

# REFLEXIONES Y PERSPECTIVAS EN TORNO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL RÉGIMEN FEDERAL DE LA ARGENTINA

Por RAÚL GUSTAVO FERREYRA \*

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—2. LA CONSTITUCIÓN Y ALGUNAS DE SUS GARANTÍAS: A) El sistema normativo constitucional. B) El garantismo: a) *El significado de «garantismo constitucional» en sentido amplio.* b) *Garantismo constitucional, en sentido más restringido.*—3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN: A) Breviario de la jurisdicción constitucional en la Argentina. B) Esquema de la jurisdicción constitucional —federal— argentina, después de la reforma. C) Tabla de contenido de algunas bases para repensar la jurisdicción constitucional del siglo XXI.—4. LA ACCIÓN POPULAR EN DEFENSA DE LA JURIDICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN, UN PARADIGMA DE LAS GARANTÍAS PARTICULARES: A) Noción y naturaleza. B) Algunos antecedentes de la «acción popular». C) La «acción popular» y algunas expresiones de la doctrina aural. D) La adecuación de la acción pública de la defensa de la juridicidad constitucional con los principios y reglas de la Constitución Argentina.—5. A MODO DE EPÍLOGO.

## 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

La Constitución de la Nación Argentina (en adelante, también e indistintamente «C.A.» o «C.N.A.») sancionada en el año 1853, fue reformada en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994, respectivamente. El estudio comparativo del ejercicio del «poder constituyente derivado» en la

---

\* Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

República Argentina, permite concluir que de las 5 reformas a la Constitución cuyas enmiendas mantienen hoy vigencia<sup>1</sup>, la reforma a la «Ley Fundamental» del año 1994 ha sido la que con mayor intensidad y extensión ha modificado la textura normativa del documento constitucional. El poder constituyente reformador ha elaborado un texto constitucional comprensivo de un preámbulo, 129 enunciados normativos que contienen principios y reglas de naturaleza permanente y 17 disposiciones transitorias, las que se complementan con alrededor de cuatro centenares de fórmulas jurídicas que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones previstas por el art. 75 inciso 22°, todas ellas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos<sup>2</sup>.

Este trabajo se divide en tres partes: en la primera, se apuntarán brevemente las notas primordiales de la tabla de contenido para un análisis del significado de la Constitución jurídica y del garantismo, este último entendido como doctrina que tiende a efectivizar las reglas y principios del sistema normativo básico del Estado: su Constitución. En la segunda parte, se examinarán sumarisimamente las bases jurídico-normativas de la jurisdicción constitucional. Inmediatamente se intentará un breviarío —que en algunos casos de «lege ferenda»— se sugiere para repensar la solución de algunas de las deficiencias funcionales y estructurales que de modo mas

<sup>1</sup> Las reformas introducidas al texto constitucional por la Convención Nacional Constituyente del año 1949, fueron dejadas sin efecto el 27/4/1956 por una «Proclama» del gobierno provisional de facto, que declaró vigente la C.A. sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

<sup>2</sup> El enunciado normativo estipulado en el artículo 75 inciso 22 de la C.A., fue incorporado por la Reforma constitucional del año 1994, y dispone que corresponde al Congreso de la Nación: «Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional». La ley 24.820 —B.O. 29/5/1997— otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas.

evidente se advierten en la columna vertebral del modelo de control jurisdiccional difuso.

Finalmente, en la tercera parte, se intentará conectar los resultados obtenidos en la fases anteriores con el examen jurídico normativo del texto constitucional federal (la C.A.). En dicha trayectoria, la meta del análisis se fija en la verificación objetiva o corroboración de la hipótesis central del ensayo, la que bien puede ser encuadrada del siguiente modo: el ordenamiento constitucional federal de la Argentina habilita al Congreso de la Nación para que legisle la «acción popular en defensa de la juridicidad constitucional» —o «acción popular», indistintamente— partiéndose del modelo teórico que axiomáticamente la concibe como un instrumento paradigmático para proveer a la garantía del derecho de la Constitución.

## 2. LA CONSTITUCIÓN Y ALGUNAS DE SUS GARANTÍAS

### A) El sistema normativo constitucional

Los principios y reglas de la Constitución son el cimiento que sustenta al ordenamiento jurídico del Estado, autónomo o soberano. La noción de la «Constitución jurídica», descansa en reconocer que sus finalidades esenciales consisten en: a) proteger y satisfacer los derechos de libertad, los sociales, y los de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del estado.

