

LA CORTE SUPREMA Y EL PEDIDO DE ASESORAMIENTO DEL SENADO DE LA NACIÓN

Carlos José Laplacette*

CONTENIDO:

1. EL SENADO PIDE LA OPINIÓN DE LA CSJN
 2. LO ESENCIAL EN OCASIONES ES INVISIBLE A LOS OJOS
 3. LOS JUECES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – LA PUNTA DEL ICEBERG
 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UNA DERIVACIÓN DE LA FUNCIÓN DE RESOLVER CASOS
 5. A MODO DE CIERRE
-

1. EL SENADO PIDE LA OPINIÓN DE LA CSJN

La presidenta del Senado de la Nación promovió una demanda, con fundamento en el artículo 322 CPCCN, “contra los poderes del Estado Federal” y con el objeto de que la Corte Suprema “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento del al H. Cámara de Senadores de la Nación”.

El planteo del Senado de la Nación a la CSJN debería ser rechazado porque (i) no existe caso judicial sino el pedido de opinión, o (ii) si existiese caso judicial la CSJN no sería competente al no existir motivos para explicar su la competencia originaria a la luz de los artículos 116 y 117 CN. Una de las reglas más antiguas del control de

* Abogado constitucionalista, socio Cassagne Abogados, docente de posgrado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en las universidades Austral, Católica Argentina, de Palermo y del Salvador.

constitucionalidad en nuestro sistema es la ausencia de una competencia revisora preventiva de la legalidad de los actos a pedido de los restantes poderes.

En las actuales circunstancias podría considerarse la posibilidad de una acordada “institucional” del máximo tribunal, pero sería una hipótesis que casi no registra antecedentes en tanto no sea para defender la independencia del Poder Judicial¹.

Por supuesto, junto con la dimensión jurídica existe una dimensión estrictamente política/agonal, en la cual los pros y los contras de un pedido como el realizado por el Senado no podrían ser evaluados aquí por la falta de información de los objetivos e intereses de los actores. Sería perfectamente razonable en términos políticos que se procure, a través de esta presentación, una declaración *obiter* de la CSJN acerca de las competencias de Senado para interpretar su reglamento. Sobre ellos se podría indicar que aun con las mejores y más puras intenciones, forzar las reglas de juego es una solución que difícilmente traiga consecuencias positivas en el corto o mediano plazo.

En otra ocasión he analizado en forma más detallada la prohibición de que el Poder Judicial emita opiniones consultivas, así como la importancia que tiene esta regla para la propia independencia de los tribunales y, en especial, de la CSJN². Aquí solo nos ocuparemos de una pregunta elemental: ¿por qué los jueces?

2. LO ESENCIAL EN OCASIONES ES INVISIBLE A LOS OJOS

Tener presente por qué los jueces controlan la constitucionalidad de las normas, actos u omisiones de los restantes departamentos de gobierno es esencial para determinar el alcance de esa intervención. Solo así es posible que éstos se mantengan en la esfera de sus competencias y, en definitiva, nos permite vivir en un Estado en el que los poderes públicos son creados y regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y las competencias que el ordenamiento jurídico les otorga deben ser ejercidas en el ámbito de las normas generales que los regulan; dicho con otras palabras, ello nos permite vivir en un Estado de Derecho.

Desde esta óptica, el Estado de Derecho refleja la vieja doctrina de la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres³. Se trata de una aspiración que

¹ Uno de los pocos antecedentes “hacia fuera del Poder Judicial” estuvo dada por la tristemente recordada acordada de 1930 respecto del golpe militar que derrocó al gobierno de Hipólito Yrigoyen. La mención en la demanda del Senado de la figura del artículo 322 CPCCN es indicativo de que se pretende darle al caso una naturaleza adversarial y no política.

² *Vid. Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, BdF, Bs.As.-Montevideo, 2016, ps. 191-214.

³ BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 19. El viejo postulado clásico recorre buena parte de la historia de Occidente, desde Aristóteles (POLÍTICA, III, XV, 1286: *El primer aspecto que importa averiguar en esta investigación es saber si resulta conveniente otorgar la soberanía de un hombre virtuoso, o bien depositar esta soberanía en las leyes... La provisión de justicia a partir de disposiciones generales constituye una necesidad para todos los que gobiernan. Pues éstos deben poseer el mismo espíritu universal que la ley, y su ejercicio es más correcto en aquel que se encuentre exento de pasiones y no en quien se encuentre alcanzado*

no constituye un fin en sí mismo, sino una forma de lograr una meta superior: asegurar una determinada serie de derechos que se consideran naturales o inherentes al hombre, los cuales quedarán fuera del alcance de los poderes constituidos, en especial de los cuerpos legislativos. Ello no es más que una forma de procurar que los funcionarios respeten la dignidad de cada ser humano y, con ella, un ámbito en el cual los individuos puedan desarrollar libremente su plan de vida, con un mínimo de interferencia estatal⁴.

