
“Discusiones sobre el Control de Constitucionalidad en la Argentina: ¿Necesidad de crear un tribunal constitucional?”

Autor: **Franco Mattiello***

RESUMEN

El Poder Judicial cumple la elemental función de ejercer de guardián y último custodio de la Constitución Nacional. Ésta, en tanto ley suprema de un Estado de Derecho, constituye la piedra fundamental y máxima protección de los derechos y garantías de la ciudadanía. De allí que la protección de la supremacía constitucional, a través del Control de Constitucionalidad, sea un tópico elemental en las discusiones sobre el rol del poder judicial en la democracia constitucional. La discusión que se propone radica en determinar cuál es el método más idóneo para el cumplimiento del mencionado papel. En la República Argentina rige el sistema difuso de control de constitucionalidad, el cual se halla en cabeza de todos los magistrados y magistradas. En este trabajo, a diferencia del estado de situación actual, consideramos y argumentamos que el mejor sistema sería uno de tipo concentrado, en cabeza de un Tribunal Constitucional de la República Argentina.

PALABRAS CLAVE

Democracia constitucional. Supremacía Constitucional. Control de Constitucionalidad. Poder Judicial. Tribunal Constitucional.

SUMARIO

I. Introducción; II. El Control de Constitucionalidad. Sistemas Existentes; III. El Control de Constitucionalidad en la Argentina; IV. El Control de Constitucionalidad en el Derecho Comparado. El Tribunal Constitucional Español; IV.1. El Tribunal Constitucional Español; V. ¿Creación de un Tribunal Constitucional Argentino?

* Franco Mattiello es abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y, actualmente, Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de San Andrés.

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial, en tanto constituye uno de los principales poderes que componen el Estado, tiene un rol elemental en la garantía de la plena vigencia de la democracia constitucional; deber que se refleja en múltiples funciones que se encuentran a su cargo.

Pero, a los efectos del presente trabajo, nos propondremos analizar sólo uno, quizás aquel que, en términos deductivos, aparece con mayor claridad. Nos referimos al papel de guardián y máximo custodio de la constitución nacional que ejercen los jueces de la nación, a la luz – en nuestro caso – del artículo 116 de nuestra Carta Fundamental¹, en cuanto establece contundentemente que “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...”.

Dicho artículo, además de delimitar la competencia federal – concretamente, aquella que resulta de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema – consagra el deber, en cabeza del Poder Judicial, de preservar la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino.

Como se mencionará en la oportunidad pertinente, dicha función carece de regulación específica en nuestro país, lo que desencadena una serie de inconvenientes, motivados, fundamentalmente, en la incertidumbre legislativa, que, a su vez, impone la necesidad de acudir a la reglamentación jurisprudencial; con los inconvenientes que ello representa.

Ahora bien, el planteo que se pretende abordar a lo largo de estas líneas se centra en analizar si nuestro sistema de control de constitucionalidad vigente es idóneo para el cumplimiento de dicha finalidad. En otras palabras, si es necesario avanzar – o no – hacia una reforma en el sistema de control de constitucionalidad que rige en nuestro país, con el estricto propósito de que el Poder Judicial se encuentre en condiciones óptimas y acordes para desempeñar su misión de guardián y último intérprete de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional y las Leyes de la Nación.

No se trata de una discusión de índole abstracto – ni mucho menos – en cuanto refiere al estudio del rol del Poder Judicial en la consolidación de la democracia constitucional, pues, como ha sostenido cierta doctrina, “los debates sobre el control de constitucionalidad de las leyes son, en definitiva, debates sobre la función del [poder] judicial y el modelo de estado por el que se opta²”.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMAS EXISTENTES

Puede definirse, resumidamente, al control de constitucionalidad como aquella potestad de poder público (político, legislativo, jurisdiccional o mixto, según el caso) consistente en la salvaguarda de la vigencia y supremacía de la Ley Suprema de un Estado, frente a supuestos de conflicto entre ésta y las normas inferiores dictadas por los órganos constituidos.

El maestro Bidart Campos refiere que la fórmula del control de constitucionalidad en nuestro país fue acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1865, oportunidad en la que dictó el precedente “La Municipalidad de la Capital c/doña Isabel A. de Elortondo s/Expropiación; por inconstitucionalidad de la Ley del 31 de octubre de 1884 (CSJN Fallos 33:162)”, del siguiente modo:

“Que es elemento de 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

¹ Ver al respecto, Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 22

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...³”.