El derecho de la Constitución se singulariza por la primacía, jerarquía, elasticidad, apertura y vinculación de la totalidad de sus principios y reglas jurídicas, características que no se aprecian con simétrica magnitud en el resto de la ramas del ordenamiento jurídico-estatal. Bien puede compartirse la afirmación que dice que la Constitución jurídica del Estado es, ante todo y sobre todo una norma jurídica que, sin embargo, posee sus especificidades propias. En la cartografía del documento constitucional, una de las áreas de mayor relieve se encuentra en la consideración de la fuerza normativa ínsita en todos y cada uno de sus enunciados. En tal perspectiva entonces, la garantía del derecho de la Constitución se convierte en una plataforma medular para dotar de plena estabilidad a su edificio jurídico.

Es factible detectar, un notable cambio en una buena porción de la cultura jurídica del fin de milenio, en todo lo referente al estudio de la Constitución como norma y las garantías que se preveen para prestar plena motricidad a la efectividad de sus enunciados. Con notable anticipación señalaba Kelsen en 1931, que el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución, responde al principio específico de la máxima juridicidad estatal, propia del Estado de derecho<sup>3</sup>. En consecuencia, dentro del orden

<sup>3</sup> HANS KELSEN, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 4.

de ideas que se pondera y presupuesta, es decir el pleno reconocimiento de la Constitución como un sistema normativo abierto, se puede postular razonablemente que dicha peculiaridad sólo puede ser tutelada —íntegra y eficazmente— por las «garantías».

B) El garantismo

a) *El significado de «garantismo constitucional» en sentido amplio*

La idea nuclear de una concepción «amplia» de su significación, se podría encerrar en el siguiente enunciado: la «política debe ser constitucionalmente adecuada», descartándose de plano la posibilidad de que la «Constitución» pueda ser políticamente adaptada, según el paladar o antojo de quienes representen circunstancialmente a la voluntad mayoritaria del cuerpo electoral.

En otras palabras, la impronta del postulado, seguramente imbricaría la verificabilidad de esta hipótesis: «que la política sea genuinamente constitucional, tanto en su génesis como en su desarrollo», es decir, que las decisiones políticas se elaboren y ejecuten en virtud del marco que estatuye la Constitución, y no al revés. En dicha línea de pensamiento también se expone que, si se está de acuerdo en que el derecho constitucional —todo el derecho— es una herramienta convencional de la cual se sirve el hombre racionalmente para facilitar la coexistencia y convivencia en armonía, la actividad de las autoridades constitucionales no puede ser otra que respetar y dar vida a cada una de las prescripciones del pacto constitucional. Tal orientación —que compartimos— puntualiza que, si el derecho fue siempre sometido a la política, ha llegado la hora en que «las razones de derecho constitucional» sometan a la vida política del y en el Estado<sup>4</sup>.

A guisa de ejemplo, se puede mencionar que se insertan en esta noción del «garantismo en sentido amplio» los siguientes mecanismos institucionales:

i) Separación y distribución de las funciones del estado, con la finalidad exclusiva de limitar el poder y que los gobernantes se sometan a los postulados normativos establecidos en la Ley fundamental; descentralización administrativa y bicameralismo parlamentario.

ii) Rigidez constitucional, nomenclatura que hospeda en su seno la noción de que la Constitución no puede ser reformada en base a los mecanis-

<sup>4</sup> Las razones de derecho constitucional determinan «qué es lo que ordena mandar» jurídicamente en un Estado. El tema ha merecido desarrollo en el estudio «Los valores en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires», por RAÚL GUSTAVO FERREYRA, en el colectivo *Los valores en la Constitución argentina*, VV.AA., Ediar, 1999, Buenos Aires.

mos previstos para la elaboración de la legislación ordinaria. En tal sentido, la rigidez acompañaría siempre a la supralegalidad constitucional, no como causa o razón de la misma, sino como su consecuencia<sup>5</sup>.

iii) La imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia y la consagración expresa del derecho de resistencia de la ciudadanía contra quienes atentaren en su contra<sup>6</sup>.

