Un poco de control de judicial aunque sea…

(Éste es el artículo más referido, buscado y leído de nuestro blog. Gracias a todos los que lo visitan. Dejen sus comentarios al final.)

Algunas Nociones Básicas

La mayor parte de lo que sigue está extractada de “Génesis y Apocalipsis de las Promesas Constitucionales” de Domingo José Rondina. El resto tiene por fuente principal: Sagüés, Néstor; “Elementos de Derecho Constitucional”; Astrea; 1997.

I – Conceptos
a) Sentencia
El producto natural más importante del Poder Judicial es la sentencia, que contiene (generalmente) una norma individual destinada a resolver un caso.
Para Kelsen, la sentencia importa siempre un acto de aplicación de derecho preexistente, y de creación de un derecho nuevo (de modo parecido, aunque en menor medida, a cómo una ley específica es a la Constitución). Para Bidart Campos, en cambio, el juez extrae la norma impresa en la sentencia, del derecho preexistente (ley, decreto, reglamento, etc.), de tal modo que no hay creación de derecho nuevo. En rigor de verdad, la sentencia algunas veces sólo efectiviza para el caso el derecho preexistente, pero en otros genera derecho propio; por ejemplo, en los casos de lagunas normativas, donde integra la norma faltante; cuando opta entre las varias alternativas interpretativas que posibilita una norma ambigua, imponiendo la que reputa más adecuada; o cuando establece una solución contra legem y ella queda firme.

En nuestro país la Corte se ha arrogado la atribución de dictar sentencias con efectos vinculantes generales para los tribunales inferiores. Así ha dicho que los demás jueces tienen el deber moral de seguir sus pronunciamientos (“Pastorino”, Fallos 25:368) y, más aún, que sus sentencias cuentan con autoridad institucional (“Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 219:59; “Cía. Swift”, Fallos 212:60), de tal modo que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (“Cerámica San Lorenzo”, LL 1986-A-178).
La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que los jueces pueden

excepcionarse de seguirle sólo “dando fundamentos suficientes” y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal (“Viuda de Elortondo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 32:162).
“La verdadera ley fundamental es la que resulta a través de las decisiones del más alto Tribunal de la República. De su faena interpretativa en los casos sometidos a su jurisdicción ha de emerger, a la postre, la verdadera Constitución” (Romero, César).
La sentencia tiene tres partes básicas: VISTOS (aquí se señala el caso que el tribunal ha estudiado y está por decidir); CONSIDERANDO (aquí se exponen las razones de hecho y de derecho que llevan al tribunal a tomar una decisión); RESUELVE (aquí sólo se expresa la parte dispositiva de la sentencia, la norma particular).
b) El mecanismo de decisión en un tribunal colegiado
Los tribunales integrados por varios miembros (colegiados) deben tomar sus decisiones por mayoría de votos. En teoría, todos los jueces leen el caso y discuten la postura a adoptar, aquella posición que obtenga más de la mitad de los votos es la que formará el “resuelve” de la sentencia; a ésta la llamamos “postura mayoritaria”, “voto mayoritario” o “voto de la mayoría”.
c) Votos propios (“por su voto”)
Puede ocurrir que alguno de los jueces que avaló el voto de la mayoría esté de acuerdo en lo decidido pero con distintos argumentos (“considerandos”), en ese caso al firmar la postura mayoritaria advierte que lo hace “por su voto”, con lo cual explica luego por qué votó como lo hizo.
d) Disidencia
Cuando un miembro del tribunal no está de acuerdo con la decisión mayoritaria (con el “resuelve”) manifiesta que está en disidencia, que por motivos doctrinales se va a apartar de lo resuelto por la mayoría. Esta disidencia, para llegar a una resolución diferente es obvio que se basa en considerandos distintos, de derecho e incluso de hecho. Las disidencias pueden ser individuales o compartidas por dos o más jueces.
e) Procurador
Cuando en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontramos el “dictamen del procurador” estamos ante la opinión de un funcionario miembro del Ministerio Público denominado “Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación” el cual tiene por misión examinar las causas que llegan al máximo tribunal y emitir su parecer (dictamen) sobre ellas el cual orienta pero no obliga al tribunal.
f) Instancia

Grado jurisdiccional de los que la ley tiene establecidos para conocer y sentenciar los casos.
Así, hablamos de primera instancia, que, por regla general, es un juez individual; de segunda instancia, que suelen ser tribunales colegiados denominados Cámaras de Apelación y de tercera instancia, cuando aludimos a la Corte Suprema. Esto se comprenderá mejor con el siguiente esquema del camino básico que recorren las causas:
CAMINO FEDERAL
*Corte Suprema de Justicia de la Nación
por apelación ordinaria o recurso extraordinario
* Cámaras Federales
por apelacion ordinaria
*Juzgados Federales de 1ª instancia

CAMINO PROVINCIAL
(desde aqui, a la CSJN por recurso extraordinario)
+Cortes Supremas Provinciales
por apelación ordinaria o por recurso extraordinario
+Cámaras Provinciales
por apelación ordinaria
+Juzgados Provinciales de 1ª instancia

II – Estructura del Poder Judicial Federal
Según el artículo 108 de la Constitución Nacional el Poder Judicial “será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. Por su parte, el artículo 75 inciso 20, deja en manos del Congreso “establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia”.
En síntesis: la Constitución estructura dos cuerpos tribunalicios: a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, y b) los demás tribunales inferiores a ella, a determinar por ley.

a) Corte Suprema de Justicia de la Nación
Según su propia jurisprudencia, la condición de suprema significa que sus decisiones son finales, lo que implica ser el tribunal de última instancia en el país, por lo que ningún otro tribunal puede revocarlas (“Hilandería Olmos”, Fallos 307:1709; “Guarda”, Fallos 307:1601). Es la intérprete final de la Constitución, y supremo custodio de garantías constitucionales (“Pérez de Smith”, Fallos 297:338). También, por supuesto, es la intérprete final de todo el derecho argentino. En

definitiva, es la cabeza del Poder Judicial Federal (“Venini”, Fallos 286:17).
No obstante lo señalado, el artículo 66 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), vigente para la Argentina, según la ley 23.054, y con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, cuya sentencia (que puede versar sobre asuntos concernientes a los derechos mencionados por el Pacto, resueltos por la Corte Suprema) será “definitiva e inapelable”. El fallo de la Corte Interamericana, en resumen, puede dejar sin efecto una sentencia de nuestra Corte Suprema, con lo cual ésta ha perdido, en la materia de la mencionada Convención, carácter de Suprema.
b) Tribunales Inferiores a la Corte Suprema: Juzgados de Primera Instancia y Cámaras de Apelaciones
Al momento de entrar en funciones la Corte Suprema (1863) no existían bajo ella (en el orden nacional) otros tribunales que los juzgados federales de primera instancia. El aumento del número de expedientes justificó la creación de entes intermedios entre esos juzgados y la Corte. De ahí la creación, después de la ley 1893 (año 1886), de cámaras de apelaciones en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.
Éstas Cámaras se dividen en salas, pero también actúan en tribunal pleno para, por ejemplo, uniformar jurisprudencia contradictoria de las salas. Se hallan establecidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (10) y en algunas ciudades del interior del país (14), abarcando su jurisdicción una o más provincias.
En las provincias encontramos también jueces federales de primera instancia cuya competencia, generalmente, es universal (todas las materias).
III – Competencias Judiciales Federales
La Constitución diseña un marco de competencias jurisdiccionales federales y al mismo tiempo asigna otro a las provincias.
Con respecto a la Nación, el artículo 116 dice: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero.”
El artículo 117 añade: “En estos casos (refiere a los del artículo 116) la Corte

Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna Provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente."