Cuando de control de constitucionalidad se trata, el fallo “Mardbury vs. Madison de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos” representa una cita obligada. En el año 1803, el máximo tribunal federal de los Estados Unidos dictó la referida sentencia que, podría afirmarse sin temor al yerro, constituye el *leading case* en la materia.

Previo a destacar los argumentos más relevantes del conflicto resuelto por el máximo tribunal de justicia de los Estados Unidos, es menester realizar una somera mención a los hechos del caso. Tras las elecciones presidenciales del año 1800, se produjo un cambio en el esquema de poder en los nacientes Estados Unidos, con el triunfo de Thomas Jefferson, quien asumiría el puesto de presidente de la Nación recién en marzo del año 1801. Mientras tanto, el presidente saliente, John Adams, realizó una serie de nombramientos judiciales de suma relevancia – entre ellos, designó a su secretario de Estado en el cargo de presidente de la Corte Suprema de Justicia – y, además, promovió la aprobación en el Congreso de la Ley Orgánica del Distrito de Columbia que, junto con otras, le permitieron efectuar el nombramiento de 42 jueces de paz para dicho distrito, entre los que se hallaba William Mardbury. Culminados los procedimientos de rigor, el secretario de Estado colocó el sello de los Estados Unidos en cada uno de los nombramientos, pero, sin embargo, cuatro de estos nombramientos nunca llegaron a sus respectivos destinatarios, producto del cambio de autoridades.

Al asumir el cargo, el presidente Jefferson intentó revocar todas aquellas normas que autorizaban los nuevos juzgados y, además, ordenó a su secretario de Estado a que retuviera los nombramientos firmados por el presidente saliente, a efectos de evitar la asunción al cargo de los cuatro jueces que aún no habían recibido sus nombramientos.

Frente a tal maniobra, Mardbury y los otros tres jueces afectados, promovieron una acción originaria ante la Corte Suprema, a fin de que ésta le ordenase al Gobierno a efectivizar la entrega de los nombramientos correspondientes.

Si bien la *lid constitucional*⁴ que debía resolver el máximo tribunal federal de los Estados Unidos se centraba, esencialmente, en determinar si la Constitución le asignaba o no competencia para conocer, por la vía originaria, el asunto sometido a su consideración, los argumentos de los que se valió permitieron comenzar a construir lo que, posteriormente, constituiría la doctrina del control de constitucionalidad.

En este contexto, la Corte estadounidense partió de plantear un camino bifurcado en dos alternativas, destacando que entre ellas no existe un punto intermedio: “La Constitución es la ley superior, la ley más importante, que no puede ser cambiada por medios ordinarios; o está al nivel de una ley ordinaria y, como otras leyes, puede ser alterada cuando al Congreso le plazca hacerlo”. Sentado este punto, afirmó que “si la primera de estas alternativas es verdadera, entonces una ley contraria a la Constitución no es derecho; si la segunda alternativa es verdadera, entonces las constituciones escritas son un intento absurdo del pueblo para limitar el poder, en su propia naturaleza inimitable”. Finalmente, inclinada por la primera de las alternativas, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que: “ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las han considerado como la ley fundamental y suprema de la Nación y, consecuentemente, la teoría de un gobierno de ese tipo debe ser que *una ley repugnante a la Constitución es nula*” (el destacado nos pertenece).

En base al precedente Mardbury vs. Madison, la doctrina constitucional de todas las latitudes comenzó a diseñar el esquema dogmático que, hasta la fecha, dominará las formas y metodologías adoptadas para diseñar los distintos sistemas de control de constitucionalidad vigentes en cada uno de los Estados.

³ Bidart Campos, German J., Manual de la Constitución Reformada, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 336.

⁴ Utilizamos en el texto el término “Lid Constitucional”, concepto adoptado por Maraniello quien la define como “todo conflicto intraconstitucional, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución” (Maraniello, Patricio, La Lid Constitucional. Una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato, México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014, pp. 4).