#### b) *Garantismo constitucional, en sentido más restringido*

Que la normatividad del derecho de la Constitución depende en enorme grado de los útiles creados para proveer a su garantía, es a no dudarlo, una muy razonable tesis. A raíz de ello, hay un segundo significado de «garantismo constitucional» al que inexcusablemente se debe hacer referencia. En este caso, «garantismo constitucional» es el estudio de los instrumentos de naturaleza defensiva de la supralegalidad constitucional. En esta dimensión, las garantías se desdoblan en «universales» y «particulares».

A) Las «garantías universales» se configuran a través de la estipulación normativa de vínculos jurídico-institucionales impuestos al poder estatal para la satisfacción y respeto de los atributos y prerrogativas de las personas. A tal ideario podría vincularse la opinión de Kelsen, cuando sostenía que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, y que por ello «garantía constitucional» significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos<sup>7</sup>.

En el plano teórico se puede conjeturar que, en la galería de las «garantías universales» se exhiben las siguientes reglas jurídico-institucionales: i) las que imponen el sometimiento de todos los poderes del Estado al respeto de los derechos humanos, cuyo natural corolario cristaliza el núcleo conceptual de la «doctrina dual de los derechos fundamentales»<sup>8</sup>; ii) las que ordenan la autoaplicabilidad de los «Derechos fundamentales»; iii) las que consagran el contenido esencial de los derechos fundamentales; y las

<sup>5</sup> Cfr. MANUEL ARAGÓN REYES, *Estudios de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1998, p. 103.

<sup>6</sup> En este sentido el art. 36 de la C.A., en su faz pertinente dispone que: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos...»

<sup>7</sup> HANS KELSEN, *op. cit.*, p. 5.

<sup>8</sup> Adoptamos dicho desarrollo doctrinal a partir de algunas fijaciones iniciadas por el Tribunal constitucional español en la sentencia número 25 del 14/7/1981; su cita por: TOMÁS GUI MORI, *Jurisprudencia constitucional, 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del Tribunal Constitucional Español*, Civitas, Madrid, 1997, p. 197.

que estatuyen que todos los derechos y garantías se interpretan de buena fe; v) la de la reserva de ley; y finalmente vi) la garantía jurisdiccional de la Constitución o control de constitucionalidad de la normativa y actividad infraconstitucional, entendido éste como el mecanismo jurídico-institucional que mayor aptitud reviste para garantizar que la Constitución se mantenga como la norma suprema del ordenamiento estatal, motivo por el cual puede concluirse, que por intermedio de su natural desenvolvimiento el Estado asegura la estructura jerárquica del ordenamiento.

La garantía jurisdiccional de la constitución merece ser encuadrada tanto en el plano de las garantías universales como en el de las particulares. Cuando se la aprecia en el campo de las «universales» se vislumbra que en dicho ámbito encuentra uno de los territorios de mayor fertilidad para su desarrollo, en razón que la revisión de constitucionalidad que se desenvuelve en el seno de la jurisdicción constitucional tiene por finalidad garantizar íntegramente la suprallegalidad de la norma fundamental.

En las puertas del siglo XXI, si se asume la veloz lectura de las tablas de contenido de las «Leyes Fundamentales» de los Estados Constitucionales y democráticos, razonablemente puede comprobarse que, al menos desde la perspectiva jurídica, en casi todos ellos, se asegura la revisión del material normativo subconstitucional —donde las leyes y actos de gobierno ocupan un lugar de privilegio— a través del juicio de adecuación de constitucionalidad, potestad que se asigna a un órgano jurisdiccional o político, distinto al que produjo la norma, acto u omisión. En tal sintonía, la garantía jurisdiccional de la Constitución tiene una importancia de tal envergadura, que en resumidas cuentas, hasta se podría compartir la siguiente aseveración apodíctica: «Dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes. Esta frase, naturalmente, vale también al revés»<sup>9</sup>.

B) En segundo lugar y con idéntica jerarquía que las «garantías universales», la esencia misma de las «garantías particulares» queda constituida por la técnica jurídica especializada para dotar de efectividad a los derechos y/o al normal desenvolvimiento de la vida institucional; o si prefiere, su definición engloba el estudio de las herramientas de naturaleza reactiva y defensiva que se ofrecen a los habitantes para que, en cada caso singular o general, en que se repute producida una vulneración de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes, puedan acudir a ellas y obtener la preservación del derecho o reestablecimiento del equilibrio orgánico-institucional.

<sup>9</sup> W. KAEGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, citado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 163.