Más allá de que sea posible vincularla con un origen no liberal, dentro del movimiento constitucionalista la idea de Estado de Derecho quedó estrechamente unida a la suerte de las concepciones personalistas sobre la relación individuo-sociedad-Estado⁵. La nota esencial que define al gobierno de las leyes o sistema democrático constitucional y lo distingue del gobierno de los hombres o sistema autoritario, está dada por su finalidad específica, esto es, la garantía de la libertad del hombre; el ser humano aparece, en un sentido político, como un fin y el Estado como el medio que sirve para ese fin⁶.

Para conseguir ese fin, el derecho procura estructurar al Estado a partir de la vigencia concreta del principio de legalidad (o juridicidad, si se prefiere en una terminología un tanto más de moda) y, estrechamente ligado a éste, el de supremacía constitucional. El principio de legalidad constituye el rasgo distintivo por excelencia del Estado de Derecho y su presencia en el constitucionalismo es notable⁷. Supone la sujeción de los particulares y los funcionarios al derecho, representado por la ley, pero entendiendo por ella no solo a la ley del Congreso o del Parlamento, sino a todo el ordenamiento jurídico. De allí que cuando se habla de principio de legalidad, la referencia no se limita a la ley formal, en tanto producto del órgano legislativo, sino que se trata de una idea omnicompreensiva de todo el ordenamiento jurídico (Constitución, leyes, tratados, etc.) y, en especial, de un ordenamiento jurídico en el cual las reglas y pautas de conducta estén establecidas de modo previo y en forma clara.

A fin de lograr una sujeción efectiva de los funcionarios públicos a ese ordenamiento jurídico, el constitucionalismo recurre a una serie de técnicas que, con distintos alcances y modalidades, constituyen los elementos estructurales de este movimiento. Ellas son la división entre poder constituyente y poder constituido, la consiguiente sujeción de los poderes constituidos a lo dispuesto por el poder constituyente, expresada a través de la supremacía constitucional, la división entre los poderes constituidos y, en de modo cada

por ellas. La ley resulta siempre impasible, mientras que el alma humana suele ceder fácilmente a la pasión.) hasta nuestros días.

⁴ Se debe tener presente que esta idea de no interferencia estatal en la elección y materialización del plan de vida no debe ser vista exclusivamente como una libertad negativa en el sentido berliniano, sino también como una obligación de las autoridades de proveer un piso o una serie de bienes básicos a partir de los cuales las personas puedan elaborar su proyecto existencial.

⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Estado de derecho*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 21.

⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, t. 7, pp. 189/190.

⁷ Quizás la importancia del principio de legalidad sea todavía mayor, y no deba ser considerado una característica extrínseca de la idea de Derecho sino más bien una exigencia para que un determinado ordenamiento pueda ser considerado Derecho. En cualquier caso, sea intrínseca o extrínseca a concepto de Derecho, la relevancia que el principio de legalidad tiene para el movimiento constitucionalista es fundamental.

vez más difundido, alguna forma de control de constitucionalidad. A estos recaudos podemos sumar también la necesaria publicidad de las normas y su creación por quienes el ordenamiento jurídico determina y según los procedimientos que se establecen al efecto.

Pues bien, todo ese andamiaje teórico se caería si, por ejemplo, los jueces asumieran competencias que no tienen. Si el control de constitucionalidad fuese, como en ocasiones se afirma, una creación pretoriana, ese control de constitucionalidad no podría ser justificado por el derecho constitucional.