En cuanto a la Nación y las provincias el artículo 75, inciso 12 confiere a la primera la facultad de dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y el no concretado de Trabajo y Seguridad Social, "sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones." Por ende las provincias tienen competencias jurisdiccionales para aplicar los códigos de fondo cuando las cosas o las personas estén en su jurisdicción y para las demás causas que no sean de competencia federal.

a) Causas de competencia federal.

En Argentina, las fuentes de la competencia federal se clasifican por razón de la materia, del lugar y de las personas.

A) Por razón de la materia: el propósito de la actuación judicial federal aquí es afirmar las atribuciones del Gobierno Federal (Gutiérrez, Fallos 311:919).

Según la ley 48, artículo 2, inciso 1 son aquellas "especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras."

Otros supuestos:

1. "Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima" (artículo 116).
2. Causas aeronáuticas y, en general, todas las que comprometan el transporte interprovincial o internacional ("Ceballos Aybar", Fallos 285:307; "Cía. Arg. Seguros La Porteña y Cía. Sudamericana Seguros Aconcagua", Fallos 288:378).
3. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales ("Sedero de Carmona", Fallos 312:1204; "Sánchez Decquer", Fallos 311:2055).

B) Por razón del lugar: aquí distinguimos sólo dos supuestos:

1. Competencia judicial federal en lugares donde operen establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30). Aquí sólo surge la competencia federal si en el caso se afectan intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento ("Brizuela"). Así el inciso citado dice que "las autoridades provinciales y municipales conservarán el poder de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines."
2. Competencia judicial federal en la capital de la Nación (hasta que se lleve a cabo la transferencia preparada) y en los territorios nacionales (que actualmente no existen).

C) Por razón de las personas: aquí la gestión judicial federal tiene por fin asegurar la

imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (“Wilensky”, Fallos 311:489; “Gutiérrez”, Fallos 311:919).
Veamos los principales supuestos:
1. Casos en que el Estado Argentino es parte.
2. Causas civiles (no penales, aunque esto sea muy criticado) en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra. (artículo 2, inciso 2, ley 48).
3. Casos en que son partes un ciudadano extranjero y uno argentino.
4. Casos en que es parte un Estado extranjero, una embajada extranjera o un organismo internacional.
5. Casos concernientes a embajadores y ministros públicos extranjeros; jefes de estados extranjeros (“Beccar Varela”); cónsules y vicecónsules (“Montiel”, Fallos 311:2176).
6. Causas en que es parte una provincia. Este supuesto a la vez se subdivide en:
ü Provincia contra Nación o Nación contra Provincia
ü Provincia contra Provincia
ü Provincia contra un vecino de otra, o contra un ciudadano o Estado extranjeros
ü Provincia contra un vecino de la misma provincia: este supuesto no es de competencia federal sino provincial, salvo que haya derecho federal en juego, cuando éste sea discutido de modo directo o fundamental (“Castro”, Fallos 311:2154; “Neuquén TV”, Fallos 311:2725; “Partido Justicialista c/ Provincia de Santa Fe”).
b) Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
A) Originaria
Consiste en que el caso ha de plantearse directamente ante la Corte Suprema, siendo ella el único tribunal que lo considera y resuelve. Aquí la Corte es primera y última instancia.
Supuestos:
1. Causas de embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros
2. Causas en que una provincia sea parte
3. Cuestiones de competencia suscitadas entre jueces que no tengan un superior común que las resuelva, según el artículo 24, inciso 7, decreto 1285/58 (“Pedernera”).
4. Conflicto de Poderes Federales (“Moreno”, Fallos 246:237; “Ainza”, Fallos 247:436).
5. Privación de Justicia, cuando el afectado se encuentra ante al imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida o cuando no se dan las condiciones para que los jueces

ejerzan su imperio jurisdiccional de manera eficaz y concreta (“Recchia de Schedan”, Fallos 305:504; “Pérez de Smith”, Fallos 297:338).
6. Ejercicio de poderes implícitos, “para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que atribuye la Constitución a los jueces” (“Berrueta”, JA 1979-II-40).
B) Por Apelación
Según el 117 la competencia por apelación dependerá de “las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.”
Esta apelación se divide en: ordinaria, mediante ésta algunos casos quedan habilitados para llegar ante la Corte Suprema (cuando la Nación es parte y lo debatido supera cierto monto; extradición de criminales reclamados por países extranjeros; apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra; etc.) y extraordinaria, mediante el Recurso Extraordinario Federal, si se cumplen sus requisitos.

IV – Recurso Extraordinario Federal
Es la vía procesal que permite elevar a la Corte Suprema todo expediente en el que se haya dictado una sentencia definitiva, emanada de cualquier superior tribunal de la causa del país, a fin de plantearle a aquélla temas de derecho federal (constitucional o infraconstitucional); entre otros, inconstitucionalidad de normas, interpretación de leyes federales de ciudadanía, impuestos, convertibilidad y desregulación.
Los fines históricos del recurso extraordinario clásico (art. 14, ley 48), fueron tres: a) tutelar la primacía del derecho federal, respecto de sentencias provinciales; b) proteger la supremacía de la Constitución y del resto del derecho federal, aun contra sentencias de tribunales federales (ley 4055), y c) uniformar la aplicación del derecho federal (“casación federal”). El recurso extraordinario moderno asume otra tarea más: dejar sin efecto sentencias arbitrarias. Esto último es una creación de la Corte Suprema, y cuadruplicó el número de los recursos extraordinarios.
Ocasionalmente ha cumplido el papel de casación general y de recurso de justicia y equidad.
El recurso extraordinario importa un tipo de apelación, bien que extraordinaria (más exigente en los recaudos formales, y donde la Corte no revisa todo lo actuado, sino solamente temas federales), lo que significa generalmente en el orden nacional una tercera instancia (y respecto de las provincias, una cuarta).

Requisitos del Recurso Extraordinario Federal
COMUNES

1
previa intervención de un tribunal judicial federal o provincial que haya: 1) tenido lugar en un juicio y 2) concluido con una sentencia

2
decisión en la sentencia de una cuestión que sea judiciable

3
gravamen o agravio para quien deduce el recurso, con interés personal en la cuestión

4
subsistencia actual de los requisitos anteriores en el momento en que la Corte va a sentenciar la causa

PROPIOS
5
existencia en la causa de una cuestión (o caso) constitucional (o federal)

6
relación directa entre esa cuestión constitucional y la solución que la sentencia recurrida ha dado al juicio

7
que la sentencia recurrida haya sido contraria al derecho federal invocado

8
existencia de sentencia: 1) definitiva y 2) dictada por el superior (último) tribunal de la causa competente para resolver la cuestión constitucional (a partir de “Strada” lo es la Corte o Superior Tribunal Provincial

FORMALES
9
introducción oportuna y clara de la cuestión constitucional (reserva federal)

10
mantenimiento sucesivo de dicha cuestión en todas las instancias del juicio

11
interposición por escrito del recurso, con debido fundamento y con relación

completa de las circunstancias que se vinculan a la cuestión constitucional (fundamentación autónoma o autosuficiente)