### 3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

#### A) Breviario de la jurisdicción constitucional en la Argentina

Al referirnos a la «jurisdicción constitucional» la consideramos en su «aspecto lato» o material, es decir como protagonista principal —mediante la configuración de procesos y estructuras judiciales— de la protección y defensa de la constitución, de su contenido contextual y de la supralegalidad que el instrumento supone<sup>10</sup>. La consideración no se enrola según la concepción doctrinaria existente en gran parte de los países europeos, ya que el derecho federal argentino al haber adoptado el control desconcentrado para la revisión judicial de constitucionalidad, obviamente carecería de los parámetros jurídico-constitucionales que tienen dichos Estados, dado que no existe un único Tribunal Constitucional especializado —y de periódica renovación—, como sí existe en España, Alemania e Italia. Desde tal mirador, se podrá convenir entonces que cuando se alude a la jurisdicción constitucional, se referencia a la potestad asignada a los órganos judiciales que poseen atribuciones constitucionales para conocer y decidir respecto de pretensiones fundadas en el derecho de la constitución, y que en el régimen constitucional argentino tienen todos los Jueces, de todos los fueros e instancias. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) que el fin fundamental de la actividad jurisdiccional consiste en la facultad-deber de aplicar con preeminencia la Constitución, capacidad que integra la esencia misma de esta función estatal, ya sea provincial o federal.

El control de constitucionalidad de las leyes, principio cardinal en la teoría del gobierno republicano de la Argentina, curiosamente no fue diseñado y por ende expresamente reglado en su texto fundacional del año 1853<sup>11</sup>. La falta de presencia específica de normas constitucionales que detallaran concretamente la redacción jurídico-normativa de la teoría del control de constitucionalidad y el papel y filiación institucional del Poder Judicial, fue reflejo en la Argentina de la situación, que análogamente se había dado con el texto constitucional estadounidense del año 1787<sup>12</sup>. En efecto, la asignación al Poder Judicial de su más importante rol institucional y potestad cualificada, esto es como guardián de la constitucionalidad de las leyes, no tuvo en el derecho constitucional norteamericano

<sup>10</sup> Cfr. MARÍA M. SERRA, *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 7.

<sup>11</sup> Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. I, Astrea, Bs. As., 1992, p. 105.

<sup>12</sup> Cfr. JORGE VANOSSI y FERMÍN UBERTONE, «Control jurisdiccional de constitucionalidad», en obra colectiva, VV.AA., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, 1996, p. 47.

expresa concreción normativa en el texto fundacional, sino que —como es bien conocido— su consagración fue a través de la vía jurisprudencial en el célebre caso «Marbury vs. Madison», resuelto por la Supreme Court en el año 1803.

En la Argentina, a semejanza del proceso constitucional norteamericano, la fuente de la que provienen los elementos principales que configuran los requisitos para que proceda el control de constitucionalidad y el enmarcamiento de su radio de acción, se han gestado primordialmente en matriz pretoriana<sup>13</sup>. Sin embargo, la inscripción normativa de la atribución al Poder Judicial para compulsar la coherencia del ordenamiento subconstitucional con la «superley», podía especularse que yacía «tácitamente» en varias reglas y principios de la C.N.A.. La aplicación del control de constitucionalidad, era nada más ni nada menos, que la natural, pero inevitable desembocadura de una correcta interpretación de sus enunciados normativos. La interpretación constitucional que se alude, involucra los siguientes textos: i) al principio de supremacía de la constitución —cfr. Artículo 31 de la C.A.<sup>14</sup>—; ii) al principio de la rigidez de su texto —cfr. Art. 30 C.A.<sup>15</sup>— y iii) a la delegación popular —al formularse la Constitución— del ejercicio de la potestad jurisdiccional en el aparato judicial; confiándose de este modo a la C.S.J.N. y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versaren respecto de puntos regidos por el derecho de la constitución y demás detalle normativo allí cifrado —cfr. antiguo art.100, hoy 116 de la C.A.—<sup>16</sup>.

Ni la doctrina, ni la jurisprudencia argentina han dudado respecto de la paternidad del modelo de control de constitucionalidad adoptado por su poder constituyente originario. En principio —expone el Juez Petracchi— no resulta difícil de explicar el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino y el rol de la Corte, dado que el poder judicial de nuestro país tiene como modelo inspirador al de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>17</sup>. Los propios precedentes de la C.S.J.N. —v.gr. : «Fallos»,

<sup>13</sup> Cfr. ALBERTO B. BIANCHI, «¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?», *La Ley*, t. 1990-E, p. 1089.