3. LOS JUECES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – LA PUNTA DEL ICEBERG

La existencia de un sistema de control de constitucionalidad es uno de los dilemas que enfrenta la creación de un sistema constitucional en un determinado país. Se trata un problema inicial, cuya instrumentación luego podrá presentar todo tipo de variantes y es en ellas en dónde se jugará la suerte de las ideas más generales acerca de la necesidad o conveniencia de un sistema de control de constitucionalidad. Esas variantes no son pocas. Desde sistemas donde el control es depositado en órganos políticos o religiosos, pasando por magistraturas especializadas, tribunales constitucionales, sistemas de control judicial difuso, esquemas que combinan tribunales constitucionales y control judicial difuso, hasta sistemas donde no se advierte la presencia de un control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes constituidos. Todos esos modelos estructurales de control de constitucionalidad se combinan con diferentes formatos en cuanto al momento, los efectos, el objeto, los procedimientos o los sujetos involucrados en ese control. La elección de entre las distintas alternativas posibles es una de las decisiones centrales de todo sistema constitucional, cuyos efectos solo pueden ser adecuadamente valorados si se tiene especialmente en consideración las características sociales del ámbito en el cual se procura implantar. Más allá de su riqueza e interés, se trata de un debate *de lege ferenda* y, como tal, ajeno a este artículo, en el cual no se hará una defensa o crítica del sistema de control de constitucionalidad argentino, sino que se procurará describir sus características. Y para comprender las características y funcionamiento del sistema de control de constitucionalidad argentino es conveniente responder a una pregunta simple, pero de profundidades que en ocasiones pasan desapercibidas.

A la hora de describir el sistema de control de constitucionalidad de la República Argentina, el operador nacional tiende en forma inmediata a hablar de un control de constitucionalidad difuso, que puede ser ejercido por cualquier juez, en cualquier tipo de proceso y cuyos efectos son los de dejar de aplicar la norma en el caso concreto. Sin embargo, pocos operadores jurídicos y no demasiados autores especializados en derecho público, se detienen en una pregunta elemental: *¿por qué?*

En un sistema constitucional que aspira a ser un Estado de Derecho, las competencias de todas las autoridades deben tener como fuente una norma jurídica previa; frente al principio general de libertad que rige la actuación de los particulares, las autoridades estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual han sido habilitados por una norma válida

previa. Esta pregunta es de fundamental importancia para comprender el funcionamiento del sistema de control de constitucionalidad de la República Argentina.

Al momento de sancionar su CN, la República Argentina incorporó un poder judicial inexistente como tal en sus tradiciones, el cual fue pensado y estructurado siguiendo de modo directo e inmediato al artículo III, sección 2da. de la Constitución de los Estados Unidos. Esa decisión, puede agregarse, tuvo lugar medio siglo después de *Marbury vs. Madison*, y en momentos en el cual el *judicial review* practicado por los tribunales estadounidenses era una realidad conocida por diferentes autores de estas tierras, destacándose, por ejemplo, la influencia de Alexis de Tocqueville y el capítulo VI de la primera parte de *La democracia en América*. De esta forma, el sistema de control de constitucionalidad de la República Argentina es tributario del sistema norteamericano, el cual, a su vez, encuentra antecedentes en Inglaterra, en el año 1610, cuando el tribunal de juicios ordinarios de Londres, con el voto de Sir Edward Coke, anuló una norma del parlamento que consideraba contraria al *common law*⁸. Si bien las doctrinas de Coke no encontraron eco en Inglaterra (lugar donde el Parlamento fue considerado plenamente soberano), fueron receptadas en las colonias americanas. Al caso del doctor Bonham, deben sumarse precedentes similares dictados en esas colonias, así como la presencia de una importante corriente de opinión favorable a reconocer en los jueces la capacidad para actuar como límites al poder de las mayorías⁹.

Esa explicación histórica, sin embargo, es insuficiente para responder a la pregunta formulada: *¿por qué los jueces? ¿Cómo se explica el ejercicio del judicial review por parte de los tribunales?*

Al momento del dictado de *Marbury vs. Madison* en 1803, no existía norma constitucional o legal alguna que les atribuyera la potestad de dejar de aplicar una ley del Congreso por motivos constitucionales. Tal norma no existe aún en la Constitución de los Estados Unidos, mientras que en la República Argentina el control de constitucionalidad

⁸ Se trata del denominado *Thomas Bonham case*, donde se dejó sin efecto una ley que permitía al Colegio de Médicos Real imponer multas por ejercicio ilegal de la medicina, percibiendo a su vez el 50% de esas multas. Coke entendió que ello convertía al Colegio en juez y en parte al mismo tiempo, lo cual era contrario al *common law*, el que controla las leyes del Parlamento “y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del derecho o sean de imposible cumplimiento”.