En orden a lo expuesto, es posible sostener que el control de constitucionalidad es obra de cada Estado, que adopta el sistema que entiende más adecuado a la realidad de su ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, tras años de elaboración doctrinaria, jurisprudencial e, incluso, legislativa, se han ensayado numerosas clasificaciones de los sistemas de control de constitucionalidad. Pablo Manili⁵ esboza una clasificación sumamente clara, desde el punto de vista pedagógico y expositivo, refiriendo que los sistemas de control de constitucionalidad se clasifican del siguiente modo: 1) De acuerdo a quien lo realiza, pudiendo tratarse de un control “concentrado” – en donde existe un solo órgano facultado para realizar el control de constitucionalidad –, o “difuso” – cuando, al contrario del anterior, no hay un único órgano con potestad exclusiva para efectuar dicho control –; o bien, “mixto, dual o paralelo” – en el que existen casos en los que el control es efectuado con efectos derogatorios y otros en los que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se producen únicamente entre las partes –; 2) De acuerdo al momento en el que se realiza, es decir, si el control es anterior o posterior a la entrada en vigencia de la norma, o bien, si se realiza en ambos sentidos; 3) y, finalmente, de acuerdo al resultado del control; ergo, si produce efectos derogatorios (o “erga omnes”), o si los efectos son inter partes, lo cual implica que la norma que se declara inconstitucional lo es únicamente para las partes, pero permanece vigente en el ordenamiento jurídico.

Cada sistema de constitucionalidad se integra con una u otra de las clasificaciones referidas. De tal forma, que puede estarse frente a un control de constitucionalidad concentrado, previo y con efectos derogatorios, o bien frente a uno difuso, posterior, con efectos inter partes, y así sucesivamente.

Naturalmente, la forma en que se estructure el control de constitucional impactará sustancialmente en la solvencia, integridad y seguridad del ordenamiento jurídico de que se trate; pero, sobre todo, repercutirá de un modo sumamente esencial en la calidad democrática del ordenamiento constitucional de cada Estado. Ello así, pues, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica dependerán, necesariamente, del sistema de control de constitucionalidad vigente en cada Estado.

Sobre este punto, asimismo, resulta adecuado atender a las teorías de las nulidades constitucionales. En rigor, Manili plantea una distinción entre nulidades constitucionales propias e impropias, en función de que se hallen expresamente previstas en la Ley Fundamental o no; pero, sin embargo, aclarar que, en materia constitucional todas las nulidades son absolutas⁶.

Ahora bien, esta separación impone definir, por un lado, en qué supuestos el Poder Judicial puede (o, incluso, debe) proceder a declarar la nulidad de una norma emanada del Congreso de la Nación o del Poder Ejecutivo Nacional, y en qué otros deberían limitarse a la declaración de inconstitucionalidad. Por el otro lado, también, exige clarificar los efectos de uno u otro acto.

En pocas palabras, el autor citado precedentemente considera que procederá la declaración de nulidad en aquellos casos en los que la nulidad se encontrare expresamente establecida en la Constitución Nacional (nulidades propias), o bien cuando el acto viciado se aparta procesal o materialmente de una pauta o prohibición expresa trazada por el constituyente (nulidades impropias); mientras que, cuando no se presentan tales situaciones, los magistrados sólo deberán declarar la inconstitucionalidad de la norma, cuando ésta se hallare en una contradicción insalvable con la ley suprema⁷.

Ahora bien, en nuestro país, si bien es cierto que existen nulidades constitucionales absolutas (v.gr., Arts. 9, 16, 17, 18, 29, 32, 36 CN, entre otras), no es menos cierto que el sistema difuso de control de constitucionalidad y la ya señalada carencia de una cultura del *stare decisis*, representan un obstáculo para el establecimiento de efectos nulificantes de dicho control.

De allí la importancia de analizar responsable y pormenorizadamente si el sistema de control de constitucionalidad vigente en nuestro país resulta adecuado para el objetivo de garantizar la integridad de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵ Manili, Pablo L., Manual de Derecho Constitucional, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019, pp. 109/111.

⁶ Manili, Pablo Luis, Teoría Constitucional, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 156

⁷ Idem. pp. 162.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

Habiendo abarcado la conceptualización del control de constitucionalidad, así como también la delimitación de los distintos sistemas construidos por la doctrina y la jurisprudencia, corresponde ahora detenerse en el estudio del funcionamiento del control de constitucionalidad en la República Argentina. Sabemos que en nuestro país rige, en materia de control de constitucionalidad, lo que la doctrina constitucional tradicional ha denominado sistema “difuso”.