<sup>14</sup> Dispone el artículo 31, en su parte pertinente, que: «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...».

<sup>15</sup> Dispone el art. 30, en su parte pertinente, que: «La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; ...».

<sup>16</sup> Dispone el artículo 116 de la C.A. en su faz pertinente que: «Corresponde a la C.S.J.N. 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...».

<sup>17</sup> ENRIQUE S. PETRACCHI, «Control judicial en la Argentina», *La Ley*, t. 1987, p. 708.

tomo 2º, página 44<sup>18</sup>— se orientan en dicha tesitura. Además la C.S.J.N. ha puntualizado que los autores de la C.A., al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados Unidos en esta parte, como hicieron en las demás con muy pocas variaciones; y que la C.A. y la de los Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la C.S.J.N.<sup>19</sup>.

Las reglas clásicas del control de constitucionalidad en la Argentina se asientan en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad —«*iuris tantum*»— de todos los actos estatales. La arquitectura del procedimiento judicial de revisión de constitucionalidad de la producción jurídica subconstitucional», puede esquematizarse con el sucinto compendio de la jurisprudencia de la C.S.J.N. y de las normas jurídicas aplicables que seguidamente se desarrolla:

a) Es difuso: no existe un fuero específico a cargo de la jurisdicción constitucional. Todos los jueces sin distinción de fueros, instancias u órdenes jurisdiccionales —provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires y federales—, pueden realizar la inspección de inconstitucionalidad, y eventualmente declarar la inaplicabilidad de cualquier norma o acto que consideren contraria a la C.A. Por vía de principio, el control se materializa sobre normas, actos u omisiones, originados en la labor de cualquiera de los órganos de los poderes del Estado. También pueden constituir objeto de la materia controlable los hechos y omisiones de los particulares, y las Constituciones de cada una de las 24 entidades autónomas que constituyen el Estado federal, es decir sus 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) La inconstitucionalidad debe ser introducida oportunamente por la parte que la alega. Se le exige al justiciable que demuestre de manera cierta y no presunta la existencia de un interés jurídico concreto lesionado o de inminente lesión, cuya tutela exige la actividad jurisdiccional.

c) El control de constitucionalidad no se ejerce respecto de las denominadas cuestiones políticas. En dicha categoría conceptual quedan alojados los actos de gobierno emanados del ejercicio de atribuciones privativas de los poderes del estado.

<sup>18</sup> La fuente más importante de conocimiento de las resoluciones de la C.S.J.N. Suprema de la Justicia de la República Argentina es la publicación denominada «Fallos de la C.S.J.N. Suprema de la Nación». Se trata de una publicación oficial, cuyo t. 1.º arranca con sentencias del Tribunal pronunciadas en el año 1863. Usualmente a la colección se la denomina «Fallos», a secas.

<sup>19</sup> Cfr. doctrina registrada en «Fallos», t. 32, p. 127.

d) En principio, tampoco el juicio de adecuación constitucional es procedente de oficio, es decir sin petición de parte que demuestre un interés concreto en la inaplicabilidad de la norma o acto que de origen a su reclamo o defensa jurisdiccional.

e) La resolución judicial que declare la inconstitucionalidad de un producto normativo solamente afecta a la parte necesaria de dicha norma. Los efectos del pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo se limitan al caso que concretamente se juzgue y donde el Juez declare la inaplicabilidad de la norma que extrae del enunciado normativo jurídico por su falta de coherencia con la ley fundamental, pero las consecuencias de la invalidación constitucional no se extienden al resto del conjunto normativo —del que forme parte el enunciado impugnado— que queda intangible.

Si bien es cierto que no cabe atribuir efecto «erga omnes» a ninguna resolución judicial, cabe reputarse que del examen de la jurisprudencia de la C.S.J.N. emana que sus fallos tienen un importantísimo valor jurídico-institucional como precedente. Hoy por hoy, la doctrina de la C.S.J.N. al respecto podría redondearse en la siguiente premisa: «los jueces inferiores no se encuentran obligados por los precedentes de la C.S.J.N., pero deben fundamentar razonablemente los motivos que expongan para apartarse de la doctrina oficial del Tribunal».

g) La revisión de constitucionalidad es un control a posteriori, ya que el procedimiento no tiene carácter preventivo, dado que se ejerce sobre y respecto de normas o actos elaborados por el órgano competente.