⁹ Se afirma que el *judicial review* era parte del espíritu legal de la época. Entre la revolución norteamericana y *Marbury v. Madison* los tribunales estatales habían afirmado o ejercido el control de constitucionalidad en al menos veinte ocasiones (REDLICH – SCHWARTZ – ATTANASIO, op. cit., p. 3). Un análisis detallado de los antecedentes del caso *Marbury vs. Madison* en los tribunales de las colonias puede encontrarse en TREATOR, William Michael, “Judicial review before *Marbury*”, 58 *Stan. L. Rev.* 455-562 (2005), y del mismo modo en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La *judicial review* en la *Pre-Marshall Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nro. 28, 2011, p. 133-178.

Pocos días atrás, ya en cuarentena, tuve el gusto de recibir un trabajo imprescindible de Manuel García-Mansilla (“*Marbury v. Madison*’ y los mitos de acerca del control de constitucionalidad”), el cual se encuentra en una etapa final de elaboración. En el mismo el autor, con una gran cantidad de material, demuestra con enorme solvencia por qué motivo no es posible sostener, sin caer en un grave error histórico, que el *judicial review* fue una creación pretoriana de los tribunales estadounidenses, sino que, por el contrario, era una consecuencia más o menos necesaria y prevista del artículo III sec. 2º de la Constitución de los Estados Unidos.

recién encuentra una mención incidental en el texto constitucional a partir del año 1994, y tan sólo como una cuestión accesoria al amparo en el nuevo artículo 43 CN.

No se trata de una pregunta menor, pues sin una asignación constitucional de competencias, la asunción por parte de los jueces de una atribución no conferida por el ordenamiento jurídico constituiría un quiebre en uno de los aspectos esenciales de la idea de Estado de Derecho y gobierno limitado. Adoptar una Constitución escrita, para que luego una de las autoridades de esa Constitución asuma competencias que nadie le asignó, parece una traición a las bases mismas del movimiento constitucionalista. En tanto resultaría sumamente difícil de aceptar que ciertas autoridades constituidas, en este caso los jueces, se arroguen competencias que no han sido asignadas por el poder constituyente, la explicación jurídica de cómo ha sido asignada esa competencia constituye una cuestión esencial y que no puede darse por supuesta.

Al mismo tiempo, una vez que se acepta que existe una determinada explicación que sirve de base normativa al control de constitucionalidad por parte de los jueces, y que éste no es una mera usurpación de competencias, no se podría luego pretender ejercer ese control con características o alcances propios de otras explicaciones o fundamentos. En especial, cualquier pretensión de trasplante jurídico en esta materia no podría dejar de considerar su compatibilidad con las bases o fundamentos que explican al *judicial review* en un determinado sistema de gobierno. Pocas preguntas definen tanto a nuestro sistema constitucional como aquella que se interroga sobre el motivo jurídico por el cual los jueces controlan la constitucionalidad de las normas de los restantes poderes.

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UNA DERIVACIÓN DE LA FUNCIÓN DE RESOLVER CASOS

Al no existir en la CN una norma que regule o asigne una competencia específica en materia de control de constitucionalidad, su explicación se sostiene a partir de las competencias que la Ley Fundamental asigna a los jueces. Los artículos 116 y 117 CN enuncia las atribuciones de los tribunales de la Nación del siguiente modo:

Artículo 116.- 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 inc. 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.

Artículo 117.- En estos casos 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.

Estas disposiciones son una traducción casi literal del artículo III, segunda sección, apartado 1º, de la Constitución de los Estados Unidos¹⁰. No es casual, sino más bien el resultado de una decisión constitucional deliberada, que el *judicial review* adoptado por la USSC y los tribunales federales de los Estados Unidos presenta una semejanza sustancial con el sistema argentino, más allá, desde luego, de las múltiples diferencias prácticas o en aspectos accesorios. Pero aun con estos últimos, las ideas basilares que explican el control de constitucionalidad como función judicial son las mismas en ambos sistemas. De allí que no resulte extraño que la doctrina de *Marbury v. Madison* haya sido luego receptada por República Argentina, siendo el primer antecedente judicial en el que se menciona de modo explícito la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una ley el caso *Sojo*¹¹ de 1887. Más allá de la fecha de esa sentencia, distintos antecedentes doctrinarios y legislativos ya reconocían esa facultad de los tribunales, con remisión a los precedentes de los Estados Unidos.