Título DOS – Del Recurso Extraordinario
Capítulo I: Premisas básicas
1 – La honda de David
El Recurso Extraordinario es el arma más poderosa que tiene el litigante particular para enfrentar al goliardesco Estado cuando éste viola las disposiciones constitucionales. Es el medio típico de provocar el control de constitucionalidad en su más alto grado.
Esta arma ha crecido hasta alcanzar proporciones descomunales. Prueba de ello es que, en los primeros años de nuestra historia constitucional, este recurso no era objeto de demasiada atención por parte de los tratadistas; bástenos señalar que uno de nuestros primeros constitucionalistas, el doctor Joaquín V. González , no dedica más que unas pocas páginas a la ley 48, considerando sus disposiciones como suficientemente claras.
Con el tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue abriendo las válvulas para permitir el acceso al control de constitucionalidad a todos los casos donde fuera necesario, con lo cual, pretorianamente se amplió el marco de cobertura del Recurso Extraordinario.
Estamos a favor de posibilitar un amplio acceso a la jurisdicción en materia de salvaguarda constitucional, pero creemos que la actuación de la Corte ha de reservarse para los casos más importantes. Así también creemos que ella no tiene la especialización que hemos postulado para un órgano supremo de control constitucional. Por ello proponemos nuevamente la implementación un tribunal especializado, aceptando por el momento una mesurada aplicación del writ of certiorari.
2 – Concepto
El Recurso Extraordinario federal es la vía procesal por la cual se puede elevar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación todo caso en que haya recaído una sentencia definitiva, emanada de cualquier superior tribunal de la causa en el país, a fin de plantear ante ella cuestiones de derecho federal (constitucional o infraconstitucional).
“El Recurso Extraordinario es un recurso federal. Esto en el doble sentido de que se extiende su alcance a todas las jurisdicciones del país, sean los poderes judiciales de las provincias o de la Nación, y en el de que sólo es pertinente cuando está en juego una ‘cuestión federal’, esto es, media alguna norma de esa índole.”
3 – Generalidades

El artículo 117 divide la jurisdicción de la Corte en “originaria y exclusiva” por un lado y “apelada” o “por apelación” por otro. El Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecido por la ley 48 es un “recurso de apelación” pero es “parcial” ya que admite su utilización sólo para algunos puntos. Sabemos que la Constitución exige la reglamentación por el Congreso de una jurisdicción apelada de la Corte Suprema. Sin duda la materia de la apelación debía estar comprendida dentro de la delimitación que hace el artículo 116 de la materia propia de la justicia nacional. Pues bien: el legislador podía establecer que todas las causas comprendidas en el artículo 116 pudiesen llegar ordinariamente por apelación a la Corte, convirtiéndola así en una instancia revisora más, o, como lo hizo, que sólo algunas lleguen.
¿Cuál fue el criterio del legislador de la ley 48 para otorgar el recurso de apelación ante el máximo tribunal de la Nación? Fue una pauta restrictiva, excepcional y que se limitó exclusivamente a la materia federal sin incluir al derecho común.
La doctrina procesalista entiende que no se trata de un recurso “de apelación”, pues este tipo de recursos exige la revisión total del fallo mientras que aquí la Corte sólo se limita a analizar la materia federal. Pero Bidart Campos, con un sentido realista que buena falta le hace a la doctrina, dice llanamente: “En tanto el acceso que por él se obtiene no es originario, cabe responder que es un recurso de apelación.”
Es “extraordinario” pues no se habilita en todos los casos, como una instancia más (tercera o cuarta), sino sólo en los casos donde la materia federal, encapsulada en la sentencia, aparenta estar mal resuelta, envenenando la solución del caso.
4 – La normativa
En el tercer año de imperio de nuestra Constitución Nacional, el legislador siguiendo, como era propio en esos años, la experiencia estadounidense , estableció una ley de “jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales” de la que a continuación transcribimos los tres artículos principales.
Ley nacional nº 48, del 14 de septiembre de 1863
Artículo 14: Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial; y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, en los casos siguientes:
1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.
2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los

tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la Autoridad Nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia del litigio.
Artículo 15: Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 12, artículo 75, de la Constitución.
Artículo 16: En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada, o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez resuelta por idéntica razón.
5 – El objeto
El propósito del Recurso Extraordinario es asegurar el máximo control de constitucionalidad, en pro de garantizar la Supremacía Constitucional. Bidart Campos divide este control en dos: a) interpretación constitucional; b) conflicto de constitucionalidad.
Joaquín V. González señalaba:
“1º que siendo la Constitución, las leyes nacionales dictadas en su consecuencia y los tratados con las potencias extranjeras la ley suprema de la Nación, ningún tribunal que no fuese la Corte suprema de la Nación podría ejercer el poder jurisdiccional para preservar aquella supremacía.
(…)
3º que es indispensable la uniformidad de decisiones en toda la República, sobre puntos regidos o comprendidos por la Constitución para hacer posible su inteligencia y cumplimiento igual por todas las provincias.”
Reuniendo los distintos objetivos que señalan nuestros principales referentes , podemos proponer los siguientes:
a) tutelar la primacía del derecho federal respecto al derecho provincial y a las sentencias de sus tribunales.

b) proteger la supremacía de la Constitución y del resto del derecho federal, así como de sus autoridades, aun contra sentencias de tribunales federales.
c) uniformar la interpretación y aplicación del derecho federal mediante una suerte de “casación federal o constitucional”.
d) dejar sin efecto las sentencias arbitrarias, como forma de afianzar la justicia mediante la solución objetivamente justa de cada caso.
e) tutelar, en un sentido amplio, las garantías y derechos constitucionales.
Como resumen permítasenos citar aquí las palabras de Hamilton, quien para nosotros fuera el más lúcido constitucionalista de la historia:
“Debe existir siempre un medio constitucional de impartir eficacia a las disposiciones constitucionales. ¿De qué servirían, por ejemplo, las restricciones a las facultades de las legislaturas locales, si no existe algún procedimiento constitucional para exigir su observancia? (…) Ningún hombre de sentido común será capaz de creer que tales prohibiciones se respetarían escrupulosamente si el gobierno carece de poderes efectivos para impedir y sancionar las infracciones que se cometan. Estos poderes deben consistir (…) en la potestad conferida a los tribunales federales de hacer a un lado aquellas que contravengan de modo manifiesto los artículos de la Unión. (…)
Si se admite la existencia de axiomas políticos, habrá que clasificar entre ellos a la conveniencia de que el Poder Judicial de un gobierno tenga la misma extensión que el Poder Legislativo. La necesidad, simplemente, de que la interpretación de las leyes nacionales sea uniforme, resuelve la cuestión. Trece tribunales independientes de última instancia, para juzgar los mismos asuntos, suscitados por las mismas leyes, serían una hidra gubernamental de la que sólo pueden resultar confusiones y contradicciones.”

Capítulo II: Mecánica

1 – Requisitos

Siguiendo al doctor Bidart Campos y al doctor Ulla, hemos dividido los requisitos en tres grupos tal como expusiéramos en el cuadro ya visto.

2 – La resolución objetable

Son impugnables las sentencias definitivas dictadas en juicio por el superior tribunal de la causa.