h) La C.S.J.N. desde antaño ha interpretado que ella y los tribunales inferiores sólo tienen asignadas atribuciones constitucionales para decidir en «causas» que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del congreso. La ley 27, que se sancionó en el año 1862, a través de su artículo 2º «reglamentó» el precepto constitucional, agregando que la justicia federal nunca procede de oficio, ejerciendo su jurisdicción solamente en los casos contenciosos en que es requerida su intervención a instancia de parte. Ya en el año 1865 advertía la C.S.J.N. que, la misión de un tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor<sup>20</sup>. En la misma línea, decía la C.S.J.N. que los puntos regidos por la Constitución, la ley, o los tratados, sólo pueden dar jurisdicción al Poder Judicial cuando son llevados ante éste en forma de causas, es decir de controversias entre partes<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> C.S.J.N., doctrina registrada en «Fallos», t. 2, p. 253.

<sup>21</sup> Cfr. C.S.J.N., doctrina registrada «Fallos», t. 156, p. 320.

i) A partir de 1985, la Corte flexibiliza un poco, no demasiado, el concepto «rígido» de caso contencioso, aunque sin abandonarlo del todo, y comienza a admitir la existencia de «acciones de inconstitucionalidad» o «vías directas», siguiendo por supuesto vigente la «vía indirecta». El epicentro de la tarea flexibilizante de la noción de causa que jurisprudencialmente ejecuta la C.S.J.N. parte de la premisa originaria de reconocer que el proceso que se inicia a través de la instalación de la acción regulada por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.<sup>22</sup>), configura «causa judicial» en los términos del art. 116 de la C.A. y del art. 2° de la ley 27, aunque finalmente no se dicte una sentencia de condena, debido a que el objeto procesal naturalmente es la declaración de certeza<sup>23</sup>. Pareciera que la C.S.J.N. advierte, que una interpretación estrictísima del art. 2° de la ley 27 llevaba en algunos casos a la frustración de derechos de pura cepa constitucional.

El redimensionamiento jurisprudencial del concepto de causa —es decir aunque no hubiere sentencia de condena ni partes adversariales en términos tan clásicos; pero sí petición concreta de una parte para prevenir o impedir la lesión de un derecho de raigambre constitucional— presta una ayuda valiosa para reconstruir la teoría del control judicial de constitucionalidad. Se puede inferir que lo que en el fondo se ponderó para hacerlo, fue que en estos casos, la autoinhibición impuesta al Poder Judicial conducía a la desnaturalización de su potestad constitucional, dado que la evidente existencia de causa judicial en términos procesales, aunque sin expectativa de dictado de sentencia compulsiva, merecía respuesta jurisdiccional adecuada.

## B) Esquema de la jurisdicción constitucional —federal— argentina, después de la reforma

La reforma del año 1994 por medio de la incorporación del enunciado normativo receptado en el art. 43 de la C.A., encuadra expresamente dentro de las atribuciones del Poder Judicial la potestad jurisdiccional de control de constitucionalidad de toda elaboración normativa subconstitucional. El precepto constitucional dispone que, cuando se promoció el juicio

<sup>22</sup> Dispone la faz pertinente del artículo 322 del CPCCN: «Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente...».

<sup>23</sup> Ver doctrina registrada en «Fallos», t. 307, p. 1379; t. 307, p. 2389; y t. 310, p. 144.

de amparo, «el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva». Transcurridos 141 años desde el alumbramiento del régimen constitucional de la Argentina, se singulariza expresamente —por primera vez— en el texto positivo de su «Ley Fundamental», la atribución más destacada que reviste el ejercicio de la función judicial de gobierno.

Luego de la enmienda constitucional, se puede predicar que la apertura de la jurisdicción constitucional en el régimen federal se puede impulsar como regla por vía indirecta —la revisión de constitucionalidad no constituye el objeto central ni de la petición del justiciable ni de la resolución del órgano judicial—, y excepcionalmente acudiendo a la vía directa. Además, dado que siempre se «exige» como marco de la pretensión, el de una petición concreta formulada en el marco de un litigio, en el que se encuentre involucrado el sujeto que lo promueve, ello ciertamente obligaría a modificar notablemente la amplitud terminológica y conceptual con la cual se meritúa la procedencia —excepcional— del control por conducto de la denominada «vía directa». En apretada síntesis: hay vía directa o estimulable por vía de acción, pero restringida.