Ahora bien, como fuera adelantado en la introducción, la Constitución no regula – o, al menos, no lo hace expresamente – el control de constitucionalidad. Dalla Vía refiere que, al igual que la Constitución de los Estados Unidos de América, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema quien ha ido delineando los contornos y reglas en que dicho control se desenvuelve, aunque algunos preceptos hayan sido receptados legislativamente⁸.

En rigor, de la letra del artículo 116 de la Constitución Nacional, pareciera surgir, únicamente, el deber de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los demás tribunales inferiores de preservar la supremacía constitucional (Art. 31 CN), más no aclara en qué medida y con qué alcances corresponde a cada uno de ellos. En este sentido, de una interpretación literal de la norma, podría concluirse que, un Juez o Jueza de primera instancia puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con la misma entidad o fuerza que podría hacerlo la Cámara Federal de Casación Penal o, llevado al extremo, la mismísima Corte Suprema de Justicia de la Nación – máxime si se tiene presente que, en la Argentina, no se halla afianzada una doctrina del *stare decisis* o del precedente obligatorio, propia de los sistemas concentrados, en los que no hay diversidad de enfoques, sino más bien lo contrario⁹.

Además, no puede soslayarse el hecho de que los principios y garantías constitucionales atraviesan transversalmente a todo el ordenamiento jurídico, de manera que cualquier controversia puede, en definitiva, suscitar cuestionamientos hacia alguna cláusula de la Constitución Nacional. Esto puede apreciarse claramente de la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a partir de la interpretación de las disposiciones del artículo 14 de la Ley N° 48 ha habilitado su instancia de revisión extraordinaria para el tratamiento de cuestiones de la más diversa índole y materia, por existir el “agravio federal” exigido por la referida norma y por la Acordada N° 4/2007.

Con lo referido hasta aquí, puede advertirse, en primer lugar, que no existe claridad suficiente respecto de las materias susceptibles de control de constitucionalidad, lo cual resulta factible de generar conflictos Inter poderes, desde el punto de vista de la división constitucional entre estos. Ello, naturalmente, trae aparejados conflictos de orden republicano, que dañan – en mayor o menor medida – la democracia constitucional. El principio republicano de gobierno impone – en palabras de Balbín – el establecimiento de un sistema de frenos y contrapesos, conforme al cual la división de los poderes se asienta en el racional equilibrio de recíprocos controles¹⁰. Resulta harto evidente que un sistema en el cual miles de jueces o juezas se encuentren facultados para revisar la adecuación constitucional de cualquier tipo de acto emanado de los poderes mayoritarios, sin que existan criterios tendientes a uniformar dicha actuación, provoca desequilibrios claros en materia de representatividad republicana.

Pero la problemática antes señalada cuenta con otra arista distinta, pero estrechamente vinculada a la anterior. A saber, no puede soslayarse que, de conformidad con el sistema de control de constitucionalidad vigente en la República Argentina, cualquier magistrado o magistrada, sea de la Nación (Federal) o de cualquiera de las 23 Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra facultado para decretar la inconstitucionalidad de una Ley sancionada por el Congreso de la Nación. He aquí el segundo gran problema

⁸ Dalla Via, Ricardo Alberto, La Justicia Constitucional en Argentina, pp. 35 (consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976242.pdf>)

⁹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, La doctrina del precedente obligatorio *stare decisis* y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, REVISTA JURISPRUDENCIA ARGENTINA Nro. 5826, 1993, pág. 2 (Id SAIJ: DACA930271)

¹⁰ Balbín, Carlos, Manual de Derecho Administrativo, 4ª ed., actualizada y ampliada, 2ª reimpr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020, pp. 22.

que se advierte, desde el punto de vista de la democracia constitucional: Jueces o Juezas, designados por mecanismos que no prevén la participación popular directa, cuentan la facultad de “desechar” una norma sancionada por los representantes del pueblo de la nación (Diputados/as) y de las Provincias (Senadores/as).

