

# LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA ARGENTINO

RICARDO HARO\*

## SUMARIO

I. ACLARACIONES PREVIAS.—2. LA TRASCENDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA FUNCIÓN DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. LAS RAZONES INSTITUCIONALES QUE RESPALDAN LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—4. LAS LLAMADAS «CUESTIONES POLÍTICAS»: UNA COMPLEJA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: A) Aproximación al tema. B) Un principio cardinal en esta materia. C) Algunos casos paradigmáticos: a) *Las facultades privativas de los otros poderes*. b) *Las decisiones de los Tribunales de Enjuiciamiento destituyendo magistrados judiciales*. c) *Las decisiones del Congreso de la Nación destituyendo Ministros de la Corte Suprema de la Nación*. d) *La potestad de las Cámaras de negar la incorporación de un miembro*. e) *Formación y sanción de las leyes por el Congreso*. f) *Cuestiones electorales*. g) *Indulto por el Poder Ejecutivo en delitos de lesa humanidad*.—5. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL ¿ES UNA «CUESTIÓN POLÍTICA» NO JUSTICIABLE?—6. EL PODER CONSTITUYENTE FORMAL Y MATERIAL.—7. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN LOS QUE LA CORTE SUPREMA EJERCIÓ EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL: A) Acción de amparo. B) Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. C) Control de Oficio de Constitucionalidad. D) Intervención Federal. E) Autonomía Municipal. F) Supremacía de Tratados Internacionales. G) Jurisdicción Internacional. H) Establecimientos de Utilidad Pública Nacional.

---

\* Profesor Emérito de las Universidades Nacional de Córdoba y Blas Pascal. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y Correspondiente de las Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires. Autor de varios libros personales y numerosos colectivos. Premio Konex en Humanidades – Derecho Constitucional 2006. Ex-Juez de la Cámara Federal de Apelaciones y ha sido Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar el tema de «*La Dimensión Política del Control de Constitucionalidad en el Sistema Argentino*» enfocándolo en dos trascendentales temas abordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial e intérprete final de la Constitución: En primer lugar, en la progresiva expansión que se advierte en el control judicial de las llamadas «cuestiones políticas», en los distintas materias analizadas. En segundo lugar, demostrando cómo ejerciendo el alto Tribunal el control de constitucionalidad definitivo sobre los actos estatales, asume las funciones de un «poder constituyente material» que fija el sentido de los textos constitucionales, amplía o modifica las dimensiones de sus vigencias, o erige nuevos institutos sustantivos y procesales que surjan implícitamente de su texto.

*Palabras claves:* Corte Suprema de Justicia de la Nación, dimensión política del control de constitucionalidad, cuestiones políticas, poder constituyente material.

## ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the topic: *The Political Scope of the Constitutional Control in the Argentine System*. It focuses on two significant subjects dealt with by the Supreme Court of Justice of the Nation, as head of the Judicial Power and the ultimate interpreter of the Constitution. On the first place, the increasing expansion of the judicial control over the so-called «political questions» on different topics analyzed. On the second place, how the Supreme Court, by exerting the ultimate constitutional control over the state acts, takes on the functions of an «actual constituent power». Such power interprets the constitutional texts, expands or modifies their validity, or establishes new substantial and procedural rights implicit in their texts.

*Key words:* Supreme Court of Justice of the Nation, political scope of the constitutional control, political questions, actual constituent power.

## 1. ACLARACIONES PREVIAS

1. Es evidente que el abordaje del tema en las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales a los cuales genéricamente llamaremos Tribunal Constitucional, (TC), exige el análisis y la reflexión sobre diversas facetas o particularidades que hacen, a la eminente función institucional del Control de Constitucionalidad (en adelante CC), como instrumento indispensable y tuitivo para la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional, esencial en un Estado Constitucional de Derecho con sistema de constitución rígida.

Más allá de algunas generalidades, lo cierto es que nuestras reflexiones se nutren en desde la perspectiva argentina, observando el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación (en adelante CS), que en varias doctrinas judiciales coinciden con los diversos sistemas de CC, ya sea dentro de los controles difuso, concentrado o duales, pues entendemos que bajo cualquier procedi-

miento, siempre el TC tiene como misión fundamental el comparar la congruencia formal o sustancial de cualquier norma o acto estatal con el plexo constitucional, para en su caso declarar su inconstitucionalidad, acto de suma gravedad institucional y con los efectos pertinentes que cada sistema otorga a tal descalificación.

En el sistema difuso argentino -tributario del estadounidense- el control de constitucionalidad puede ser ejercido por todo Juez o Tribunal que integre los Poderes Judiciales tanto nacional como provinciales, cualquiera sea su jerarquía y su ámbito competencial. Ello así, es preciso poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es la única pero sí la última instancia en el orden jurisdiccional la cual, como cabeza de Poder Judicial de la Nación, está facultada para ejercer el control de constitucionalidad como intérprete final de la Ley Suprema.

## 2. LA TRASCENDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA FUNCIÓN DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Es innegable que en la vasta temática de un TC, se presentan como de trascendental importancia los métodos o enfoques que para la interpretación de las normas fundamentales del Estado, asuma en el desempeño de su encumbrada función de ejercer el CC a fin de que no se frustren sus eminentes contenidos normativos, con una interpretación meramente positivista, en la formalidad de la pura logicidad.

De entrada recordemos la polémica tesis de Montesquieu, por la que negaba el amplio campo interpretativo del Juez respecto del texto normativo, constriñéndolo a un mero mecanicismo en la aplicación de la ley, lo que se dio en llamar «el juez fonógrafo», al afirmar que «Los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma»<sup>1</sup>.

Superando ese criterio, el TC frente a los problemas jurídicos a resolver y en los casos y circunstancias concretas que juzgan, debe realizar una interpretación realista, dinámica y equitativa, que garantice el afianzamiento de la Justicia que los Padres Fundadores proclamaron para la Nación en el solemne Preámbulo al sancionar la Constitución Nacional (en adelante CN).

3. Congruentemente es bueno recordar la axiomática afirmación del *Chief Justice* de la Corte Suprema de los EE.UU., John Marshall cuando con visceral profundidad nos recordó con valor modélico: «Nunca debemos

<sup>1</sup> «*El espíritu de las leyes*», Libro XI, Capítulo VI.

olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución». Por lo tanto se trata nada menos que desentrañar el sentido profundo de la Ley Fundacional y Fundamental que ha constituido un Estado de Derecho, para presentar desde la perspectiva jurídica, el proyecto de vida en común de la Sociedad, el reparto de las supremas competencias estatales y el reconocimiento de los derechos y garantías de quienes integran la Nación como «una unidad de destino en la historia», al decir de Legaz y Lacambra.

En este sentido, bueno es recordar dos lúcidos pronunciamientos. Por un lado, el de James Bryce al afirmar que «el poder de control de constitucionalidad es parte inherente del poder de interpretación de las normas que tienen los jueces por ser jueces»; y asimismo, el pronunciamiento de Charles Evans Hughes: «Vivimos bajo una Constitución, y la Constitución es lo que los jueces dicen que es».

4. Compartiendo las sabias reflexiones de Segundo V. Linares Quintana, en materia de interpretación del derecho constitucional, rechazamos toda posición de pureza metodológica que pretenda imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o de las recetas medicinales. El constitucionalista —y para nosotros el TC— ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con que trabaja, los diversos procedimientos metodológicos que la técnica constitucional prevé.

Más adelante nos señala que el éxito fincará, entonces no en la interpretación rigurosa de tal o cual método, que sus respectivos sostenedores conceptúen como una verdadera panacea de la hermenéutica, sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico-constitucional, que satisfaga más plenamente la finalidad última de nuestra ciencia: la protección y el amparo de la libertad humana, así como los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras, que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado<sup>2</sup>.

5. Por ello, es preciso que distingamos que no se puede interpretar la Constitución, obra del poder constituyente, como si interpretásemos una ley común, ordinaria o derivada, obra de los poderes constituidos, pues estaríamos desconociendo supinamente la naturaleza, misión y jerarquía de ambas manifestaciones jurídicas del Poder Político y la notable diferencia que existe entre la normativa fundamental que tiende a constituir la Socie-

---

<sup>2</sup> Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, pp. 224/5, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

dad en el Estado Constitucional de Derecho, de la normativa derivada u ordinaria que básicamente está dirigida a la regulación jurídica de las relaciones intersubjetivas de las personas jurídicas.