Con tales precisiones, de la lectura de la hoja de ruta del control concreto de constitucionalidad en la esfera del ordenamiento jurídico federal argentino, se puede ponderar que el modelo puede recorrerse por las siguientes vías: 1) Por la indirecta, dónde el control de adecuación constitucional no es el objeto medular de la pretensión, y se ejerce a través de la declaración de inconstitucionalidad, instada como defensa procesal —y de modo no principal, ya que el objeto del proceso no es el juicio de constitucionalidad— por una de las partes del proceso para replicar la fundamentación del reclamo de la contraparte o sustentar el objeto de su demanda; y su régimen ritual puede prever varias instancias, y que corona con el recurso extraordinario federal que permite el acceso a la jurisdicción por apelación de la C.S.J.N., legislado en el art. 14 y concord. de la ley 48. 2) Por la directa o de acciones de inconstitucionalidad, las que de conformidad a la jurisprudencia de la C.S.J.N. y la delimitación doctrinaria arriba ilustrada, podrían ser a su vez trasportadas: i) en la nave de la acción de amparo en todas sus variantes: amparo «clásico», amparo contra actos de particulares, amparo colectivo, *habeas data*, *habeas corpus*, amparo por mora de la administración pública, amparo electoral, amparo aduanero, fiscal y amparo sindical<sup>24</sup>; ii) o bien, a bordo de la acción de mera certeza, reglada en el art. 322 del CPCCN.

<sup>24</sup> De la tipología descrita, el artículo 43 de la C.A. ha reglamentado las cinco primeras clases de amparo enunciadas: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, alte-

C) Tabla de contenido de algunas bases para repensar la jurisdicción constitucional del siglo XXI

El examen clínico de la jurisdicción constitucional argentina permitiría diagnosticar que la misma presenta un moderado equilibrio de su estado de salud. El modelo se ha visto alcanzado por afecciones que reconocen diferentes orígenes. Las diversas entidades de las dolencias sugieren la necesidad de dispensar la terapéutica adecuada, ya que aquéllas estarían en condiciones de atacar la plenitud del desenvolvimiento del cuerpo de la jurisdicción constitucional. Consiguientemente, la reflexión acerca del control jurisdiccional de constitucionalidad en la Argentina del fin de milenio, obliga a evaluar la viabilidad de los tratamientos más recomendables para inducir al saneamiento integral de las patologías que adolece. La falta de superación de las naturales implicancias de los problemas aun no resueltos, podrían obstaculizar la adecuada prestación del servicio de administración de justicia, que el artículo 18 de la C.A. garantiza a todos quienes habiten el Estado federal.

Aceptamos, como premisa inicial que, es en la jurisdicción constitucional dónde con más vigor que en ninguna otra parte, se puede observar la aguda tensión entre «Derecho» y «Política», situación que a fin de viabilizar el equilibrio del desarrollo de las funciones atribuidas a los poderes estatales debería resolverse bajo la advocación de la búsqueda de la complementariedad de los términos y no de su enfrentamiento. Con sobradas razones, algunos autores han pensado que en estos territorios —a veces limítrofes, a veces yuxtapuestos—, se verifica la «judicialización» de la política, ya que los asuntos de esta última filiación se reconducen hacia soluciones institucionales con parámetros jurídico-constitucionales preestablecidos.

re o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio». El resto de las variantes reconocen específicamente raíz legal.

Con arraigo en las puntualizaciones antedichas, se puede intentar un sumario de las cuestiones que enfrentaría la jurisdicción constitucional en la República Argentina. Su repertorio provisional y esquemático, debería consignar como unidades temáticas algunos desafíos más directamente ligados con el universo jurídico, y otros más estrechamente vinculados con la política, «stricto sensu». Veamos.

1) Desafíos de naturaleza predominantemente político-institucional.

No se dispone aquí del espacio suficiente para tratar un asunto de tanta envergadura, máxime cuando el papel de la jurisdicción constitucional y los presupuestos que hacen a su legitimación democrática, es uno de los temas más polémicos de la teoría constitucional del siglo que culmina. Sin embargo, modestamente, queremos abrir y dejar planteado un interrogante: ¿El balance del siglo XX confirma que la jurisdicción constitucional argentina —especialmente la actividad desenvuelta por la C.S.J.N.— ha cumplido satisfactoriamente, la «doble misión institucional» consistente en ser: i) guardiana de los derechos fundamentales y garantías de los habitantes y ii) ejercer además el control constitucional de los departamentos políticos del gobierno federal?