2.1 – Juicio

Con Bidart Campos definiremos al juicio como todo proceso al que el derecho vigente en una jurisdicción considera juicio , haya tramitado ante tribunales federales o provinciales, siempre y cuando sea susceptible de generar cosa juzgada material (no así, por ejemplo, un juicio Ejecutivo o de apremio).

Así también la jurisprudencia de la Corte ha admitido que ciertos procesos jurisdiccionales no judiciales (administrativos, militares, legislativos) sean susceptibles de Recurso Extraordinario, siendo condición ineludible para este planteo directo, que la decisión de dicho procedimiento no pueda ser revisada por un tribunal judicial.

2.2 – Sentencia definitiva

Es la decisión que pone fin al asunto objeto del juicio con fuerza tal que no podrá volver a discutirse ni en el mismo juicio ni en otro.

Es aquella decisión que produce en un proceso cosa juzgada material. La Corte, también pretorianamente, le ha equiparado aquellas decisiones que signifiquen la paralización del proceso, causen gravamen irreparable o revistan características de gravedad institucional.

Bidart Campos destaca que la sentencia definitiva abarcó y resolvió, o debió abarcar y resolver aunque no lo haya hecho, una cuestión constitucional incluida en el juicio ya que ésta será la materia del Recurso Extraordinario.

2.3 – Superior tribunal de la causa

Si bien la ley 48 en su artículo 14 habla de “tribunales superiores de provincia” la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido generando este otro concepto, de acuerdo al cual cada causa tiene su tribunal superior, último, según la administración judicial donde esté trámite.

Es el que tiene competencia para decidir finalmente y por última vez (dentro de una determinada administración judicial) la cuestión constitucional o infraconstitucional federal que se plantea en la causa. La Corte Nacional ha dicho que los tribunales de provincia no pueden negarse a resolver temas de derecho federal, ni siquiera en el caso en que una ley o jurisprudencia provinciales lo prohibiesen.

Todo depende de si el tribunal reconoce o no otro sobre él como competente para resolver la cuestión constitucional.

Es común que los superiores tribunales de la causa sean las cámaras federales o nacionales de apelaciones y las supremas cortes o tribunales superiores provinciales.

3 – Trámite previo. Pre – Recurso Extraordinario

3.1 – Introducción

En la primera oportunidad posible del procedimiento (al demandar, al contestar, al recurrir una sentencia o resolución, etc.) ha de introducirse la cuestión federal que luego será objeto del recurso.

Introducir la cuestión federal, según Sagüés, “significa que el litigante deberá requerir al tribunal que entienda en el proceso, la efectivización de normas federales.”

Esta introducción ha de hacerse citando claramente las disposiciones que se considera están en juego.

3.2 – Mantenimiento

La cuestión federal debe ser mantenida en todas las instancias del juicio. Si ello no se hace se considerará renunciado el derecho a Recurso Extraordinario.

Mantener implica advertir al juez de cada instancia que, si su resolución es contraria al derecho federal que el litigante invoca, se continuará hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en busca del control sobre la constitucionalidad de lo decidido. Comúnmente se denomina a esta advertencia “reserva federal”.

4 – Procedimiento posterior. Trámite del recurso propiamente dicho.

4.1 – En sede del último tribunal de la causa

Dictada la sentencia definitiva del último tribunal de la causa el descontento puede articular ante él, en un plazo de 10 días, el Recurso Extraordinario Federal. Debe hacerlo por escrito, y fundado de tal manera que, de su simple lectura, surjan los datos suficientes para resolverlo .

El tribunal otorgará un traslado por diez días a la contraparte, transcurridos los cuales, el tribunal que dictó la resolución objetada concede o deniega el recurso.

A) Si concede, remitirá los autos a la Corte Nacional

B)Si deniega, el interesado puede recurrir directamente ante la Corte mediante el ‘recurso de queja’, llamado también ‘recurso de hecho’.

4.2 – En sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4.2.1. – Recepción

Una vez remitidos los autos por el último tribunal, o llegado el litigante en queja, la Corte puede:

A) Ejercer su writ of certiorari (ley 23774), por el cual puede desechar casos donde falte agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas sean insustanciales o sin trascendencia (“Cuestiones insustanciales: recursos extraordinarios que objetan líneas jurisprudenciales firmes de la misma Corte, sin dar motivos valederos para apartarse de ellas. (…) Cuestiones sin trascendencia: un Recurso Extraordinario es intranscendente, si no presenta un problema que tenga interés o gravedad institucional”). Pese a que la ley posibilita que el rechazo sea sin fundamento alguno más que la invocación de la ley, nosotros consideramos que siempre la Corte debe brindar una fundamentación, aunque sea mínima sobre el rechazo, para no caer en una de las actitudes que ella misma ha considerado como causales de sentencia arbitraria.

B) Aceptar el recurso.

4.2.2 – Resolución

La Corte, una vez admitido el recurso, puede disponer vistas (al procurador general

de la nación, al defensor oficial, etc.) y ordenar medidas para mejor proveer. Luego dicta sentencia.
Si rechaza el recurso, el fallo impugnado queda firme automáticamente.
Si otorga razón al recurrente, revoca el fallo, y puede seguir dos caminos que prevé el artículo 16 de la ley 48:
A) devolver los autos al tribunal que dictó la sentencia invalidada, o al que le sigue en orden de turno, el cual deberá dictar sentencia conforme a las pautas de la Corte. Esto es el reenvío.
B) decidir per se el fondo del asunto, reemplazando al inferior e, incluso, podrá ordenar la ejecución.
Esta variable nos parece, a primera vista, inconveniente, pues se quiebra (ya completamente) la organización judicial, quedando incluso en riesgo la garantía del debido proceso pues se saca el caso de los jueces designados por la ley . Por ello propugnamos su utilización sólo “si la causa hubiese sido una vez resuelta por idéntica razón.”

Capítulo III: Supuestos especiales
1 – La Gravedad Institucional
Siguiendo a Sagüés dividiremos las definiciones que la Corte ha brindado de esta expresión en:
a) de mínima: hay gravedad institucional cuando en un proceso se discuten temas que exceden el mero interés de las partes .
b) de máxima: la gravedad institucional aparece cuando se discuten temas de macropolítica quedando comprometidas en la litis las instituciones básicas de la Nación , la buena marcha de las instituciones ; o cuando se trata de un caso que conmueve a la sociedad entera .
Estos conceptos, tan intencionadamente elásticos, han servido para bien y mal del Recurso Extraordinario, así por ejemplo ha servido para:
– disminuir la exigencia de los recaudos de admisibilidad.
– habilitar el recurso aun cuando no existía cuestión federal .
– seleccionar los casos a resolver, por el certiorari.
– suspender la ejecución de ciertos fallos cuando el Recurso Extraordinario ha sido concedido o la queja articulada .
– crear el per saltum, que veremos en el siguiente punto.
No toda la doctrina le ha dado buena acogida a la idea de la gravedad institucional, prueba de ello es este párrafo del doctor Spota: “Sin que necesariamente medie cuestión prevista en ninguno de los tres incisos del artículo 14 de la ley 48, la Corte se entiende y considera capacitada para opinar y decidir en temas que, a su

criterio, excediendo los intereses de las partes, inciden sobre la comunidad toda. Entonces, la Corte, decide lo que cree conveniente para la comunidad, más allá y más acá de la norma habilitante expresa. (…) La habilitación de la instancia extraordinaria por gravedad institucional, muestra una faceta bien clara, de naturaleza política, que hoy ha creado la Corte argentina (…) con lo que se vuelve a mostrar el cupo de poder político que el sistema reconoce en manos de la Corte Suprema de Justicia."