6. Por su parte, Cesar Enrique Romero destaca que a la Constitución se la puede interpretar desde dos perspectivas metodológicas básicas:

a) El método constitucional, que corresponde al enfoque racional-normativo de lo que es la Constitución. Se trata de un método estrictamente jurídico, formalista, que estudia e interpreta la Constitución como norma válida, pero sin consideración a los problemas de su vigencia, a los antecedentes históricos y políticos, a la realidad social del momento en que se dictó, ni a la que existe al momento de realizarse la interpretación para su aplicación.

b) El método político, que urge ir más allá de la mera comprobación dogmática de las prescripciones constitucionales. Aquí el intérprete se pregunta sobre la verdad del régimen político que la Constitución ha receptado normativamente y en cuanto a su real vigencia en la Sociedad. Y para ello necesitamos de este «método político», porque los conceptos politológicos tienen una vertiente jurídica, pero asimismo y conjuntamente, una económica, histórica, cultural, psicológico-social<sup>3</sup>.

7. En nuestro entender, la mejor reseña que se ha realizado sobre la diversidad de enfoques interpretativos de las normas constitucionales, es la que formuló el recordado Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y eminente jurista Mario Justo López, cuando señalaba en enjundioso dictamen: «Las normas constitucionales no deben ser interpretadas en forma aislada o inconexa, sino como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Por otra parte, esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, el dato histórico que permite desentrañar la finalidad perseguida y la voluntad expresada por el constituyente, y debe también contemplar la dinámica de la realidad, reacia a ser captadas mediante fórmulas inmutables, ya que, como ha dicho un eminente constitucionalista hace poco desaparecido, una constitución —con referencia por supuesto a cada una de sus normas— está sometida constantemente a la dialéctica heraclitiana de todo lo viviente»<sup>4</sup>.

No hay un solo método de interpretación, afirma Zagrebelsky<sup>5</sup>, sino numerosos que carecen de jerarquía entre sí. El pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica. Cada uno puede ser utilizado alternativamente frente a cualquiera de los otros. Quien se esfuerza por

<sup>3</sup> César Enrique ROMERO, *Introducción al Derecho Constitucional*, p. 69, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1973.

<sup>4</sup> «*Vialco S.A.*», Fallos, 300:1128.

imponer un método obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa y, de este modo, se tiene la impresión de que los esfuerzos teóricos sobre los métodos tienen algo de donquijotesco.

8. En el mismo sentido, Sagües ha dicho que la doctrina de la «constitución viviente» le asigna al intérprete-operador, un trabajo más complejo de «construcción» jurídica. No podrá, claro está, ignorar al texto constitucional; pero tendrá que recurrir a muchos más elementos para elaborar una respuesta interpretativa. Deberá poner al día el significado de las palabras de la Constitución, averiguar los requerimientos sociales existentes, ensamblar y compensar los valores en juego, inquirir sobre las consecuencias de la decisión a adoptar, y finalmente, diseñar su producto interpretativo en función al problema a decidir, todo lo cual impone un activismo en su quehacer, pues generalmente tendrá que hacer la solución interpretativa por sí mismo, como un artífice<sup>6</sup>.

9. En similar posición Canosa Usera afirma que los preceptos de la Constitución reciben actualización del intérprete por medio de una vivificación constante del sentido normativo del precepto constitucional<sup>7</sup>. El término Constitución implica un instrumento de naturaleza permanente y debe ser interpretado para hacer frente a todos los nuevos hechos y condiciones que surjan en los distintos tiempos. (Weaver)

10. Y refiriéndose al sistema concentrado europeo o continental, Mauro Cappelletti reconoce que las normas constitucionales modernas son algo profundamente diverso de las usuales normas legales, que los magistrados de los Tribunales Supremos europeos, que llegan a tal al final de su dilatada carrera en la magistratura, han estado habituados por decenios a interpretar, a observar y a hacer observar, con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del *policy-making-decisions*, que está en cambio inevitablemente implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 134/5, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

<sup>6</sup> Néstor P. SAGÜES, *La interpretación judicial de la Constitución*, pp. 33/4, Desalma, Buenos Aires, 1998.

<sup>7</sup> Raúl CANOSA USERA, *Interpretación Constitucional y Formula Política*, p. 76, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

<sup>8</sup> Cit. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*, pp. 114/5, Dykinson, Madrid, 2009.

### 3. LAS RAZONES INSTITUCIONALES QUE RESPALDAN LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

11. Es indudable que el control de constitucionalidad adquiere siempre una innegable dimensión política. Y esto es así tanto en el «sistema difuso» cuanto en el «sistema concentrado», a poco que reparemos que en el «difuso» el TC «desaplica» o «inaplica» —no la deroga— en el caso concreto la norma que declara inconstitucional. En cambio, y como Kelsen lo señalaba, en el «concentrado», la «anulación» de la ley por el tribunal constitucional, que es un órgano con poder constitucional, tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, una elaboración con un signo negativo, pues ella misma tiene una función legislativa (esta afirmación es la que dio origen a la conocida expresión de «legislador negativo»). En ambos sistemas, ya «desaplique» o ya «anule» la norma jurídica, siempre implicará un control y un límite a la decisión de los otros poderes del Estado en sus ámbitos nacional o provinciales o locales.

12. Esta dimensión política, que en modo alguno debe entenderse como la política partidista y agonal, sino como la política estatal y arquitectónica, podemos fundarla primordialmente en las siguientes razones institucionales:

a) Porque en ambos sistemas —ya sea una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional— nos encontramos frente a un órgano que constituye un Poder del Estado por mandato constitucional y con similar jerarquía y rol institucional que los demás Poderes que integran el superior gobierno estatal.

b) Como Poder del Estado, al practicar el control de constitucionalidad jurisdiccional, la CS necesariamente debe asumir la tarea de la interpretación de la norma constitucional y la de la integración —ya sea auto-integrativa o heterointegrativa— del texto constitucional. Y en tal caso, asume el ejercicio de un poder constituyente derivado material, al precisar el sentido y alcance de la norma constitucional que padece de dudosas interpretaciones, o al pronunciarse en una causa respecto de una cuestión constitucional no prevista expresamente en el texto supremo.

c) Porque al ejercer el control de constitucionalidad, siempre los tribunales lo están refiriendo a aspectos fundamentales y eminentes de la organización política del Estado y de su correlativo orden jurídico constitucional y, por lo tanto, supremo.

d) Frente a tales situaciones, la CS debe conocer y decidir en conflictos jurídicos teñidos de complejas circunstancias políticas pero que, no obstante, demandan una solución jurisdiccional, lo cual la obliga a actuar en las causas en que se han planteado las llamadas «cuestiones políticas», ya sea para inhibirse de analizar por ser precisamente no justiciables, o por

el contrario, para judicializarlas para resolver conflictos constitucionales que están implicados en el proceso.

e) Porque este control de constitucionalidad es indispensable para una vigencia eficaz del principio de la división y equilibrio de los poderes estatales, específicamente cuando en el ejercicio de sus funciones, los Poderes Legislativo o Ejecutivo tanto de nivel nacional (división horizontal) como provincial (división vertical o territorial), exceden los límites de las respectivas competencias que la Ley Fundamental les ha fijado.

13. Viene al caso recordar aquí que nuestra CS desde sus albores, ya en 1863, proclamó que el Poder Judicial, junto al Legislativo y al Ejecutivo, constituían los tres altos poderes políticos<sup>9</sup>; y avanzando en su concepción en el caso «Municipalidad de Buenos Aires c/ Elortondo», en 1888<sup>10</sup>, afirmó que no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que no son las nuestras, y en las cuales no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los Tribunales de Justicia para juzgar de la validez de los actos legislativos.

14. Al respecto nos parece oportuno explicitar —como ya lo sostuviéramos en anterior oportunidad— que ya sea desde la perspectiva de la tripartición montesquiana del poder, como desde la moderna división de las funciones en «gobierno y control», cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, evidentemente están asumiendo un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas<sup>11</sup>.

Parafraseando a Vanossi, podemos afirmar que el poder moderador o arbitral que cumplen las Cortes Suprema o Tribunales Constitucionales en los sistemas que admiten su jerarquía institucional como Poder del Estado, es la última garantía en la que aún se confía en nuestro Estado de Derecho, frente a los desbordes y excesos de los poderes propiamente políticos, peligrosas circunstancias que ya fueron percibidas por el Presidente Mitre cuando en su mensaje legislativo del 1º de mayo de 1863, pudo declarar enfáticamente que el gobierno «se había penetrado de la necesidad de completar nuestro sistema político e instaló la Corte Suprema de Justicia federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejecutar en el desenvolvimiento de las instituciones, como un poder moderador»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Fallos, 1:36.