Pero los inconvenientes no se acaban allí, sino que lo decidido por cualesquiera de esos miles de jueces y juezas de primera instancia – independientemente del fuero que se pretenda analizar en concreto – puede ser revertido por las instancias revisoras y, en última instancia, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, representa serios problemas de seguridad jurídica que repercuten, entre otras cuestiones, en una violación al principio de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Son numerosos y variados los Estados que han avanzado hacia la conformación de tribunales constitucionales a fin de garantizar la supremacía e imperio de sus Cartas Fundamentales. A modo de ejemplo, pueden citarse los casos de Italia, España, Francia, Alemania, entre tantos otros.

Ahora bien, a los fines de este trabajo, y por estrictas razones de extensión, nos detendremos en el estudio breve del caso del Reino de España. La razón de dicha elección dista de ser caprichosa, pues, son conocidas las semejanzas entre el ordenamiento jurídico de dicho Estado con el nuestro.

El Tribunal Constitucional Español, de conformidad con su conformación actual, se encuentra previsto en el Título IX de la Constitución Española, al cual se le agrega la reglamentación específica de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre de dicho año.

Resumidamente, la Constitución del Reino de España prevé una composición de 12 miembros nombrados por el Rey, de los cuales, cuatro lo serán a propuesta del Congreso (por mayoría de tres quintos de sus miembros), cuatro a propuesta del Senado (por idéntica mayoría), dos a propuesta del Gobierno y los dos restantes a propuesta del Consejo General del Poder Judicial¹¹ (Art. 159.1). A su vez, el artículo 159.3 establece que los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 161 de la Carta Magna española, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, para el tratamiento de los siguientes asuntos: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de la Constitución¹²; c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

A partir de la expresa remisión formulada por el inciso d) antes referido, el legislador español fue agregando diversas materias que fueron sometidas a la competencia del Tribunal Constitucional, tales como el recurso de amparo electoral (cfr. Ley Orgánica 5/1985), el procedimiento de impugnación de leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas con la autonomía de las Administraciones Locales (cfr. Ley Orgánica 7/1999); el procedimiento de impugnación de normas forales en materia fis-

¹¹ El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de Gobierno del Poder Judicial del Reino de España, el cual está integrado por el presidente del Tribunal Supremo, en carácter de presidente, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un período de cinco años. De éstos, doce son nombrados entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

¹² El artículo 53.2, referido a las garantías de las libertades y derechos fundamentales, establece: “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

cal (Ley Orgánica 1/2010), el recurso previo de inconstitucionalidad, aplicable únicamente para los Proyectos de Estatutos de Autonomía, así como para sus propuestas de reforma (cfr. Ley Orgánica 12/2015), entre otras. A su vez, el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1979 amplía, en sus quince incisos, la materia de competencia del Tribunal, aunque respetando lo expresado por la Constitución. Asimismo, el artículo 27.2 de la citada norma destaca que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad los siguientes actos: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas; b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley; c) Los Tratados Internacionales; d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas; f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Para finalizar, resulta de sumo interés atender a los efectos que, tanto la Constitución Española como la Ley Orgánica 2/1979 otorgan a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En este sentido, el artículo 161.1.a) de la Constitución establece que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

A su turno, el inciso 2 del citado artículo agrega que “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1979 reza, en su artículo 39.1, que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. Ahora bien, seguidamente, dicha norma aclara que la referida nulidad produce efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, salvo respecto de aquellos casos en los que resulte de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más benigna¹³.

De lo expresado, podemos afirmar, sin temor al yerro, que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Reino de España es de carácter concentrado, en tanto se lo concibe como un órgano jurisdiccional independiente de los demás órganos constitucionales, único en su orden (cfr. art. 1, L.O. 2/1979), respecto del cual no se admiten planteos tendientes a cuestionar su jurisdicción o competencia en el conocimiento y decisión de las materias que la Constitución le asigna (cfr. art. 3, L.O. 2/1979).

V. ¿CREACIÓN DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINO?

Luego del estudio realizado en los apartados precedentes, nos encontramos en condiciones de anticipar una conclusión sobre una temática que, entendemos, amerita una discusión que excede del ámbito estrictamente jurídico, puesto que se trata de una decisión de índole eminentemente política.

Desde el punto de vista jurídico, son numerosos los argumentos en favor o en contra que pueden plantearse respecto a la propuesta de crear un tribunal constitucional en la República Argentina que concentre la función de control de constitucionalidad, con efectos derogatorios y *erga omnes*.