2 – El per saltum

En un famoso caso la Corte admitió que se planteara directamente ante sí un Recurso Extraordinario contra una sentencia de amparo de primera instancia, saltando así a la Cámara de Apelaciones, esto es lo que denominamos per saltum o by pass. Para ello argumentó que en el caso había gravedad institucional en su máxima expresión.

La Corte obró sin ley alguna que contemplase la posibilidad, ni opinión doctrinaria o jurisprudencial que hubiese preparado camino a una actitud así. Bueno es recordar que esto ocurrió para favorecer una decisión gubernamental y que el principal motivo histórico de saltear a la Cámara era que se esperaba de ella un pronunciamiento adverso, que probablemente provocaría una reacción popular contraria al Ejecutivo.

Coincidiendo con Sagüés , no vemos inconveniente en que por ley se establezcan este tipo de apelaciones directas, pero no vamos a dejar de decir que, sin ley, el per saltum viola los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural , y por ello es inconstitucional.

3 – La Sentencia Arbitraria

El concepto de arbitrariedad de sentencia es la más importante creación jurisprudencial de la Corte en toda su historia. Y la peor enemiga de su funcionamiento, pues ha cuadruplicado los casos que llegan a la Corte. Veamos los datos que nos trae el doctor Guastavino: "Durante el año 1957 tuvieron entrada y fueron falladas, respectivamente 1.897 y 1.926 causas. (…) En el trienio 1986, 1987 y 1988 el promedio anual de expedientes ingresados en las instancias originaria y apelada osciló en la cantidad de 6500, la mayoría por vía de la apelación extraordinaria y dentro de ella por invocación de arbitrariedad."

Parece demasiado trabajo para una Corte que aumentó su número de miembros (lo que aumenta las demoras) y se niega a dividirse en salas.

Sentencia arbitraria, según la Corte, es aquella que no importa una derivación razonada del derecho vigente. Se argumenta la inconstitucionalidad de estas sentencias por violar las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio .

La idea de la descalificación por arbitrariedad nace en el derecho estadounidense con el “Lochner” de 1905, pero la génesis del concepto de arbitrariedad en la Argentina está en el caso “C.M. Rey vs. Rocha” de 1909 donde se descalifica una sentencia por inconstitucional aunque la materia no era federal.
Las causas por las que una sentencia puede ser atacada como arbitraria no están muy delimitadas, algunos usan y abusan del argumento mientras otros, como el doctor Spota, consideran que “No debe suponerse que la arbitrariedad es de fácil demostración. Nada de ello acaece. Los agravios deben darse y mostrarse como profundamente irritativos (sic). La tacha de arbitrariedad es senda que nada tiene de cumplimentación (sic) ligera.”
La mismísima Corte ha resumido los casos en que procedería la descalificación de una sentencia por arbitrariedad:
– dictada en abierta contradicción con lo dispuesto por la ley, esto es fundada exclusivamente en el capricho del juzgador
– sustentada sobre hechos procesalmente inexistentes
– que descansa sobre hechos que, de no haberse omitido la consideración de cuestiones propuestas por las partes, pudieron haber tenido otra significación jurídica y no cuando únicamente hay error en la apreciación de las condiciones fácticas del caso
– fundada sobre normas jurídicas interpretadas adversamente a la doctrina unánime y constante de la jurisprudencia y de los tratadistas, no siendo razonable la nueva interpretación
– que se basa en la interpretación francamente equivocada de una cuestión procesal, generándose entonces una restricción sustancial e indebida del derecho de defensa o lesionando un derecho subjetivo constitucional del interesado
La doctrina señala numerosos casos más, a los cuales se añaden importantes consideraciones, pero como no es éste el eje de nuestro trabajo, a cuyos fines basta lo ya expuesto, remitimos a las dos obras que hemos seguido .
Capítulo CUATRO: El rostro de Medusa
Todas estas creaciones jurisprudenciales, aunque reconozcamos la justicia de algunas, han contribuido a desfigurar el sistema judicial, el cual nos muestra una faz cada vez más aterradora.
Hoy, pese a que la doctrina lo niegue en el plano teórico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha quedado reducida a ser una instancia más para la gran mayoría de los juicios. Cada vez que las cámaras de la televisión enfocan a un abogado perdidoso, él no tiene temor de repetir la conocida cantilena: “si no nos dan la razón llegaremos hasta la Corte Suprema” (así se trate de un simple accidente de tránsito).

Algo anda mal en nuestro sistema.
Es cierto: el ser humano ha pervertido el concepto de justicia, hoy todos piensan: “justo es lo que yo quiero”; es cierto también que hay abogados inescrupulosos que prefieren mover cielo y tierra en busca de una resolución favorable (o por lo menos de una prolongación de su trabajo y honorarios) en vez de admitir que a su cliente no le asiste el derecho; es igualmente cierto que el sistema judicial está sumido en un triste descrédito social que conduce a buscar “otras opiniones”.
Pero también debemos reconocer que la Corte ha abierto injustificadamente las válvulas de acceso, movida muchas veces por influencias políticas y, una vez permitido el acceso a un caso, es muy difícil negárselo a otro.
En 1973, el doctor Vocos Conesa , recopilaba algunos casos que había resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esos años, como muestra de la destrucción del criterio de aceptar sólo casos que, por su gravedad y trascendencia, superen el mero interés de las partes y afecten el de la comunidad. Veamos los casos que, hace más de 24 años, la Corte tuvo que resolver:
– si en el manifiesto de rancho deben incluirse todos los comestibles o sólo los pickles, dulces, jaleas y mermeladas.
– si la expresión “dulces” de una resolución aduanera incluye a las frutas en almíbar .
– si es cuestión federal la determinación sobre si la hernia inguinal derecha recidivada, padecida por un sargento de gendarmería, guarda relación causal con el servicio .
– si en materia del impuesto a las ventas están exentas del gravamen las operaciones a que son sometidas las tripas vacunas y ovinas y el blanqueo de mondongo .
– si están exentas del mismo impuesto las grasas y sebos comestibles, el aceite de patas y patitas, los sebos incomestibles y el sebo vacuno de hueso de caracú .
Si realizáramos la misma tarea en la actualidad, los resultados serían muchísimo más risibles.
No negamos que en estos casos, como en tantos otros, es necesaria una interpretación definitiva, pero no creemos que en todos tenga que ser la de la Corte. Debemos proteger el tiempo de nuestro máximo tribunal para que se dedique a la tarea específica para la que fue creado, para “tribunal de garantías constitucionales” . Esto se lograría fácilmente si la Corte se negase a recibir todo caso donde no haya interés comunitario comprometido; o si por ley, y sólo en los casos que se establezcan taxativamente, se estableciese como instancia última de interpretación a las Cámaras, es doctrina pacíficamente aceptada por la Corte que la tercera instancia no es exigida constitucionalmente.