<sup>10</sup> Fallos, 33:162.

<sup>11</sup> Ricardo HARO, «Función Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos», en *La Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*, p. 129, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.

<sup>12</sup> Jorge Reinaldo VANOSI, *Teoría Constitucional*, p. 59, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1976.



15. El Juez que integra un TC, «supremo guardián de la Constitución», al actuar en el ejercicio de su actividad jurisdiccional —reseñando el pensamiento de Leibholz— lo hace dentro del campo del DC, es decir, aquella parte del Derecho en la que el Estado manifiesta su ser específico y se constituye como unidad. Su jurisdicción actúa, por una parte, sobre la vida constitucional en un sentido configurador, protector y regulador, y por otra, sobre los otros órganos constitucionales, repartiendo y delimitando sus poderes. Gracias a esta función moderadora, realizada e internamente determinada por moldes jurídicos, estos TT. CC. se ven colocados en un ámbito fundamentalmente diferente del de los Tribunales ordinarios. Su posición se diferencia de la de estos últimos en que sus participan de la formación del valor superior de la integración política<sup>13</sup>.

16. Los TT. CC. en el desempeño de esta revisión jurisdiccional, asumen y desenvuelven funciones superlativas del poder político del Estado, a poco que se repare que no es aceptable que se reconozca carácter político a la elaboración de las normas (*pouvoir d'établir*), y se le niegue ese carácter político a la potestad de enervarlas por su inconstitucionalidad, marginándolas del orden jurídico aplicable (*pouvoir d'empêcher*).

17. Si como pacíficamente se acepta que el control de constitucionalidad es en última instancia una cuestión de derecho, un control jurídico sobre normas y actos estatales a fin de comprobar su adecuación formal y sustancial a las prescripciones constitucionales, podemos afirmar que nadie mejor que los Jueces Constitucionales, expertos en Derecho y custodios últimos del plexo y de la axio-teleología constitucional, con prudencia y sabiduría, con la objetividad de su independencia y alejados de las pasiones políticas partidarias, constituyen los órganos más idóneos en tan trascendental función institucional. Constituyen un Poder del Estado, pero sin tener «ambición de poder» ni extralimitarse en sus atribuciones constitucionales.

La única ambición que debe motivarlos es la de cumplir cabalmente con su misión de guardianes del principio de la supremacía constitucional, a favor de la defensa de los derechos y garantías de la sociedad y de la división y equilibrio de los poderes, conforme lo establece la CN.

18. El Poder Judicial y en muy especial medida la CS, cogobierna con los restantes poderes. Su tarea es el mantenimiento de las instituciones jurídicas existentes y su cambio por métodos pacíficos que no engen-

---

<sup>13</sup> Gerhard LEIBHOLZ, *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*, pp. 161/63, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

dre inseguridad jurídica. En el cumplimiento de esta tarea la Corte debe ser extremadamente prudente, pues una oposición descarnada a los poderes políticos puede resultar más perjudicial que beneficiosa; no debe ser ni opositora al gobierno ni rendirse ante todas sus exigencias. Sabiamente decía Jefferson que la Corte debe ser independiente del gobierno pero no de la Nación<sup>14</sup>.

19. Ni el dogma de la soberanía del Parlamento -entre otras razones- impide que exista y se propague lentamente el control de constitucionalidad, tanto más cuanto más aumenta la necesidad de controlar los Parlamentos, pues el continuo cambio legislativo, estimulado por las pasiones electorales, ha llegado a ser una amenaza y un peligro para la libertad<sup>15</sup>.

Con profunda razón y experiencia en los gobiernos parlamentarios europeos, el recordado maestro Louis Favoreu, afirmaba que este control de constitucionalidad se ha vuelto más imperioso cuando los regímenes parlamentarios o semiparlamentarios han evolucionado hacia un sistema en el que se ejerce sin límites un poder mayoritario compuesto por la mayoría parlamentaria, soldada a un Gobierno estable y monolítico, a veces reforzado por un Jefe del Estado elegido, perteneciente a la misma tendencia. La omnipotencia de un poder mayoritario estable y homogéneo hace nacer la necesidad de una justicia constitucional<sup>16</sup>.

20. Lo afirmado precedentemente para los regímenes parlamentarios, también es aplicable a algunos casos de «hiperpresidencialismos» en Latinoamérica, cuyos amplios poderes ejercidos las más de las veces con arbitrarios excesos, se ven respaldados y aparentemente «legitimados» cuando cuentan con la seguridad de la «obediencia debida» de la mayoría oficialista en el Congreso. No en vano Thomas Jefferson afirmó: «Ciento setenta y tres déspotas, aún elegidos, serán tan opresores como uno».

Y todo ello se defiende invocando la elección popular y, por lo tanto, el «valor democrático» de toda decisión gubernamental, ignorando falazmente que el régimen democrático junto a la «legitimidad de origen del poder» (gobierno elegido por la voluntad popular), exige indispensablemente la «legitimidad de ejercicio del poder» (al servicio del bien común).

21. El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en rea-

<sup>14</sup> Alberto B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, p. 123, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1992.

<sup>15</sup> *Ob. cit.*, pp. 334/35.

<sup>16</sup> Louis FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, ps. 25/26, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.

lidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador de poder semejantes, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido<sup>17</sup>.

Compartimos plenamente la opinión de Peter Häberle, cuando afirma que es preciso que los Tribunales Constitucionales puedan hacerse del mayor prestigio y autoridad gracias a un cuidadoso balance entre el activismo judicial y la auto restricción judicial, para afirmarse dentro de la estructura de funciones de la Constitución<sup>18</sup>.

22. En este sentido y comentando la etapa de la transición en la Argentina del proceso militar al régimen constitucional iniciada en 1983, Carlos S. Fayt<sup>19</sup> destaca que la CS, en ejercicio del control de constitucionalidad y como intérprete final de la Constitución, como órgano supremo del Poder Judicial, amplió su jurisdicción abordando el conocimiento de los temas derivados de las cuestiones políticas. El Alto Tribunal no necesitó redefinir sus funciones. Le fue suficiente con asumir en plenitud sus facultades.

#### 4. LAS LLAMADAS «CUESTIONES POLÍTICAS»: UNA COMPLEJA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

##### A) Aproximación al tema

23. En la ardua y compleja materia que ahora abordamos, cabe destacar la tradicional irrevisibilidad judicial de las llamadas «cuestiones políticas» que hemos legado de la bisecular doctrina judicial estadounidense (*political questions*), y que en la inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de los EE.UU. como de la nuestra, alcanzó una amplia gama de cuestiones ante cuyos planteamientos los tribunales se abstendían de pronunciarse por considerar que se trataban de asuntos de naturaleza política que pertenecían al juicio privativo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y eran, en consecuencia, irrevisibles judicialmente.

La intrincada perfilación objetiva de este tipo de cuestiones, ha llevado a que su conceptualización se torne de una fluidez e inasibilidad tal, que

<sup>17</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 308/09, Ariel, Barcelona, 1965.

<sup>18</sup> Peter HÄBERLE, *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, compilado por Diego Valadés, p. 35, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

<sup>19</sup> *La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, pp. 85/6, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1995.

necesariamente se ha llegado a configurar un círculo vicioso en la afirmación de que se considera «cuestiones políticas» a aquéllas que no son judiciales, y no son judiciales aquélla que son «cuestiones políticas».

24. Esta enmarañada conceptualización ha posibilitado que con su mera invocación, muchas veces los tribunales se inhiben de conocer y decidir procesos de relevante importancia institucional, viéndose de este modo muy a menudo frustrado la plena vigencia del Estado de Derecho por un restringido ejercicio del control de constitucionalidad, que lógicamente afecta el principio liminar de la división y equilibrio de los poderes. Es por ello que paradójicamente hemos dicho en anterior oportunidad que «no hay mayor cuestión política, que el pronunciamiento judicial sobre qué es o cuándo existe una «cuestión política», lo cual nos lleva asimismo a sostener, parafraseando la afirmación de Hughes sobre la Constitución, que «las «cuestiones políticas», son aquéllas que los jueces dicen que son».

25. No obstante lo señalado, lo cierto es que en las últimas décadas en la actividad jurisdiccional de nuestra CS y desde la perspectiva de la dimensión política del control de constitucionalidad, se está produciendo un progresivo proceso de judicializar casos que antes se reputaban «no judiciales» por considerarlos «cuestiones políticas», abandonando de esta manera y en gran medida su abstención judicial (*self restraint*).