La inexistencia de una competencia judicial específica en materia constitucional, sumada a la mención explícita de la Constitución como parte del material normativo que los jueces deben considerar al ejercer la función judicial y la existencia de un procedimiento agravado de enmienda constitucional, brindó suficiente material normativo al *judicial review*. A partir de allí, la explicación de esa competencia judicial resulta sencilla y puede verse expuesta con claridad por Hamilton en el número LXXVIII de *El Federalista*, y de modo similar por Marshall en *Marbury v. Madison*.

La competencia asignada por la CN a los jueces es la de conocer y decidir las causas que versan sobre la CN y las leyes de la Nación. Al ejercer esa competencia, los jueces deben resolver los conflictos aplicando el ordenamiento jurídico y, en esas ocasiones, es habitual que se encuentren con antinomias, es decir, con normas que establecen soluciones distintas para el mismo caso. Frente a ello, a fin de ejercer la competencia asignada por la CN y decidir la causa que tiene ante sí, el juez debe determinar cuál de esas normas aplicará para resolver la disputa. En tanto la resolución deben tener respaldo en el derecho y no la mera voluntad del juez, deberá brindar algún criterio que explique la forma en la que habrá de resolver la antinomia.

Uno de los elementos sobre los que reposa el constitucionalismo es la presencia de una ley dictada por el hombre, que se autoafirma superior a otras leyes, también dictadas por el hombre. Más allá de que las declaraciones de derecho sean presentadas como una enunciación de derechos naturales y otro tanto se sostenga en ocasiones respecto de los

¹⁰ “El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros”.

¹¹ Fallos 32:120. Debe destacarse que en este caso no se declaró la inconstitucionalidad de una ley, sino que se indicó que si la ley que se analizaba efectivamente confiriese competencia originaria a la Corte Suprema sería inconstitucional. Antes de *Sojo*, debe mencionarse el caso *Criminal contra Ramón Ríos* (Fallos 1:32), del año 1863, en el cual se declara inválido un decreto del PEN que confería jurisdicción criminal al Capitán del Puerto de Rosario, por haber asumido competencias propias del Congreso.

rasgos generales de la división de poderes, la parte orgánica de la Constitución está constituida por un conjunto de disposiciones cuya creación humana no podría ser puesta en disputa; en este último caso, la supremacía de la CN se muestra como una técnica político-jurídica destinada a limitar el poder de las autoridades constituidas¹². Esa supremacía se sostiene a partir de la prohibición explícita de la Constitución sea modificada por los carriles ordinarios; es decir que el poder legislativo de la Nación, depositado en el Congreso, es un poder *secundum constitutione*, pues aun cuando el órgano legislativo tenga competencia para impulsar la modificación de la CN, esa competencia no es legislativa, sino de naturaleza constituyente y solo puede ser cumplida mediante un procedimiento específico que involucra recaudos muy distintos a los de una ley ordinaria.

Frente a ese escenario normativo, de ocurrir una antinomia entre una norma constitucional y una ley del Congreso, no será ya suficiente aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias (ley posterior o ley especial). De otro modo, la Constitución sería libremente modificada a través de leyes ordinarias, desapareciendo el mecanismo agravado para su enmienda. Esto llevaría a que la Constitución dejara de obligar al Congreso, más allá de lo que cualquier otra ley ordinaria podría hacerlo. Desaparecería así la distinción entre poder constituyente y poder constituido y, en buena medida, la supremacía constitucional. Esta última no es esta una solución plausible en sistemas en los cuales la Constitución actúa como norma jurídica y no como principio o pauta política.

En ese escenario constitucional los jueces ejercen su función de resolver causas que versen sobre la CN, y deberán determinar cuál es el derecho aplicable para resolver esas causas. Tal como afirmó Marshall “*no cabe duda de que es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es derecho. Aquellos que aplican la norma a los casos concretos tienen, necesariamente, que explicar e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas*”¹³. Ese último párrafo encierra la esencia o el corazón de la doctrina del control difuso de constitucionalidad. Cuando para resolver un caso, el juez se encuentra frente a un conflicto entre normas constitucionales y otras normas, incluso leyes del Congreso, los jueces deberán resolver el caso aplicando la norma constitucional, obviando la aplicación de aquellas normas que estén en contradicción con esta última.