Asimismo no dudamos de la necesidad de controlar rigurosamente la constitucionalidad de toda ley (es el reclamo que venimos reiterando a lo largo de este trabajo), así como de invalidar toda sentencia objetivamente arbitraria, pero repetimos nuevamente que es necesaria una reestructuración del sistema de control de constitucionalidad encaminada al establecimiento de un tribunal constitucional, dedicado exclusivamente a esta tarea y con una especialización, una mentalidad constitucionalista, que nuestra Corte no tiene ni, a los fines de su tarea originaria, necesita.
Por ello, coincidimos aquí con el doctor Ricardo Nuñez quien expresó, hace 24 años: "Si alguien se tomara el trabajo de comprobar en qué medida han cooperado los 280 volúmenes de los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el desfiguramiento del auténtico régimen constitucional se llevaría una sorpresa. Muchos de los fallos, incluso de los mejores y más ilustrados jueces de la Corte, han corroído las bases mismas del sistema federal de gobierno y de garantías constitucionales. Una y otra cosa no han ocurrido desde ayer, pero ahora se ha acentuado el proceso."
Sabemos que nada de esto es soplar y hacer botellas, pero queremos llamar la atención de todos los hombres del derecho para que contribuyamos, con críticas y propuestas, a reorganizar nuestro sistema jurisdiccional para poder así "afianzar la Justicia".

Del control de constitucionalidad
(Extracto de "Génesis y Apocalipsis de las Promesas Constitucionales" de Domingo José Rondina).

Capítulo I: Ideas Preliminares e Imprescindibles
1 – La idea del Ordenamiento Jurídico en Kelsen
Según el esquema kelseniano podemos decir que todo el conjunto de normas de un determinado orden jurídico no es una mera superposición, sino un todo íntegro, vinculado por relaciones de fundamentación y derivación. Un conjunto de normas constituye un ordenamiento cuando la razón de ser o validez de todas ellas proviene de una sola norma, sobre la cual todas las otras se apoyan, constituyéndose así en la norma fundamental, basal.
Distinguimos también dentro de este ordenamiento dos grandes grupos de normas, dos sub-ordenamientos:
a) Ordenamiento estático material: la validez de la norma deviene de que su contenido coincide con el de la norma fundamental.
b) Ordenamiento dinámico material: la validez descansa en que la norma ha sido

creada siguiendo las reglas fijadas por la norma fundamental.
Para expresar esto Kelsen nos ha enseñado (y Merkl ha graficado) la idea de la pirámide jurídica, que es (quizás demasiado) ampliamente conocida. En ese ordenamiento piramidal se cumplen las relaciones de creación y aplicación por las cuales los estamentos inferiores deben respetar a los superiores y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución. Cuando esta relación de derivación se interrumpe surge la antijuridicidad. Por lo tanto, si una ley contradice a una norma jerárquicamente superior surge la ilegalidad y si se opone a la Constitución, norma basal del sistema, denominamos a este vicio inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad.

2 – La imperiosa coherencia

Transitando desde abajo hacia arriba la pirámide, nos encontramos con la cúspide de la pirámide de Kelsen, que no puede ser tocada si no es por el órgano constituyente y sólo mediante esta intangibilidad podemos preservar la coherencia del ordenamiento. Si no hubiese normas supremas, de las cuales todas las demás fueran derivación, no se podría construir un ordenamiento lógico, razonable. La Constitución ha de ser preservada como regla procedimental y como norma sustantiva.
“En último término, debemos obedecer las decisiones de un juez o un órgano administrativo, porque debemos obedecer la Constitución. Si nos preguntamos por qué debemos obedecer las normas de una Constitución vigente, es posible que tengamos que remontarnos a una Constitución más antigua que ha sido sustituida de modo constitucional por la presente Constitución. Y remontándonos en el tiempo llegamos por fin a la primera Constitución de la Historia.”
Así llegamos a la idea de “Supremacía Constitucional” según la cual “la Constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella.”
El mismo Bidart nos dice que: “La Constitución está en el techo del ordenamiento y tiene que filtrarse con consecuencias prácticas a todos los resquicios de ese ordenamiento, a todos, no hay ninguno que se pueda evadir.”
Para asegurar esta supremacía de la Carta Magna es necesario establecer un sistema de vigilancia jurídica al que denominamos control de constitucionalidad.
“La fuerza normativa de la Constitución no quiere decir que se va a hacer efectiva si no hay resortes que hagan operar, funcionar y aplicar la Constitución, y que corrijan todos los desvíos, todas las violaciones, que las eviten, que las sancionen y que, cuando se hayan producido, las reparen.”

3 – La propuesta de Kelsen

Para realizar este control que el maestro austríaco consideró indispensable en su

programa, propuso un régimen concentrado de revisión de constitucionalidad, centralizado en un “Tribunal Constitucional” que operase como órgano extrapoder (fuera de los tres poderes clásicos), ya que sostenía, acertadamente, que la tarea de nulificar los actos contrarios a la Constitución no puede ser confiada al órgano que dictó el acto, que puede ser cualquiera de los tres poderes clásicos.
Kelsen enuncia varias ideas directrices:
3.1 – No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no puede fallar con efectos erga omnes, e incluso derogar la norma inválida.
3.2 – Éste es un enorme compromiso institucional que no puede otorgarse a ninguno de los tres poderes y por tanto ha de constituirse un cuerpo independiente, situado a mitad de camino entre el Poder Legislativo y el Judicial.
3.3 – Este órgano ha de integrarse con magistrados designados con participación del Poder Legislativo y por períodos limitados. Esto se funda en que el maestro entendía que su Tribunal Constitucional debía guardar una cierta correspondencia con los cambios políticos operados en la sociedad .
3.4 – Es imprescindible un cuerpo especializado como garantía de capacidad de sus miembros. Se busca una suerte de mentalidad constitucionalista.
3.5 – Cumplida esta organización los jueces pertenecientes al Poder Judicial no resuelven los aspectos constitucionales de ningún caso, sino que lo remiten al Tribunal Constitucional.
Ante la crítica que más comúnmente se le formulara, basada en que la declaración de inconstitucionalidad es una forma de violar la separación de poderes, Kelsen respondía que si bien su Tribunal Constitucional era una suerte de ‘legislador negativo’, debía entenderse que ningún órgano es soberano, soberana sólo es la estructura completa del Estado y que la legislación, los actos administrativos y la función judicial están sujetos por igual al imperio de la Constitución.

Capítulo II: Distintos Sistemas

A lo largo de este capítulo seguiremos principalmente al maestro Sagüés a cuya obra remitimos , aunque advertimos que las opiniones que verteremos nos pertenecen.
1 – Requisitos indispensables en un sistema ideal. Nuestra propuesta.
1.1 – Constitución rígida: las constituciones flexibles, como sabemos, son aquellas que se estructuran mediante leyes, no hay un Poder Constituyente distinto del poder constituido; son ejemplos típicos los países del common law. Aquí no se puede analizar si una ley es inconstitucional ya que toda ley es constitucional. Por ello únicamente los ordenamientos con constituciones rígidas, sólo modificables por un Poder Constituyente y/o por un procedimiento especial , son susceptibles de