Esa actitud se originó por una asunción más vigorosa por parte de la CS, de la trascendental misión de ser intérprete final y fiel custodio de las vigencias constitucionales, mediante el poder arbitral y moderador que le compete, tanto en el dialéctico funcionamiento entre los Poderes del Estado en sus diversos niveles, como en el de su ejercicio en relación a la Sociedad y sus miembros, en la tutela de los derechos y garantías fundamentales.

Pero es esencial que este acrecentamiento en el control de constitucionalidad, se mantenga dentro de sus legítimos ámbitos, pues en modo alguno podrían llegarse a exceder los TT. CC. en esta revisión jurisdiccional a punto tal, de pretender constituirse en el supremo órgano de control de todas las actividades estatales.

## B) Un principio cardinal en esta materia

26. Uno de los criterios cardinales unánimemente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se destaca aquel que desde sus orígenes la CS consolidó en el sentido que no incumbe a los tribunales el

examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el ámbito de sus propias atribuciones, ya que no corresponde sustituirlos, sino aplicar las normas tal como éstos la concibieron<sup>20</sup>, pues el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar fines que los poderes políticos se propusieron, es ajeno a la competencia de la CS, a la cual sólo incumbe pronunciarse sobre la razonabilidad de los medios elegidos<sup>21</sup>, efectuando el control de compatibilidad de la ley o reglamento en juego con las garantías y derechos amparados por la CN<sup>22</sup>.

### C) Algunos casos paradigmáticos

27. En el caso de nuestra la CS argentina, sólo señalaremos a título ejemplificativo, las cuestiones institucionales que anteriormente se consideraban «políticas» y, por ende, no justiciables, y en las que la CS ha avanzado notablemente en su judiciabilidad, tales como las que a continuación exponemos.

#### a) *Las facultades privativas de los otros poderes*

28. Este tópico es de amplia y relevante importancia, a poco que se repare que comprende diversas situaciones respecto de las atribuciones de los poderes políticos.

En un comienzo la CS sostuvo que las facultades que la CN ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la existencia y modos de su ejercicio, puesto que si así no fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación. Esta Corte, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias, cuanto en el respeto de las que la CN asigna, con carácter privativo, a los otros poderes federales y a las autoridades provinciales<sup>23</sup>.

29. Posteriormente se produjo un nítido avance en la justiciabilidad de las facultades privativas, las que en algunos casos se le negó el carácter

<sup>20</sup> Fallos: 253-362; 257-127; 300-642 y 700; 306-655; 312-72; 319-1640.

<sup>21</sup> Fallos: 306-655.

<sup>22</sup> Fallos: 172-21; 204-195 y 359; 243-449; 319-1537; entre muchos otros.

<sup>23</sup> Fallos: 263-265; 32-120; 170-246; 210-1095; 242-73; 254-43; 313-63; 321-3236; entre otros.

ter de una cuestión política de por sí, cuando en 1993 la CS<sup>24</sup> expresó con notable claridad conceptual que «es inherente a la función del Tribunal ante el cual se ha planteado una controversia referente al ejercicio de facultades privativas de otros poderes, interpretar las normas que las confieren para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una “cuestión política” inmune al ejercicio de la jurisdicción, pues la CS es el último intérprete de la Constitución».

Y no hay otro poder por encima del de la CS para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias; revisión judicial que sólo puede ser ejercida cuando haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que esta autoriza a ponerlas en práctica...»<sup>25</sup>.

30. La racionalidad y lógica de esta posición, se advierte a poco que se comprendamos que la existencia de facultades privativas, de modo alguno significa la irrevisibilidad judicial, pues presentar una simetría entre «facultades privativas» y «facultades no justiciables», es errónea, pues en tal caso «facultades privativas» tan específicas como lo es la sanción de una ley por el Congreso, o el veto de un proyecto de ley o el dictado de un decreto reglamentario por el P.E., o también las sentencias del P.J., se encontrarían excluidas por esa sola circunstancia del control jurisdiccional, aún cuando violasen el orden constitucional o legal,

#### b) *Las decisiones de los Tribunales de Enjuiciamiento destituyendo magistrados judiciales*

31. En diversos casos de enjuiciamiento referidos tanto a jueces provinciales como nacionales, ya sea por jurados, la legislatura local o el Congreso Nación, la CS consideró que la facultad de juzgar era una facultad privativa de los órganos provinciales o nacionales encargados de llevarlos a cabo, y por lo tanto, sus decisiones eran irrevisibles judicialmente<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> «*Aporados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza*», Fallos: 316-972.

<sup>25</sup> Fallos: 98-20; 147-402; 150-89; 160-247; 238-60; 247-121; 251-21; 275-218; 295-814; 301-341; 302-457; 303-1029; 308-2246, 321-1252; 325-28 de 2002.

<sup>26</sup> «*Mantaras Rodríguez*» de 1967, Fallos: 268-553; «*Garland*» de 1968, Fallos: 271-69; doctrina similar se expresó en Fallos: 136-147; 238-58; 256-86; 264-266; 285-43; 300-488; etc.

Como en los casos ya analizados, aquí también se produjo un avance sobre lo que antes se consideraba una cuestión política. Es en el año 1986<sup>27</sup> en que la CS abre por primera vez la instancia revisora, no para resolver el conflicto de poderes, sino como lo señala, para hacer valer a favor de personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio<sup>28</sup>, pues los enjuiciamientos de magistrados no constituyen en principio ámbitos vedados al conocimiento del Poder Judicial, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso<sup>29</sup>.

32. Este criterio se mantuvo después de la Reforma Constitucional de 1994, bajo la vigencia del Jurado de Enjuiciamiento que establecido en el art. 115 CN y aún —y esto es de suma importancia— a pesar que dicha norma prescribe que sus fallos serían irrecurribles<sup>30</sup> sosteniendo que la mentada «irrecurribilidad» del art. 115 CN significa que la CS no podrá sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces, pero sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio.

c) *Las decisiones del Congreso de la Nación destituyendo Ministros de la Corte Suprema de la Nación*

33. En el caso «*Eduardo Moline O'Connor*» (año 2004)<sup>31</sup> como asimismo en «*Boggiano, Antonio*» (año 2006)<sup>32</sup>, la CS sostuvo en ambos y con similares argumentos, la siguiente doctrina:

1) Que el Senado es equiparable a un tribunal de justicia cuando lleva adelante el enjuiciamiento de un miembro de la Corte Suprema;

2) Al asignarle la CN a un cuerpo político una especial y limitada función judicial, le es exigible la observancia de reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que deben reconocerse a toda persona sometida a un juicio, observancia que es revisable judicialmente, correspondiendo a la CS el control de validez

<sup>27</sup> «*Graffigna Latino*» del 19 de junio de 1986, Fallos: 308-961; «*De la Cruz*», Fallos: 331-810 del 22/4/2008; «*Rodriguez*», Fallos 331-2156 del 30/9/2008.

<sup>28</sup> «*Magin Suarez*» del 29 de diciembre de 1987, Fallos: 310-2845.

<sup>29</sup> «*Nellar*» el 30 de abril de 1996, Fallos: 319-705; en similar sentido «*Nicosia*» del 9 de diciembre de 1993, Fallos 316-2940; «*Trovato*» de 1997, Fallos: 320-1931 y 321-2339.

<sup>30</sup> «*Brusa*», Fallos: 326-4816 del 11/12/2003; «*Galeano*», Fallos:333-181 del 9/3/2010.

<sup>31</sup> Fallos 327-1914.

<sup>32</sup> Fallos: 329-3235.

constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el re-examen de las decisiones de fondo que puede dictar el cuerpo político por estar en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no justiciables;

d) *La potestad de las Cámaras de negar la incorporación de un miembro*

34. A la atribución del art. 64 CN que otorga a cada Cámara el juicio de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, le queda escaso margen de irrevisibilidad judicial, pues la reglamentación del Código Electoral (arts. 60 y 61), estableció precisas competencias en el tema a favor de la Justicia Electoral, a las que las Cámaras deben un acatamiento irrestricto, pues no cabe aceptar de modo alguno que un poder del Estado posea un *bill* de indemnidad para violar el orden jurídico al cual deben adecuar estas decisiones.

Desde el siglo pasado, *in re* «Varela» de 1881<sup>33</sup> hasta 1973, la CS afirmó que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para la legalidad o la ilegalidad de la composición del Congreso, desde que por el art. 56 CN (actual art. 64), cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros. Se trata de una facultad privativa cuyo ejercicio no debe ser interferido o limitado por una resolución de esta Corte<sup>34</sup>.