¹² Se podría continuar hablando de una supremacía constitucional, pero en un sentido mucho más lábil, en el caso de las “*conventions*”, es decir, reglas no escritas y que no pueden ser objeto de reclamos ante el poder judicial, pero que son seguidas por las autoridades políticas de un Estado, en la convicción de que existe un deber de observarlas y cuya violación puede ser objeto de reclamos por vías políticas. Este tipo de reglas dieron forma, durante muchos siglos, a la “Constitución” del Reino Unido. Un ejemplo próximo encontramos, en la década de 1980, en Canadá con el pronunciamiento de la Suprema Corte en *Patriation Reference (Reference re Amendment of Constitution of Canada, -1981- S.C.J. No. 58, -1981- 1 S.C.R. 753, S.C.C.)*. Pueden aquí aplicarse la distinción que utiliza alguna doctrina entre “supralegalidad”, como concepto jurídico, y “supremacía”, como concepto político (cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, ps. 171/190).

¹³ “*It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each... the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty*”

Conceptos similares habían sido expuestos unos años antes por Hamilton en *El Federalista*:

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”¹⁴.

Otro tanto ocurrió con la opinión vertida en el siglo XVIII por el juez Iredell de la USSC en el caso *Chisholm v. Georgia*¹⁵, donde afirmó que, al regular la competencia de los tribunales, el Congreso no debía exceder su autoridad pues, de otro modo, la ley que así lo dispusiera sería completamente nula, al ser inconsistente con la Constitución, la cual es una ley que se encuentra por encima de todas las demás y en caso de incompatibilidad, los jueces deberán obedecer a la ley superior.

De esta forma, una vez que se adopta una Constitución como derecho vigente y aplicable por los jueces, se le reconoce una jerarquía superior al resto del ordenamiento jurídico y se imposibilita su modificación por una ley ordinaria, el control de constitucionalidad pasa a formar parte de la tarea que la Constitución coloca en cabeza del poder judicial, pero no se trata de una función distinta o diferenciable de su labor judicial. Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el juez no hace algo distinto a lo que haría a la hora de decir que cierta ley no se aplica por haber sido derogada, frente a la antinomia decide cuál de las normas aplicará para resolver el caso. La declaración de inconstitucionalidad tiene lugar porque es necesaria para resolver el conflicto, y no porque exista una competencia o función específica del poder judicial que así lo disponga. Esa competencia especial no está prevista en -ni puede inferirse de- la CN.

Esta última constatación parece imponer una tesis que algunos podrían considerar revulsiva, pero es la que más se adecúa a nuestro sistema constitucional. Ella consiste en que la República Argentina los jueces no tienen por función controlar la constitucionalidad de las normas, sino únicamente la de resolver conflictos; para ejercer esa competencia, eventualmente será necesario declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero no se trata de una competencia distinta, sino de la función constitución específica de conocer y resolver causas¹⁶. Es el conflicto humano el que explica, justifica y da sentido al control de constitucionalidad en nuestro sistema constitucional.

¹⁴ *El Federalista*, op. cit., p. 332.

¹⁵ 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

¹⁶ Por supuesto, las implicancias políticas de declarar la inconstitucionalidad de una ley pueden ser muy distintas a las de declarar que esa misma ley ha sido derogada por una ley posterior o que los hechos probados no se subsumen en ella. Pero esa eventual diferencia de importancia política no modifica las características jurídicas de la labor del juez, del mismo modo que un proceso por homicidio no presenta diferencias jurídicas por el hecho de que el imputado sea un particular sin ninguna capacidad de lobby o una persona con un enorme poder político (no muchas declaraciones de inconstitucionalidad tuvieron la importancia institucional o política que el homicidio del José Luis Cabezas o la muerte del fiscal Alberto Nisman en circunstancias que aún son materia de investigación).

Se trata de un sistema de control indirecto, en el cual el análisis constitucional tiene lugar para resolver el caso; éste incluso puede estar ocasionado por la sola sanción de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, pero no se trata de un control ejercido en el mero interés de la legalidad; no hay un control “sobre la ley” sino “con ocasión de la ley”¹⁷. No se trata tampoco de una función específica de un tipo de funcionarios (los jueces), sino de una consecuencia de una determinada función a cargo de esos funcionarios. Es la función judicial de resolver los casos enumerados en el artículo 116 CN, y no la persona del juez, lo que explica el control de constitucionalidad. De allí que pueda afirmarse, aún hoy, que el control de constitucionalidad es incidental; lo es en el sentido de que los jueces sólo lo ejercen en el marco de la función jurisdiccional y, al menos en principio, no puede sostenerse que esa misma atribución esté presente cuando ejercen funciones administrativas o legislativas¹⁸. Se controla la constitucionalidad de una ley o de un acto a fin de resolver conflictos y, a través de ello, tutelar los derechos, pero la CN, en forma deliberada, ha privado a los tribunales en general, y a la CSJN en particular, de facultades de revisión general sobre la legislación. El poder judicial de la nación no actúa como un ombudsman, ni cuenta con un poder genérico de veto sobre la legislación.

