultad del Gobierno de gobernar y administrar la cosa pública. Está claro que lo que se intenta con esto es evitar el gobierno de los jueces.

En tercer lugar, debemos aclarar que la ratificación del Congreso de la Nación no alteraría sus efectos en el caso concreto ni tampoco impediría el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por la Corte Suprema de Justicia Nacional.

Es innegable que al fijar este criterio la propia Constitución no limitaría al PJ la posibilidad de analizar acerca de la concordancia de una ley con la Constitución Nacional, más bien, el mismo continúa con las mismas atribuciones y prerrogativas conferidas por el art. 14, siendo el interprete final de la Constitución; entonces podrá, ante un caso concreto, tal el criterio del Gobierno Federal, expedirse acerca de la vigencia "inter partes" de una norma. En síntesis para que una norma, en sentido abstracto, sea declarada inconstitucional y cuyo efecto sea aplicable "erga omnes" debe cumplirse con diversos controles, el judicial y el político previo y posterior, para evitar, como dijimos previamente, el gobierno de los jueces.