Pasaron más de dos décadas, y el Tribunal comenzó a realizar un viraje expreso hacia la justiciabilidad en la materia, con motivo de las nuevas disposiciones de la Reforma de 1994 respecto del número de senadores y por la Disposición Transitoria 4ta., que reglaba el procedimiento para incorporar el tercer senador hasta el 9 de diciembre de 2001, lo cual provocó la promoción de causas judiciales, ante la variada casuística que se planteaba<sup>35</sup>.

35. El tema fue ampliamente analizado en el caso «Antonio Domingo Bussi», quien fue electo diputado nacional en 1999, pero la Cámara le negó su incorporación, invocando inhabilidad moral y política e inidonei-

<sup>33</sup> Fallos: 23-257.

<sup>34</sup> En igual sentido, ver las sentencias en «Junta Electoral Nacional - Entre Ríos» en 1963, Fallos: 256-208; en «Partido Justicialista» de 1965, Fallos: 263-268; y en «Unión Cívica Radical» de 1973, Fallos: 285-147.

<sup>35</sup> Durante los años 1998-2003 se dictaron varias sentencias, entre otras, mencionamos los casos «Provincia de Chaco», Fallos: 321-3236; «Hernández, Guadalupe», Fallos: 322-1988; «Partido Justicialista - Distrito de Corrientes», Fallos: 322-2368; «Tomasella Cima» transcripto a pie de página en Fallos: 322-2370; y «Haquim c/ Pcia Jujuy», Fallos: 324-2299; «Alianza Frente por un Nuevo País» del 4 de junio de 2003, Fallos: 326-1816.



dad constitucional por su participación en el Proceso Militar de 1976/83. Planteada la acción de amparo y ante su rechazo tanto en 1ra. y 2da. instancia, el Tribunal revocó dicho rechazo en 2001<sup>36</sup> sosteniendo que configura cuestión justiciable el conflicto planteado por la negativa de la Cámara de Diputados a la incorporación de un legislador con sustento en objeciones de orden ético y en ejercicio de la atribución que le concede el art. 64 CN.

Luego de las idas y venidas en las diversas instancias, finalmente la CS resolvió el fondo del tema en 2007, declarando categóricamente en nuestra obligada reseña:

La CS está habilitada para revisar la decisión por la cual la Cámara de Diputados rechazó el diploma de un diputado electo, con fundamento en su inhabilidad moral, derivada de haber ocupado un cargo público durante el último gobierno de facto pues, la atribución que le otorga el art. 64 CN sólo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de sus diplomas, y no es exclusiva ni excluyente, en tanto el art. 116 CN prescribe que incumbe al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella, por lo que no hay otro poder por encima de esta Corte, para resolver sobre la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativo, judicial y ejecutivo.

36. Cabe destacar que esta doctrina sobre la justiciabilidad del ejercicio que una Cámara del Congreso realiza de la facultad que le otorga el art. 64 CN, fue ratificada por la CS en el año 2008 por sentencia que, ante similares circunstancias, hizo lugar al amparo que interpuso el diputado electo y diera lugar a la causa «*Luis Alberto Patti*»<sup>37</sup>.

#### e) *Formación y Sanción de las leyes por el Congreso*

37. Como en varios de los temas tratados precedentemente y en otros, también en éste, la CS fue mutando de una posición rígida sobre la no justiciabilidad en esta materia por considerarla una «cuestión política», hacia una tesitura más flexible en la que admitió cierto margen de revisibilidad jurisdiccional.

En efecto, desde el siglo pasado la CS sostuvo que constituía una causa esencialmente política, una cuestión política y por lo tanto una «cuestión no justiciable», la referida a las formalidades y procedimientos de los

<sup>36</sup> Fallos: 324-3358.

<sup>37</sup> Fallos: 331-549.

órganos legisferantes. No puede contestarse judicialmente la forma de las deliberaciones para dictar la ley, no compitiendo a la Corte examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado a las normas constitucionales en la materia (art. 71 CN)<sup>38</sup>.

38. Fue recién en 1998 y luego de un largo proceso en el que la CS trató de atenuar este criterio, que el Tribunal se pronunció sobre la revisibilidad judicial del tema, en el caso «Nobleza Piccardo» en 1998<sup>39</sup>, sosteniendo que: «Corresponde a la Corte, intervenir en lo atinente al proceso de formación y sanción de las leyes, cuando al no haber sido aprobado un proyecto por ambas Cámaras del Congreso, se lo pasa al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación, sin observar el art. 78 de la CN (texto posterior a la reforma de 1994). Y en 2000, en la causa «Famyl S.A.»<sup>40</sup> afirmó que si bien lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ello —arts. 77 a 84 CN— resulta, por regla general, ajenas a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, ello reconoce excepción en los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.

#### f) Cuestiones Electorales

39. Este es otro de los temas en los cuales, a través de los años, la doctrina de la CS fue manifestando un notable vuelco desde una dilatada posición negativa<sup>41</sup>, hacia la justiciabilidad de las cuestiones electorales, de modo muy especial, a partir de la creación en 1965 de la Cámara Nacional Electoral que integra el Poder Judicial de la Nación, a partir de cuyo funcionamiento, la jurisprudencia del Alto Tribunal se pronunció en la causa «Frente Justicialista de Liberación» en 1973<sup>42</sup> declarándose competente para entender en todas las decisiones de dicha Cámara, cuando se haya puesto en tela de juicio, la aplicación e interpretación de leyes electorales de la Nación.

---

<sup>38</sup> «Cullen c/ Llerena» en 1893, Fallos: 53-420; «Cía. Azucarera Tucumana» en 1924, Fallos: 141-271; «Petrus S.A.», en 1948, Fallos: 210-855.

<sup>39</sup> Fallos: 321-3487.

<sup>40</sup> Fallos: 323-2256.

<sup>41</sup> «Partido Demócrata - Distrito San Juan» en 1957, Fallos: 238-283; en similar sentido: Fallos: 203-342; 228-329; 240-11; 245-571; 252-54; 256-47 y 192; 263-265.

<sup>42</sup> Fallos: 285-410.

g) *Indulto por el Poder Ejecutivo en delitos de lesa humanidad*

40. Bien sabemos que nuestra CN en el art. 99 inc. 5. dispone que el Presidente de la Nación: «Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados». La doctrina y la jurisprudencia consideró desde antaño que dentro de los límites recordados precedentemente, el ejercicio de la atribución presidencial pertenecía a su discrecionalidad política, por lo cual, no era susceptible de judiciabilidad el arbitrio con que había indultado, pues constituía una típica «cuestión política».

41. En un tema harto polémico como lo es la facultad de indultar no sólo a condenados sino a los meramente procesados, y ante el indulto dispuesto por el PE mediante el decreto 1002/89, la CS en mayoría, resolvió en la causa «*Mazzeo, Julio L. y otros*» con fecha 13 de julio de 2007, declarar la inconstitucionalidad del mencionado decreto, al sostener que: Corresponde declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de los autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad. Tratándose de la investigación de delitos de lesa humanidad, resulta inocuo analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 CN abarca a los procesados o si tiene características similares a la amnistía, pues, en definitiva, dicha potestad del PE, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza.

42. Cabe señalar que los jueces Argibay y Fayt que integraron la minoría. La primera expresó que una vez pronunciado un fallo judicial y agotados los recursos para su revisión, son irrevocables sus efectos —en el caso, sobreseimiento definitivo por indulto a favor de una persona procesada— conocidos bajo la expresión de cosa juzgada, constituyendo una garantía constitucional de los derechos individuales que debe ser respetada incluso por los tres poderes del Estado, no correspondiendo tener por configurada la cosa juzgada irrita que permite apartarse de la regla según la cual las decisiones judiciales firmes tienen carácter irrevocable.

Por su parte el juez Fayt sostuvo que la persecución penal —sin respeto a las garantías del individuo— invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto. Si se concluye que la «Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de

Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad» prevé su utilización retroactiva, ella resultaría claramente inaplicable, pues el art. 18 CN como norma de jerarquía superior —y por lo demás respetuosa del principio *pro homine*— impide que pueda derogarse retroactivamente el régimen de prescripción de la acción penal, no existiendo norma alguna en nuestro sistema constitucional que permita un tratamiento diferente del indulto si éste recayera sobre delitos de lesa humanidad.

#### 5. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL ¿ES UNA «CUESTIÓN POLÍTICA» NO JUDICIALE?

43. Para responder este trascendental interrogante, debemos tener presente las dos tesis básicas que se han adoptado en la doctrina judicial.