generar leyes viciadas de inconstitucionalidad y, por ende, estos ordenamientos necesitan de un control.
1.2 – Órgano de control independiente del órgano controlado, y especializado en la materia constitucional: no creemos que un sistema de autocontrol sea efectivo pues, como reza el dicho, “no se puede ser juez y parte”. Por ello desconfiamos de regímenes donde el Poder Legislativo controle la constitucionalidad de las leyes o el Ejecutivo la de los actos administrativos, e incluso dudamos de la independencia del Poder Judicial a la hora de revisar la constitucionalidad de las sentencias. Por todo esto nos inclinamos por la idea de un órgano extrapoder. Pero también creemos fundamental la especialidad de este órgano, concordando con las ideas de Kelsen ya expuestas.
1.3 – Facultades decisorias del órgano de control: de nada sirve un control que culmine en recomendaciones, advertencias, sugerencias. Hasta tal punto es incomprensible un sistema así que el diccionario de la Real Academia Española da como definiciones del vocablo “control” las siguientes: “1.Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. 2.Dominio, mando, preponderancia.” . La sinonimia empleada nos da idea de poder, de facultades de decisión, no de meros consejos.
Si no otorgamos capacidad de intervención efectiva al órgano controlador nunca tendremos vigor ni efectividad suficientes para evitar la inconstitucionalidad. Este requisito, ya enunciado por Kelsen, nos conduce inevitablemente a reclamar efectos erga omnes para las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.
1.4 – Amplio acceso a la jurisdicción: es imprescindible que todo lesionado en un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple pueda tener derecho a reclamar e impulsar el control. Dudamos de la utilidad de sistemas donde los legitimados activamente para reclamar que se controle son entidades taxativamente enumeradas.
1.5 – Sometimiento de todo el mundo jurídico al control: normas, actos y omisiones, del Estado y de los particulares, deben ser susceptibles de control pues son susceptibles de inconstitucionalidad. Si admitimos que algunas áreas estén exentas de inspección (cuestiones no judiciables) estamos admitiendo que no hay una Supremacía Constitucional absoluta.
2 – Derecho comparado
Vamos a exponer ahora los distintos mecanismos de control que se observan en el Derecho Comparado, aunque algunos sigan y otros no los que hemos señalado como requisitos básicos.
2.1 – Según la admisión
A) Positivos: explícitamente en el texto constitucional, o tácitamente en el Derecho

Constitucional consuetudinario, admiten la existencia de control. Sagüés diferencia dentro de esta categoría los sistemas completos, que cumplen los cinco requisitos que apuntamos sub 1, de los incompletos, que no los cumplen a todos, aclarando que la mayoría de los sistemas son incompletos.
B) Negativos: no admiten el control de constitucionalidad pese a tener necesidad de él por ser su Constitución del tipo rígido.
2.2 – Según los órganos de control
A) Judiciales (o con fisonomía judicial): el control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Esta variante se subdivide en tres:
a) Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad.
b) Concentrado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen que resumimos anteriormente . Algunos países la han implementado exactamente como él propuso; otros ubicaron al Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial. Otros países quedaron a mitad de camino otorgando la función del Tribunal Constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema o a una sala de ella llamándola “Sala Constitucional”.
c) Mixto: intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado . Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (Presidente, Fiscal General) van directamente al Tribunal Constitucional cuya sentencia será erga omnes. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
B) No judiciales: En algunos países la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes. Veamos:
a) Poder Legislativo: Es el mismo Parlamento quien controla , o él a través de un órgano suyo . Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del “centralismo democrático” donde el órgano más representativo del pueblo (Poder Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.
b) Poder Ejecutivo: normalmente el Ejecutivo puede vetar cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de constitucionalidad propio suyo. Pero también ha existido algún sistema donde era el Ejecutivo el órgano de control frente al cuestionamiento .
c) Electorado: se han estructurado algunos sistemas bajo la idea de la democracia directa en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no

con los lineamientos constitucionales. Un sistema , denominado “apelación popular de sentencias”, prevé que cuando el Superior Tribunal declara inconstitucional una norma, el 5% del electorado puede exigir que se someta a referéndum la decisión del tribunal. Otro ha previsto que mediante consulta popular se derogue una ley por considerarla inconstitucional.

C) Órganos sui generis

Incluiremos bajo este acápite a órganos que, o no se estructuran como tribunales, o su forma de integración es especial, o fundan el control en principios extrajurídicos, o su método de control es novedoso.

a) El Consejo de la Revolución portugués : estuvo integrado por el Presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas. Podía declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes. Tenía también a su cargo el control de la inconstitucionalidad por omisión, por ello lo veremos infra .

b) El Consejo de los Custodios iraní : está conformado por seis teólogos designados por el Ayatollah y seis juristas musulmanes. Antes de la sanción controlan los proyectos de ley comparándolos con los principios sociorreligiosos del Islam y con la Constitución.

c) El Consejo Constitucional francés: inscripto dentro de los sistemas de control especializado, preventivo, abstracto y limitado .

Lo componen todos los ex-presidentes de la República y nueve miembros más: tres designados por el presidente, tres por el presidente del Senado y tres por el de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados) . Alguna doctrina francesa critica, creemos que con acierto, la integración del instituto: “¡Qué composición a priori absurda! La institución debe ser independiente del poder político: sus miembros son nombrados por las autoridades más políticas que hay. La institución debe tener una legitimidad indiscutible: sus miembros proceden de una elección puramente discrecional.”

Además vela por la regularidad de la elección de Presidente de la República y actúa como tribunal electoral respecto al escrutinio de esta elección ; con respecto a la elección de diputados y senadores sólo actúa en caso de apelación ; asimismo vela por los referendos y proclama sus resultados .

d) El Tribunal de Garantías Constitucionales ecuatoriano : se compone de once miembros, tres designados directamente por el Congreso y ocho elegidos por el Congreso entre ocho ternas enviadas por las centrales nacionales de trabajadores, cámaras de la producción, presidente de la República, alcaldes cantonales, prefectos provinciales, etcétera. Puede suspender los efectos de las leyes, decretos y ordenanzas que considere inconstitucionales pero sometiéndose a la decisión definitiva del Congreso Nacional.

2.3 – Según los límites estatales
A) Nacional: los órganos del control son órganos propios del Estado controlado.
B) Internacional: los países firmantes de ciertos convenios internacionales se han sometido a la jurisdicción de ciertos tribunales supranacionales que pueden desvirtuar lo sentenciado por el Poder Judicial Nacional, pues sus sentencias definitivas son obligatorias para los estados . Y así puede ocurrir cuando derechos consagrados en la Constitución están también resguardados por el tratado, esto adquiere características de importancia en Argentina tras la reforma de 1994.
2.4 – Según la formación de los jueces
A) Letrados: en la mayoría de los sistemas. Algunas constituciones con sistema concentrado exigen una altísima formación profesional , lo que, sin duda, redunda en beneficio de la independencia y capacidad de los magistrados.
B) Legos: en algunos sistemas se admite que los jueces legos (no abogados) realicen el control en las jurisdicciones donde no hay jueces letrados.
C) Mixtos: otros regímenes mezclan juristas con legos . Algunos lo hacen en búsqueda de mayor conciencia social de los jueces , otros para lograr especialistas en otra materia considerada de importancia .
2.5 – Según el momento
A) Preventivo: el control se efectúa antes de la sanción de la ley, sobre el proyecto. O bien, sobre la ley pero antes de su promulgación. En el caso del Consejo Constitucional Francés el control es preventivo, se ejerce antes de la promulgación. En algunos casos obligatoriamente (leyes orgánicas, reglamentos de las cámaras) y en los demás casos, sólo a petición de parte, siendo los únicos legitimados el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.
B) Reparador: después de que la norma entró en vigencia .
C) Mixto: Se puede controlar antes y después de que la norma se sancione. En algún sistema el presidente de la República puede reclamar al Tribunal Supremo el control de un proyecto, si esto no ocurrió, el tribunal puede controlar la norma reparadoramente. Otro da el control preventivo al Tribunal Constitucional y el reparador a la Corte Suprema.
2.6 – Según el modo de impugnación
A) Abstracto: el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional. Aquí se utilizan las acciones populares o las acciones declarativas puras (o abstractas) de inconstitucionalidad .
B) Concreto: está legitimado únicamente cuando hay una relación jurídica donde alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple. Las vías de acceso a la jurisdicción son

diversas: acción declarativa concreta de inconstitucionalidad, acción de amparo, demanda incidental, juicio ejecutivo o sumario, etc.