Ahora bien, nuestra postura, en virtud de las problemáticas advertidas en torno al sistema vigente, es favorable respecto de la creación de un tribunal de estas características, de acuerdo con los principios básicos que procederemos a mencionar a continuación. El principal argumento en que se sostiene dicha postura radica en la necesidad de dar fin a la situación vigente en materia de inseguridad jurídica que un control

¹³ Artículo 40.1. Ley Orgánica 2/1979: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

de constitucionalidad difuso conlleva – independientemente de los criterios que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha esforzado por establecer, respecto a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la “última ratio del ordenamiento jurídico (Fallos CSJN: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros) – en tanto importa la habilitación para el establecimiento de criterios dispares en torno a la aplicación e interpretación de las Leyes Federales y Locales, lo cual, en otras palabras, se traduce en serios problemas en materia de igualdad ante la ley (Art. 16 CN).

Pero, también, se entiende que el control de constitucionalidad de carácter difuso importa un desequilibrio considerable en materia de distribución de competencias y división de poderes, en tanto funcionarios y funcionarias que representan un poder “contra mayoritario”¹⁴ – en el sentido de que su nombramiento no se deriva de la aplicación de mecanismos de elección democrática directa – cuentan con el poder político suficiente de decir la inaplicabilidad, en un caso concreto, de una norma sancionada por los representantes del pueblo, de conformidad con los mecanismos constitucionales previstos al efecto.

Ya Montesquieu sostenía, en su gran obra “Del Espíritu de las Leyes”, que “es también una ley fundamental de la democracia que sólo el pueblo haga las leyes”¹⁵. Y, en un sistema republicano de gobierno como el nuestro, el pueblo “no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades” (Art. 22 CN), de manera tal que los únicos legitimados para legislar y – *contrario sensu* – derogar leyes en un nuestro sistema constitucional son el Congreso de la Nación, en tanto representante del soberano (del pueblo), y, en la medida establecida por la propia Constitución, el Poder Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, no pasamos por alto que los argumentos hasta aquí esgrimidos para cuestionar el sistema difuso de control de constitucionalidad – en el sentido de que otorga a cientos o miles de funcionarios no elegidos popularmente el poder para desechar normas sancionadas por los representantes del pueblo – resultan aplicable, también, *mutatis mutandi*, para criticar el sistema concentrado, pues, en este caso, un único tribunal (que tampoco resulta elegido por ejercicio de la democracia directa), cuenta con los poderes necesarios para inaplicar las normas sancionadas por el Poder Legislativo.

Ello ha sido advertido, con notable claridad expositiva, por Vanossi, quien sostuvo que:

“Si la ley era la expresión más auténtica de la soberanía popular y la sancionaban representantes elegidos directamente por el pueblo, jamás podía un juez – órgano administrativo indirectamente designado, es decir, a través del gobierno – que no dependía de la confianza del pueblo ni de la renovación del pueblo, impedir que se aplicara la expresión soberana del pueblo. Jamás podía un juez – burócrata desconocer a la ley soberana¹⁶”.

Por lo tanto, si bien consideramos que un sistema de control de constitucionalidad concentrado resulta más virtuoso, a los efectos de afianzar la democracia constitucional, a través de la garantía de principios elementales de todo Estado de Derecho, tales como el principio republicano de gobierno, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la separación de poderes, el debido proceso legal, el acceso efectivo a la justicia, etcétera; también creemos que, a la hora de diseñar la ingeniería institucional que gobernará dicho control, resultará pertinente matizar sus presupuestos elementales.

Tales argumentos, en consecuencia, serán de utilidad para delimitar los criterios que, según entendemos, deberán regir la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República Argentina.

En virtud de lo expuesto, y para concluir, entendemos que el establecimiento de un Tribunal Constitucional de la República Argentina debería tener presente los siguientes criterios o presupuestos mínimos:

¹⁴ Sobre este carácter, Gargarella Roberto; La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1996.

¹⁵ Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, 1ª ed., Buenos Aires, Losada (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 2007, pp. 41.