##### A) Razones que abonan tanto la tesis negativa como la positiva de la judicialidad

44. A nadie se le escapa que la posibilidad de la revisión judicial del procedimiento y decisiones de una Reforma Constitucional, es una de las cuestiones que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia han provocado una polémica por demás enjundiosa y encendida. Para quienes participen de la imposibilidad de la revisión, no dejan de expresar fundadas razones al sostener que es inaceptable que un «poder constituido» como lo es el Poder Judicial y fundamentalmente la CS, tenga competencia para realizar el control de constitucionalidad sobre la actividad del «poder constituyente derivado o reformador».

De otro lado, en el cual nos colocamos con plena convicción y con no menos fundadas razones, sostenemos que el «poder constituyente derivado o reformador», es también un «poder constituido» por el «poder constituyente originario», y en consecuencia debe ajustar su actividad a lo establecido formal y sustancialmente por el último, pues en caso contrario estaría obrando inconstitucionalmente y por lo tanto, esa inconstitucionalidad debe ser declarada por el máximo órgano que en el Estado es el intérprete final de la Constitución, cabeza del Poder Judicial y de su control jurisdiccional de constitucionalidad, como lo es la CS.

##### B) La posición negatoria de la judicialidad

45. La tesis negativa que consideraba al proceso de reforma como una típica «cuestión política», tuvo una de sus primeras manifestaciones en

la doctrina sentada por la CS, en el caso, «*Gastón Cotti, Alfredo J. y otros*» el 6 de julio de 1990<sup>43</sup>, en la que sostuvo que la validez de una de las etapas del procedimiento de reforma, configura una cuestión política, vedada por principio a los tribunales de justicia, por tratarse de un «procedimiento político» en su totalidad, desde la iniciativa de reformar hasta que la enmienda llega a ser parte de la Constitución (cabe destacar que ya en esta oportunidad los jueces Belluscio y Fayt expresaron una posición contraria que siempre mantuvieron)

C) La tesis afirmativa de la judiciabilidad del ejercicio de las atribuciones de una Convención Constituyente Reformadora tanto Provincial como Nacional

46. En primer lugar deseamos simplemente señalar que la mayoría de la doctrina constitucional participa de la tesis del control jurisdiccional de constitucionalidad respecto de una Reforma Constitucional. En tal sentido podemos mencionar entre tantos otros, a Juan González Calderón, Segundo V. Linares Quintana, Germán Bidart Campos, Carlos María Bidegain, Jorge Reinaldo Vanossi, Néstor P. Sagües, Alberto B. Bianchi, y Miguel Ekmekdjian.

47. En el caso «*Ríos*» de 1993<sup>44</sup>, un año antes de la Reforma de 1994, la CS afirmó que los poderes conferidos a la Convención Constituyente de la Provincia de Corrientes, no pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. Si bien para el ámbito provincial, pero con indudable repercusión para el ámbito federal, la CS ya concluyó cuáles son los límites del poder constituyente derivado, y como al ser sobrepasados, se afecta la supremacía del poder constituyente originario y por lo tanto, están sujetos a un ineludible control de constitucional.

48. Años más tarde, el 22 de junio de 1999<sup>45</sup> en autos «*Iribarren c/ Pcia. Santa Fe*», el actor en su calidad de juez de la Corte Suprema provincial, demandó la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución local, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad, si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria.

<sup>43</sup> Fallos: 313-594.

<sup>44</sup> Fallos: 316-2743.

<sup>45</sup> Fallos: 322-1253.

La CS sostuvo reseñadamente, que la independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación debe ser respetada por los otros poderes, para el control que deben ejercer los jueces sobre aquéllos, por lo que declaró inconstitucional el citado art. 88 de la Constitución pues, al hacer cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, los somete a una situación de marcada precariedad en el ejercicio de sus funciones sujeta al arbitrio de otro poder del Estado provincial

49. Posteriormente y con motivo de la Reforma Constitucional de 1994, la CS se ve forzada a dictar uno de los pronunciamientos más trascendentales y polémicos de los últimos años en la causa «*Fayt, Carlos S v. Estado Nacional*», el 19 de agosto de 1999<sup>46</sup>. El actor, ministro del Alto Tribunal, inició en primera instancia una acción de certeza (art. 322), a fin de obtener que se declare la nulidad en los términos de la ley 24.309 de la reforma introducida por el art. 99 inc. 4 párr. 3º al anterior art. 86 inc. 5 del texto 1853/60, dado que en su entender, importaba una restricción no habilitada a la garantía de la inamovilidad que consagra el art.110 CN, en cuanto aquél establece que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier juez, una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años. Reseñemos brevemente los extensos fundamentos dados por la CS para decidir favorablemente el fondo del asunto:

a) Declara revisible jurisdiccionalmente no sólo el aspecto procedimental, sino también el aspecto sustancial o contenido de la reforma, al sólo efecto de juzgar en los casos planteados, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a las que está sujeto.

b) No hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes, sin excepción alguna en estos ámbitos, desde que ya en 1864, sostuvo que el Alto Tribunal «es el intérprete final de la Constitución (Fallos: 1-340).

c) Procede el control sobre el alcance de disposiciones y derogaciones adoptadas por la Convención reformadora, privando de efecto a aquéllas realizadas en infracción a los límites impuestos al poder reformador por la declaración del Congreso.

d) El propio Congreso de la Nación ha aceptado el carácter justiciable de los límites del poder reformador, al prever la sanción de nulidad de «las modificaciones, derogaciones y agregados» que realice la Convención Re-

<sup>46</sup> Fallos: 322-1616.

formadora apartándose de la competencia establecida (art. 6º, Ley 24.309), con lo que presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas.

e) Los «poderes implícitos» de la Convención Reformadora, son auxiliares y subordinados a los «explícitos» concedidos, pero no son sustantivos ni independientes de éstos últimos, pues ningún poder puede arrogarse mayores facultades de las que les hayan sido conferidas. En el caso, se explicitó que se había conferidos a la Convención facultades para revisar los poderes del Presidente para la designación de los magistrados, (ex-art. 86, 5º), pero en modo alguno los referidos a la inamovilidad del ex-art 96 del anterior texto CN (hoy art. 110).

f) Dado que ni en los arts. 2º y 3º de la Ley 24.309, se ha incluido la posibilidad de reformar la norma constitucional relativa a la garantía de la inamovilidad de los magistrados, cabe considerar nula la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 al art. 99, inc. 4º párr. 3º de la CN.

## 6. EL PODER CONSTITUYENTE FORMAL Y MATERIAL

### A) El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente

50. Entre todos los supuestos o elementos del Estado, nos interesa preferentemente el referido al poder político, que en el decir de Maurice Hauriou «es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano, por la creación continua del orden y del Derecho»<sup>47</sup>.

Es ese poder político, el que nos revela su manifestación más superlativa en el poder constituyente, como potestad suprema que tiene una comunidad para dictarse o reformarse las normas fundamentales de su organización jurídico-política a través de la sanción originaria o la reforma de una Constitución, ya sea mediante el poder constituyente originario o fundacional y el poder constituyente constituido, derivado o reformador.

Ahora bien, siempre que hablemos del poder constituyente, debemos referirnos a la acción del poder político en aspectos que pertenecen a la materia o sustancia constitucional, porque ellas configuran la causa material del poder constituyente, y están referidas a ese amplio conjunto de cuestiones o temas que hacen a la organización fundamental del Estado, o

<sup>47</sup> Maurice HAURIUO, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 2ª Edición, p. 162.

a las competencias supremas del mismo (García Pelayo). Es decir, aquellas cuestiones que, por una parte, se refieren a los principios supremos en el diseño de la sociedad, ya sea en los fines, valores, derechos, deberes y garantías que rigen a las personas y grupos que la integran; y por otra parte, están referidas al diseño del poder con los órganos que lo asumen, los ámbitos de ejercicio y sus competencias o atribuciones.

## B) Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material

51. A la luz de esta reflexión podemos afirmar que poder constituyente formal originario, es aquel que se ejerce dentro de un amplio margen, según los procedimientos genéricos establecidos para la sanción de normas constitucionales, y por lo general por documentos históricos que fueron pergeñando el proceso constitucional. A su vez, poder constituyente formal derivado, es aquél que constituido al sancionarse por primera vez la constitución por el poder constituyente originario, el que necesariamente debió establecerse los requisitos y mecanismos para un legítimo ejercicio del poder constituyente derivado o reformador.

Por el contrario, poder constituyente material, es aquel que produce pautas, criterios y normas que alcanzan ejemplaridad sobre cuestiones fundamentales del Estado, es decir en materia constitucional, y que normalmente surgen del funcionamiento de los propios poderes constituidos, tanto del órgano legislativo (leyes de contenido constitucional), del órgano judicial (la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema); o del órgano ejecutivo (ciertos comportamientos institucionales).