2.7 – Según la posibilidad de acceso

A) Condicionado: hay un órgano preseleccionador de los casos que llegarán al órgano controlador de la constitucionalidad .

B) Incondicionado: todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas .

2.8 – Según los sujetos legitimados

A) Restringido: sólo los sujetos taxativamente enumerados pueden excitar el control. Así en Francia donde los legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores .

B) Amplio: está legitimado todo aquél que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional .

C) Amplísimo: está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada .

2.9 – Según la cobertura

A) Total: todo acto, ley y omisión, del Estado y de los particulares, están sujetos al control.

B) Parcial: sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control .

2.10 – Según la facultad de decisión

A) Decisorios: el controlador invalida la norma. Hay tres variantes:

a) Inter partes: sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia .

b) Erga omnes: todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional . Otra posibilidad es que la norma embrionaria quede preventivamente abolida, con efectos absolutos, e incluso sin recurso alguno contra la decisión, como en Francia .

c) Intermedio: El Tribunal Constitucional puede merituar el caso y decidir inter partes aut erga omnes .

B) No decisorios: en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos que no invalidan la norma cuestionada sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).

2.11 – Según la temporalidad de los efectos:

A) Ex nunc: los efectos no son retroactivos .

B) Ex tunc: los efectos son retroactivos .

3 – Resumen esquemático

Para graficar mejor lo expuesto en el punto anterior proponemos el siguiente cuadro:

Capítulo III: El Control de Constitucionalidad Federal en la Argentina.
1 – El control de constitucionalidad federal argentino. En las huellas de “Marbury versus Madison”.
Sin duda que cuando defendemos la intangibilidad de la cúspide del ordenamiento debemos establecer las herramientas por las cuales vamos a garantizar esta intangibilidad. Y si decimos que los actos opuestos a la Constitución no existen jurídicamente, debemos hallar una forma de declarar esa invalidez de forma tal que se defienda y restaure la supremacía de la Constitución violada.
La doctrina habla indistintamente de ‘control constitucional’ y de ‘revisión constitucional’; nosotros, a falta de mejores términos (como sería por ejemplo vigilancia constitucional), preferimos utilizar ‘control constitucional’ que da una idea más imperativa que ‘revisión’.
No hay norma constitucional en la Argentina que explícitamente prevea la atribución judicial de verificar la coherencia de las normas y actos con la Constitución nacional, así como tampoco la hay en los Estados Unidos de Norteamérica. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, influida por la Corte Estadounidense, tomó el famoso caso “Marbury versus Madison” de 1803 como leading case estableciendo el control judicial constitucional pretorianamente. Hasta tal punto fue nuestra Corte influenciada por su par norteamericana que no fundamentó extensivamente dando como lógica y aceptada unánimemente su facultad de contralor. En ese momento el Procurador General de la Corte, el doctor Eduardo Costa, llegaba a decir: “Estando de perfecto acuerdo la doctrina establecida por esta Corte con la que rige para la Corte americana, no veo la necesidad de investigar…”
¿Qué se dijo en Estados Unidos de Norteamérica para convencer de tal forma a nuestros magistrados? Baste una cita del fallo donde el juez Marshall expone sus argumentos: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza… Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? o bien, en otras palabras, no siendo ley ¿constituye una norma operativa como una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la

obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí, el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren."
Convencida por estos lúcidos e impactantes argumentos, nuestra Corte, el 5 de diciembre de 1865, se limitó a decir 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 su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra 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."
En "Sojo" dijo: "El palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el palladium de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal."
Similar postura tuvo la Corte en casos anteriores, aunque no había definido tan claramente su papel: en 1863 "Ríos" y en 1864 "Calvete" . Hubo más adelante varios fallos que reportan interés, sólo mencionaremos "Mendoza" , "Viuda de Elortondo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" y "Horta c/ Harguindeguy" , inter alteros.

Capítulo IV: Características federales argentinas.
1 – Generalidades
Para exponer los caracteres definitorios de nuestro sistema de control constitucional seguiremos a grandes rasgos a los Dres. Vanossi y Ubertone así como al doctor Sagüés .
a) Es un sistema judicial, ya que el control es ejercido por el Poder Judicial
b) Es un sistema difuso, todos los jueces, de todos los tribunales, están obligados a

declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos que se presenten ante ellos, y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual reiteradamente se ha autocalificado como “tribunal de garantías constitucionales” . En este sentido también se pronunció el primer secretario de nuestro máximo tribunal: “Es la Corte Suprema que con la Justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales y provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades.”
c) Es fundamentalmente letrado, pero en las jurisdicciones donde los jueces son legos también deben realizar el control.
d) Es permanente, pues los órganos de control tienen funcionamiento continuo.
e) Es concreto en cuanto a que debe haber un perjuicio. No podría juzgarse en un caso abstracto o donde haya desaparecido la causa de la controversia, aplicando la doctrina del moot case (caso mudo) o mootness (mudez).
f) Es contencioso: debe existir un proceso judicial. Más adelante veremos esto en profundidad.
g) Se sentencia respetando las reglas de competencia jurisdiccional, un juez solamente puede declarar la inconstitucionalidad en las causas en que le toque conocer por razón de la materia, lugar, personas, etc.. Esto se desprende del sistema difuso.
h) Es primordialmente realizado a pedido de parte. Esto lo desarrollaremos más adelante.
i) La legitimación es amplia: partes de un proceso afectadas en sus derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. Es amplísima en el habeas corpus y en el amparo del nuevo artículo 43. Más adelante retomaremos este punto.
j) La materia controlable es amplísima: incluye tanto normas, de cualquier índole, como actos públicos y privados. Infra trataremos esta cuestión in extenso.
k) Los tribunales, en principio, no pueden controlar las denominadas “cuestiones políticas no judiciables” o “actos de gobierno” considerando tales a las emanadas de facultades privativas de los poderes.
l) En nuestro sistema, los efectos de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad se producen únicamente inter partes, para el caso concreto y no erga omnes. También este tema lo desarrollaremos en profundidad más adelante.
m) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sólo afectan a la parte cuestionada de la norma, siempre que sea escindible del resto.
n) Es reparador. El control general se realiza ex post facto. Salvo en el caso del

habeas corpus donde se podría hablar de un control preventivo.
ñ) Es decisorio. Las resoluciones destinadas a impedir la continuidad de un acto inconstitucional son obligatorias, con la salvedad hecha en el punto l). Incluso la Corte ha recurrido a las sanciones contra los renuentes.
o) Hay posibilidad de control internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
p) Los efectos son ex tunc (retroactivos) y restitutivos o reparadores. El juez ha de resolver la causa como si la norma no existiera. A ser posible se volverán las cosas a su estado anterior, de lo contrario habrá de repararse económicamente al damnificado.