¹⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo, Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad, T. II, Buenos Aires, Ed. De Palma, pp. 87/88

- a) Deberá tratarse de un tribunal de naturaleza jurisdiccional (no política), conformado por jueces y juezas con probada experiencia en materia de derecho constitucional y procesal constitucional.
- b) Tales magistrados y magistradas deberán ser designados de conformidad con las reglas establecidas al efecto por el artículo 114 de la Constitución Nacional y las normas reglamentarias vigentes en la materia¹⁷.
- c) A diferencia del caso de los jueces tradicionales, consideramos que sería conveniente que los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional sean designados por un periodo determinado de tiempo, con posibilidad de ser renovados en el cargo por una única vez, por un periodo idéntico. Se trata de un sistema similar al vigente en el Tribunal Constitucional Español. La razón de dicha distinción radica, esencialmente, en la sensibilidad de la materia que el Tribunal Constitucional debería tratar, de acuerdo con lo expresado en los acápites precedentes, pues, se trata de funcionarios que no son elegidos en virtud de mecanismos de la democracia directa que gozarían de los poderes suficientes para nulificar normas aprobadas por el Congreso de la Nación o el Poder Ejecutivo Nacional.
- d) Considerando el sistema federal de gobierno que rige en nuestro país, así como también a las diversas realidades que existen en cada una de las jurisdicciones locales, la composición de tribunal debe ser amplia – en términos numéricos – y deberá procurar la mayor representatividad posible desde el punto de vista político, social, geográfica, étnica, de género, etcétera.
- e) Atendiendo al principio elemental de la democracia constitucional, en virtud del cual el único facultado para sancionar las leyes es el soberano (el pueblo), quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades, la declaración de inconstitucionalidad de una norma, previo a producir sus efectos nulificantes y la consecuente expulsión de aquella del ordenamiento jurídico, podrá ser revisada por el Congreso de la Nación, quien podrá ratificarla. En concreto, se propone el sistema adoptado por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en su artículo 113, establece que “...La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma “salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior...” (el destacado nos pertenece). El sistema que se propone, empero, no aplicaría para la declaración de inconstitucionalidad de actos administrativos de alcance particular o general (v.gr. Decretos, Decisiones Administrativas, Resoluciones, Disposiciones, etc.), pues, en principio éstos son dictados por funcionarios cuya designación – a excepción del Presidente de la Nación, para cuyos Decretos, sin embargo, ya existe un sistema de control específico (cfr. Ley N° 26.122) – tampoco responde a criterios de elección democrática directa.
- f) Por último, consideramos que, a fin de garantizar el ejercicio pleno del derecho al recurso, debería posibilitarse una instancia de revisión por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estos son tan sólo algunos criterios que, sin pretensión alguna de exhaustividad, creemos que serían de utilidad para guiar la discusión jurídica y política pertinente, orientada al establecimiento de un Tribunal Constitucional en nuestro país.

Entendemos que ello resulta esencial para comenzar a delinear un sistema de justicia que brinde seguridad jurídica a los justiciables y que asegure, en ese ejercicio, el pleno y más cabal respeto de los derechos y garantías individuales consagrados en nuestra Constitución Nacional, tales como la igualdad ante la ley, el respeto irrestricto a la defensa en juicio, al debido proceso, entre otras.

¹⁷ Por ejemplo, los Decretos N° 222 y 588, ambos del año 2003, que establecen, por un lado, el procedimiento para el nombramiento de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la aplicación de éste para la designación del Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, y el procedimiento respectivo para el nombramiento de los jueces de los tribunales federales inferiores, respectivamente.

Ello, podemos afirmar sin temor al error, resulta un tópico elemental en lo que respecta al estudio del papel que el Poder Judicial debe desempeñar en un Estado Constitucional de Derecho, en aras de afianzar y fortalecer la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., actualizada y ampliada, 2ª reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020.

Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996

Dalla Via, Ricardo Alberto, *La Justicia Constitucional en Argentina*

Gargarella Roberto; *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1996.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, La doctrina del precedente obligatorio stare decisis y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, *Revista Jurisprudencia Argentina* Nro. 5826, 1993 (Id SAIJ: DACA930271).

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

Manili, Pablo L., *Manual de Derecho Constitucional*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019.

Manili, Pablo Luis, *Teoría Constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014

Maraniello, Patricio, *La Lid Constitucional. Una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, *Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato*, México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 1ª ed., Buenos Aires, Losada (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 2007.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad*, T. II, Buenos Aires, Ed. De Palma.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.