52. El poder constituyente material viene así a desarrollar y a completar contenidos del texto constitucional prescriptos por el poder constituyente formal en el marco de la plena vigencia de la supremacía constitucional, para lo cual, interpreta y aplica la Constitución, procurando desentrañar su vertebración axio-teleológica, es decir, indagando cuáles son los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentra sustancialmente encapsulados tanto en los textos de los preámbulos, como en los de las normas de la Ley Fundamental.

En tales circunstancias, asumiendo indudablemente el ejercicio de un poder constituyente material, la Corte Suprema —como los TT. CC.— lo ejercen procurando el acrecentamiento de los ámbitos del sistema jurídico constitucional, mediante el desarrollo jurisprudencial de los contenidos normativos, ya sea ampliando o modificando las dimensiones de sus vigen-



cias, como erigiendo nuevos institutos sustantivos y procesales que surjan implícitamente de su texto.

De allí la célebre frase tan significativa y que siempre recordamos, pronunciada por el Presidente del Tribunal James Wilson (1789-1798) cuando decía que «la Corte Suprema de los Estados Unidos, es un Convención Constituyente en permanente sesión».

## 7. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN LOS QUE LA CORTE SUPREMA EJERCIÓ EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL

Entre los numerosos casos que ponen de manifiesto el tema y, dado los límites materiales de este estudio, sólo expondremos los más relevantes en que la CS ejerció el poder constituyente material.

### A) Acción de amparo

53. Desde nuestra organización constitucional en 1853/60, en el ordenamiento jurídico argentino sólo existía el *Habeas Corpus* como instituto procesal expeditivo y ágil exclusivamente para la protección de la libertad física o ambulatoria ante arrestos o detenciones arbitrarias (art. 18 CN). Para las violaciones manifiestamente ilegítimas que se produjesen contra los demás derechos constitucionales, el orden jurídico carecía de garantía procesal alguna.

Recién en los años 1957 y 1958, la CS dictó dos memorables pronunciamientos en sendas causas, en los que ejerciendo el poder constituyente material admitió con base constitucional, la trascendental acción de amparo en el ordenamiento jurídico argentino.

54. a) Caso «*Angel Siri*»: Sentencia del 27/12/1957<sup>48</sup>. Un diario del actor, fue clausurado sin orden de autoridad competente, por lo que decidió plantear un *hábeas corpus*, fundamentándolo en la privación de ejercer los derechos constitucionales de trabajar, imprenta y propiedad (art. 14, 17 y 18 CN). La CS expresó reseñadamente lo siguiente:

Que en autos se ha acreditado la manifiesta violación a los citados derechos sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, lo cual basta para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo he-

<sup>48</sup> Fallos: 239-461.

cho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

Que esta CS, se aparta así de la doctrina tradicional que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios la protección de las garantías constitucionales no comprendidas en el habeas corpus, las cuales reclaman de consuno su goce y ejercicio pleno para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas. La CS ordenó el cese de la restricción a los derechos del actor, naciendo así en esta memorable sentencia, la garantía constitucional de la acción de amparo en virtud del poder constituyente material que la CS ejerció ante el silencio constitucional y legal.

55. b) Caso «*Samuel Kot*»: La firma accionante, propietaria de una empresa, tuvo un conflicto con sus trabajadores, quienes ocuparon la fábrica que quedó totalmente paralizada, por lo cual demandó la protección de las garantías constitucionales a la libertad de trabajo (art. 14); a la propiedad (art. 17); a la libre actividad (art. 19) CN.

La CS<sup>49</sup> resolvió que la acción de amparo procedía, no sólo contra las violaciones ilegítimas de los derechos constitucionales por actos de autoridad pública, sino también frente a actos violatorios por parte de particulares (art. 33 CN). Nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la CN que permita afirmar que la protección de los derechos esenciales del hombre, frente a ataques ilegítimos, graves y manifiestos, esté circunscrita a los que provengan sólo de la autoridad, y excluida de los ataques que emanen de particulares o de grupos organizados de individuos.

56. Fijó con precisión los presupuestos requeridos para la procedencia del amparo, los que más tarde fueron receptados en la ley reglamentaria 16.986/66, y en el actual art. 43 CN de 1994. Dijo: Siempre que aparezca en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a algunos de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

He aquí un nuevo ejercicio del poder constituyente material, pues la propia CS señala que este avance de los principios constitucionales, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes consagrarán la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la CN, entre los que está el de «asegurar los beneficios de la

<sup>49</sup> Fallos: 241-296.

libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino (Preámbulo)».

57. c) Caso «*Outon*»: En 1967 los actores trabajadores marítimos, requirieron amparo judicial para que se les restablezca en los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaban violados por el decreto 280/64, reglamentario de la «Bolsa de Trabajo Marítimo», cuyo art. 16, exigía para inscribirse en ella el carnet de afiliación sindical, lo que supone la agremiación forzosa a un determinado sindicato y la negación del derecho a trabajar a quien no lo hiciera.

El Tribunal declaró<sup>50</sup>, que si bien es cierto que no es pertinente, como principio, la declaración de inconstitucionalidad en procedimientos como el amparo, tal principio no debe reputarse absoluto. La existencia de disposiciones de una ley, decreto u ordenanza claramente violatorias de algunos de los derechos humanos, no puede constituir obstáculo para que se declare su inconstitucionalidad y se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada; porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa —por más inconstitucional que ésta fuese— para frustrar la obtención en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado.

Al sentar esta doctrina, la CS ejerció el poder constituyente material al afirmar la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de un norma estatal en el amparo, que tres décadas después, receptó la Reforma de 1994 en el art. 43 CN.

## B) Acción Declarativa de Inconstitucionalidad

58. Sabido es que para el planteamiento de la «cuestión o caso constitucional», que hace procedente la petición de una declaración de inconstitucionalidad en «causa contenciosa», nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, desde originaria y secular posición, sólo aceptaba la llamada «vía incidental, indirecta, como excepción o defensa», negándose la existencia de una acción de inconstitucionalidad con identidad propia y autónoma. En otras palabras, el planteo de inconstitucionalidad debía ir siempre «encajado» en la acción principal, v.g. repetición de impuestos inconstitucionales.

Esta tesis negatoria que nunca la compartimos por las razones expresadas en anterior oportunidad<sup>51</sup>, fue superada en un giro rotundo de la CS

<sup>50</sup> Fallos: 267-215.

<sup>51</sup> Ricardo HARO, *El Control de Constitucionalidad*, Editorial Zavallá, Buenos Aires, 2003, pp. 19/25.

a partir de 1985 en la causa «Prov. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.»<sup>52</sup>, cuando en una jurisprudencia realmente constituyente, aceptó finalmente la acción declarativa de inconstitucionalidad a través de la «acción declarativa de certeza» del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, la cual podía deducirse para obtener una sentencia meramente declarativa, que hiciese cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

El Tribunal consideró idónea esta «acción declarativa de certeza», para dar curso a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica, pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal y sostuvo categóricamente con argumentos que compartimos, que la acción declarativa de inconstitucionalidad como acción independiente, no viola las exigencias del «caso contencioso», ni se expide en declaraciones directas, generales o abstractas de inconstitucionalidad y por lo tanto, en modo alguno allana la separación de los poderes.

### C) Control de Oficio de Constitucionalidad

59. Desde su instalación a fines del siglo XIX, la CS sostuvo que para que los tribunales ejerzan el control de constitucionalidad era indispensable que una de las partes formule en el proceso o juicio, el planteo expreso de la inconstitucionalidad del acto estatal impugnado. Nosotros, ya desde 1975 hemos expuesto en trabajos y libros<sup>53</sup>, nuestra discrepancia y firme adhesión al control de oficio de inconstitucionalidad, es decir, en causa judicial pero sin petición de parte interesada.

A partir de la nueva integración de la CS en 1983, esta férrea negativa manifestó sus primeros resquebrajamientos con categóricas disidencias, de los jueces Fayt y Belluscio, a favor del control de oficio de constitucionalidad, expresadas en sentencia del 24/4/1984 in re «*Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario*»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Fallos: 307-1379

<sup>53</sup> Ricardo HARO, «El Derecho», del 17/11/1975, en Tomo: 64, pp. 641. Asimismo en nuestros libros *Constitución, Gobierno y Democracia*, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, pp. 191/216 y *Control de Constitucionalidad*, editorial Zavalía, Buenos Aires, 2008, pp. 79 y sgtes.

<sup>54</sup> Fallos: 306-303.