Es correcto decir que buena parte de los contornos del control de constitucionalidad tienen un origen jurisprudencial, pero no debe exagerarse sobre este punto. La idea central del control de constitucionalidad como una parte de la función judicial se encuentra inserta en el artículo 116 CN y cuando el mismo fue adoptado en nuestro país, *Marbury v. Madison* ya tenía medio siglo de antigüedad y formaba parte de la interpretación constitucional del art. III, sec. 2da de la Constitución de los Estados Unidos¹⁹.

Un buen ejemplo de esas explicaciones puede verse en *La Democracia en América* de Alexis de Tocqueville, en cuya primera parte, publicada en 1835, describía al control de constitucionalidad en los Estados Unidos de la siguiente manera:

...los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero habiendo obligado a éstos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han

¹⁷ La distinción se encuentra en términos similares en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N° 11 (2005), ps. 19-75, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/844> (último ingreso 27.12.2019), y de PEGORARO, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago-Chile, 2017, ps. 74 y 264.

¹⁸ La definición de jurisdicción y de funciones jurisdiccionales y su correlato o distinción con la función judicial ha dado lugar a gran cantidad de páginas. Dejando por un momento de lado esos debates, parece de todas formas indispensable distinguir entre las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales con independencia del órgano que emite el acto; a tal fin en este libro se hará mención a las funciones jurisdiccionales como a la competencia propia de los jueces integrantes del poder judicial de la Nación, de árbitros y de otras personas (v.gr., jurados, Senado de la Nación en el juicio político, etc.) de resolver conflictos como terceros imparciales e independientes, a través de un proceso contradictorio.

¹⁹ La CSJN, en *Gómez, Juan Carlos* (Fallos 2:36 -1865-) afirmó “...que nada nos induce a creer que los autores de nuestra Constitución, al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, tuviesen presente la legislación española; antes por el contrario, es una verdad evidente que, solo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados-Unidos en esta parte... y así, es a los principios consignados en la misma Constitución y a la jurisprudencia de aquellos Estados que debe ocurrirse para conocer el alcance de esta jurisdicción sin precedentes legítimos entre nosotros”.

disminuido mucho los peligros de tal poder. Si el juez hubiera podido atacar las leyes, de una manera teórica y general; si hubiera podido tomar la iniciativa y atacar al Legislador, hubiera entrado decididamente en la escena política. Convertido en el campeón o en el adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen el país a tomar parte en la lucha... En este sistema no se ve expuesta [la ley] a las agresiones diarias de los partidos. Al señalar las faltas del legislador, se obedece a una necesidad real: se parte de un hecho positivo y apreciable, puesto que debe servir de base a un proceso. No sé si esta manera de obrar de los tribunales norteamericanos, al mismo tiempo que es la más favorable al orden público, no es también la más favorable a la libertad. Si el juez no pudiera atacar a los legisladores sino de frente, hay épocas en que temería hacerlo y hay otras en que el espíritu de partido lo impulsaría a atacarlas cada día. Así sucedería que las leyes podrían ser atacadas cuando el poder de donde emanan fuera débil, sometiéndose a ellas sin murmurar cuanto fuera fuerte... Estrechado en sus límites, el poder concedido a los tribunales norteamericanos de pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes forma aún una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas²⁰.

Esta misma era la explicación que existía en la República Argentina del control de constitucionalidad al adoptarse el régimen constitucional. En concreto, en el Senado de la Confederación, reunido en Paraná, en el marco del debate de la ley 186 (antecedente de la ley 27), el senador Zapata describió la idea que se tenía en la década de 1850 de la función de los tribunales y del control de constitucionalidad con las siguientes palabras:

Nuestros jueces federales, como los norteamericanos y según las sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo, conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintos de todo juez común. Conservan su primer carácter que es servir de árbitro entre partes, porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso. Mientras una ley no da lugar a una contestación y reclamo, el Poder Judicial no se ocupa de ella; jamás se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo (...) Conservan el segundo carácter del Poder Judicial que consiste en pronunciar siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales. Perderían este carácter si atacasen directamente un principio general, sin tener en vista un caso particular, pues entonces desempeñarían una función muy diferente de la de magistrado; pero no saldrán de su órbita natural, si para resolver una cuestión particular destruyen un principio general, es decir, no aplican una ley que juzgan inconstitucional estando seguros de que enervando de la misma manera con sus fallos cada una de las consecuencias de ese principio o ley, ésta se esterilizará y quedará al fin sin efecto. Conservan por fin el tercer carácter peculiar de todo Poder Judicial que consiste en no poder obrar sino cuando se le invoca o es requerido. Los jueces federales son por su naturaleza pasivos: es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan; que se les denuncie o acuse un crimen para que lo castiguen, que se les pida corrección de una injusticia para que la corrijan o enmienden; que se les someta en fin un acto y se reclame de él para que lo interpreten y juzguen. Ellos no irán jamás espontáneamente y por sí mismos a perseguir al criminal, a buscar la injusticia o a indagar y examinar los hechos²¹.

²⁰ TOQUEVILLE, Alexis de, *La Democracia en América*, Primera Parte, Capítulo VI, Fondo de Cultura Económica, 13ra. ed., México, 2005, p. 109/110.

²¹ Citado en PEREZ GUILHOU, Dardo, "Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857-1858)", en *Revista de Historia del Derecho del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, N° 10, Bs. As., 1982, p. 147. Acerca de la utilización de *La Democracia en América* y *El Federalista* en los debates sobre la función del poder judicial de la Nación y el control de constitucionalidad a mediados del siglo XIX en Argentina se puede consultar también BOSCH, Beatriz, "El poder judicial en la Confederación Argentina (1854-1861)", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 15, Buenos Aires, 1964, ps. 11/36, en especial ps. 28/33.

Es interesante advertir que esta posición no estuvo exenta de críticas. Sin embargo, las críticas provenían de quienes cuestionaban incluso este control de constitucionalidad difuso o incidental, y no porque existieren planteos que intentase convertirlo en un control directo de la ley²². Una vez instalado el Congreso Nacional se sancionó la ley 27. Esta ley, que en gran medida sigue los lineamientos de la ley 182 de la Confederación, en su todavía vigente Capítulo I, detalla la “*Naturaleza y funciones generales del Poder Judicial Nacional*”, y en el artículo 3, explicita de modo claro la decisión constitucional que surge del artículo 116 CN al disponer que:

Uno de sus objetos [de la justicia nacional] es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.

En ese marco, la declaración de inconstitucionalidad de una ley aparece como una cuestión eminentemente judicial y de naturaleza incidental o concreta. Se trata de aplicar el ordenamiento jurídico en la resolución de los conflictos y, si es necesario, dejar de aplicar las leyes dictadas por el Congreso en tanto sean contrarias a ese ordenamiento.

5. A MODO DE CIERRE

Lo he dicho antes y voy a repetirlo aquí: tener presente por qué los jueces controlan la constitucionalidad de las normas, actos u omisiones de los restantes departamentos de gobierno es indispensable para asegurar que el Poder Judicial se mantenga en la función constitucionalmente asignada y, en definitiva, que no usurpe atribuciones de las cuales carece.

A pesar de que esta última afirmación parezca una defensa de las atribuciones de los restantes poderes -desde luego que también lo es- el respeto de sus propias competencias por parte del Poder Judicial es uno de los caminos más importantes para construir, defender y mantener su independencia. Un Poder Judicial asumiendo competencias que no son propias no sino la antesala o el epílogo de un poder judicial metido en el barro de una lucha agonal para la cual no está preparado para dar y que, desde luego, resultaría ajeno a sus competencias.

Finalmente, y sobre la posibilidad de sesionar en forma virtual, todo parece resumirse en el alcance del propio reglamento del Senado, ya que no existen reparos constitucionales en tanto se aseguren los aspectos técnicos, tal como bien lo está haciendo la Cámara de Diputados. Frente a ello, si el reglamento lo prohibiese o fuese dudoso - como parece que lo es- sería indispensable una sesión para acordar una modificación a ese reglamento; y sin existe un bloqueo sobre esta alternativa, existen alternativas para obligar a los senadores a concurrir o, en una última instancia, sería la ciudadanía quien deberá reclamar a los representantes el incumplimiento de sus deberes.

²² *Idem ant.*