En síntesis, esos fundamentos sostenían que «es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de causa concreta... más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente —trasuntado en el antiguo adagio *«iura curia novit»*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior, ... facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales, ... que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes».

60. El criterio a favor del control de oficio comenzó a tener una progresiva adhesión de otros jueces del Tribunal<sup>55</sup>, pero es recién en 2004 y con una integración distinta, que la CS consolida la tesitura del control de oficio en la causa *«Banco Comercial de Finanzas S.A.»*<sup>56</sup>, con los similares argumentos de los jueces Fayt y Belluscio.

Ratificada esta posición por el alto Tribunal en diversas causas<sup>57</sup>, presenta una nueva faceta en el caso *«Gómez»* del 27/12/2006, si bien tangencialmente pero no por ello de manera indubitable, la CS con su nueva integración y por mayoría de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, confirmó el control de oficio de constitucionalidad, con la disidencia de la jueza Argibay, que se enroló decididamente en la antigua tesis negatoria.

La doctrina del control de oficio de constitucionalidad, muestra una vez más la actuación por la CS del poder constituyente material, toda vez que con él viene a establecer una nueva modalidad que asegure el principio la supremacía constitucional.

#### D) Intervención Federal

61. Según el art. 6 CN, en lo pertinente que nos interesa, dispone: «El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias...». Al estar constituido el Gobierno federal por los poderes Legislativo, Ejecuti-

<sup>55</sup> V.g. en 2001, en el caso *«Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros»*, Fallos: 324-3219.

<sup>56</sup> Fallos: 327-3117.

<sup>57</sup> *«Lapadu»* de 2004, Fallos: 327-5723, y *«Simón»* del 2005, Fallos: 328-2056.

vo y Judicial, la indeterminación concreta de cuál era el órgano u órganos competentes para declarar la intervención a una provincia, produjo durante décadas opiniones encontradas en los poderes del Estado y en la doctrina especializada.

Esta indeterminación fue finalmente dilucidada por la CS —si bien con escasa seguimiento en los poderes políticos— cuando ejerciendo nuevamente el poder constituyente material, fijó criterio en 1929 en el caso «*Orfila, Alejandro*»<sup>58</sup>, afirmando que dicha atribución le correspondía al Congreso de la Nación, en base a una interpretación sistemática del art. 67 inc. 28 (hoy 75 inc.32) (que dispone los poderes implícitos del Congreso para poner en ejercicio todos los otros poderes concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación) y la expresión inicial del art. 6 CN al prescribir que «El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias...».

Fue tan correcta y constitucional la posición de la CS, que su argumentación sirvió a los diputados constituyentes de 1994, para sancionar el art. 75 inc. 31 CN, afirmando que le correspondía al Congreso: «Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires...», disposición que se complementa con el art. 99 inc. 20 cuando declara que le corresponde al Presidente de la Nación, decretar la intervención federal en caso de receso del Congreso, debiendo convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

Otra vez la CS había ejercido el poder constituyente material que varias décadas después adoptaría para el texto de la CN el poder constituyente formal de 1994.

## E) Autonomía Municipal

62. Básicamente, la ancestral y reiterada posición de la CS sostenía la naturaleza autárquica del municipio<sup>59</sup>, tesis muy discutida en doctrina.

Recién en 1989, la CS ejerciendo el poder constituyente material, realiza un giro copernicano en el caso «*Rivademar c/ Municipalidad de Rosario*»<sup>60</sup>, pronunciándose por la «autonomía municipal», teniendo presente la tesis avanzada desde tiempo atrás en el Derecho Público Provincial y la interpretación actualizada del art. 5 CN. Afirmó el Tribunal que las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial, que tienen un ámbito propio a administrar. No son una mera repartición administrativa

<sup>58</sup> Fallos: 154-194.

<sup>59</sup> Fallos: 113-282.

<sup>60</sup> Fallos: 312-326.

del gobierno central, pues poseen autoridad en su territorio y poder para designar y remover a sus empleados.

Esta nueva concepción jurídico-política del municipio, fruto del ejercicio por la CS del poder constituyente material, fue incorporada por el poder constituyente formal en 1994 al art. 123, disponiendo que las Constituciones Provinciales deben «asegurar la autonomía municipal y reglar su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero».

#### F) Supremacía de Tratados Internacionales

63. En este tópico, también la CS, ejerciendo poder constituyente material, produjo un cambio súbito y sustancial, en la compleja relación entre el derecho interno y el derecho internacional, comunitario o regional. En este acápite y en lo pertinente, debemos recordar que el art. 31 CN dispone: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...».

En la causa «*Ekmekdjian c/ Sofovich*»<sup>61</sup>, la CS modificó en 1992 la tradicional doctrina de la paridad jerárquica de las leyes y los tratados, con motivo de la ratificación por Argentina en 1980, de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, cuyo art. 27 dispone: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...», en base al cual la CS sostuvo que el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054 y su posterior ratificación, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 CN. Se impone a los órganos del Estado Argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional.

#### G) Jurisdicción Internacional

64. Otra manifestación del ejercicio del poder constituyente material fue la novedosa posición de la CS de aceptar la jurisdicción internacional, básicamente a partir del caso «*Fibraca*» de 1993<sup>62</sup>, en el que afirmó: «La CS carece de facultad para revisar un laudo del Tribunal Arbitral de Salto

<sup>61</sup> Fallos: 315-1492.

<sup>62</sup> Fallos: 316-1669.

Grande, en tanto lo contrario implicaría entrar en contradicción con el espíritu del tratado internacional firmado por las partes (art. 27 Convención de Viena)».

De esta forma la CS se adelantó a la Reforma de 1994 que en su art. 75 inc.24, faculta al Congreso de la Nación a «Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales...». Con ambos respaldos, el Tribunal ratificó la doctrina *in re* «Ghiorzo» de 1997 y en el caso «Girolodi» de 1995, en el que reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en los casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre DD. HH., y la importancia decisiva de su jurisprudencia.

#### H) Establecimientos de Utilidad Pública Nacional

65. La CS, pionera en la precisión constitucional ejerciendo el poder constituyente material, se pronunció respecto a la conflictiva interpretación del anterior art. 67 inc. 27 (CN 1853/60) cuya redacción poco clara, originó una cambiante y contradictoria jurisprudencia en el propio Tribunal, para finalmente optar por la tesis que consideramos acertada. Decía el citado artículo, que correspondía al Congreso de la Nación «ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional».

La CS, luego de idas y venidas, adoptó lo que podemos llamar la tesis restrictiva y finalista, que es la correcta por ser congruente con la forma federal de Estado y la regla del art. 104 CN referida a la distribución de poderes entre el Gobierno federal y los Gobiernos provinciales.

66. Entre otras, en la causa «Brizuela» de 1976<sup>63</sup> el Tribunal afirmó que la facultad del art. 67 inc. 27, es únicamente la de someter a la legislación exclusiva del Congreso, los lugares que dicho texto menciona y, sólo para la materia específica del establecimiento y la realización de su finalidad. Aclara categóricamente que las facultades legislativas y administrativas de las provincias, sólo quedan excluidas en tanto su ejercicio interfiera directa o inmediatamente, en dicha finalidad nacional. Pero la exclusividad de la legislación nacional, no puede en modo alguno afectar la potestad política de la autonomía provincial sobre el resto de la vida y de la actividad cumplida en el lugar cedido, pues esos lugares no se federalizan.

<sup>63</sup> Fallos: 296-432.



Con apoyo en el poder constituyente material, la CS fijó de esta forma el sentido constitucional del ex -art. 67 inc. 27, e inspiró decisivamente a los constituyentes de 1994 para incorporarlo en el nuevo art. 75 inc. 30 al disponer que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en las provincias.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto B. (1992): *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Colección Oficial de Fallos.
- CANOSA USERA, Raúl (1988): *Interpretación Constitucional y Formula Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CAPPELLETTI, Mauro (1978): *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè.
- FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel S.A.
- FAYT, Carlos S. (1995): *La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, Editorial La Ley.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009): *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson.
- HÄBERLE, Peter (2006): *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, compilado por Diego Valadés, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HARO, Ricardo - (1987): *Constitución, Gobierno y Democracia*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- (2008): *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Zavallía.
- (1977): «Función Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos», *La Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HAURIOU, Maurice: (Segunda Edición): *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus.
- LEIBHOLZ, Gerhard (1971): *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (1998): *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- LOEWENSTEIN, Kart (1965): *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- ROMERO, César Enrique (1973): *Introducción al Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Zavallía.
- SAGÜES, Nestor P. (1998): *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo (1976): *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1997): *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta.