Un eje que serviría de base a la investigación, podría observar en su traza la decisión de ampliar o no la materia susceptible de ser objeto del control judicial de constitucionalidad. La temática se vincula estrechamente con la plena justiciabilidad de todos los asuntos que se presenten al conocimiento y decisión de los magistrados a cargo de la jurisdicción constitucional. Desde este punto de vista se podría plantear un nuevo interrogante: ¿Qué es razonable: morigerar sensiblemente la autorestricción de la Judicatura para intervenir en el juzgamiento de la denominadas «political questions» o mantenerla con su cuerpo doctrinal actual?

Todo indica que la autoinhibición para el juzgamiento de tales cuestiones —tal como está diseñada jurisprudencialmente— carece de soporte constitucional, en razón que al no haber realizado la Constitución distinciones de ninguna naturaleza —el artículo 116 de la C.A. dice claramente «todas las causas», y no «sólo algunas» o «algunas»— no debería el intérprete hacerlas. El argumento expresado por el Juez Varela en el siglo XIX, cuando opinaba que «si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la C.S.J.N. pueden hacer excepciones», a pesar de haber transcurrido más de una centuria, no ha podido ser desmentido<sup>25</sup>. Para alentar el cambio de rumbo podrían considerarse algunas de las siguientes argumentaciones:

<sup>25</sup> Cfr. doctrina registrada en «Fallos», t. 53, p. 420.

a) En la Argentina, nunca fue puesto seriamente en duda el origen político del control jurisdiccional de constitucionalidad. Hace más de 100 años, la propia Corte se encargaba de enfatizar el indiscutible poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia para juzgar la validez de los actos legislativos<sup>26</sup>. En nuestra tradición —opina Zaffaroni— desde la Constitución de 1853, el control de constitucionalidad se ejerce como parte de la función judicial, lo que no hace perder carácter político, salvo para quienes incurren en el grosero error de confundir lo político con lo partidista. Toda sentencia es un acto político y mucho más lo son las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes o normas de menor jerarquía<sup>27</sup>.

Muy difícilmente puede negarse el perfil político que asume el ejercicio del control de constitucionalidad. En efecto, al asignarse a la jurisdicción constitucional la supervivencia de los patrones normativos que se hallan estipulados en los principios y reglas constitucionales, la actuación también se halla impregnada de pigmentación política, en razón de que se ejercen funciones estatales. Se hace difícil verificar una tarea de los poderes del estado, donde el ingrediente de lo político estuviere ausente, máxime cuando la actividad de la jurisdicción constitucional se orienta a dar garantía integral al elenco de valores, que han sido juridificados por el poder constituyente originario o derivado.

b) La filiación y coloratura política que se advierten en el control de constitucionalidad son elementos de la función jurisdiccional, pero no son hábiles para configurar su propiedad dominante, ya que la misma en nuestro ordenamiento constitucional resulta ser el poder de juzgar. Consiguientemente, si nos guiáramos por las vigas que sustentan el armazón teórico, no habría nada de que temer: el control jurídico no debería ser condicionado ni relativizado por lo político, a pesar de que éste integre la dotación estable del laboratorio en el que aquél se forja.

En tales condiciones pensamos que, el desenvolvimiento de las atribuciones encomendadas a la justicia constitucional —a cargo de todos los Jueces argentinos, y paradigmáticamente puesta en cabeza de la C.S.J.N.—, debería acompañar los fines institucionales del Estado. La potestad-deber de la justicia constitucional —primordial e irrenunciable— es fijar el perímetro jurídico dentro del que las decisiones políticas deben ser tomadas en virtud de la Constitución; ni usurpando prerrogativas de los órganos que actúan en ese marco, ni dejando que los departamentos políticos del Estado avasallen las propias, haciendo que queden desnaturalizadas sus atribuciones de control y gobierno.

<sup>26</sup> «Fallos», t. 33, p. 162.

<sup>27</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, «El control de los actos de gobierno», *La Nación*, 23/6/1998.

## 2) Desafíos de naturaleza predominantemente jurídica.

A) Los efectos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en su jurisdicción apelada constituyen un capítulo destacado de la propuesta. La fuerza vinculante del precedente jurisprudencial emanado de la doctrina judicial fijada por la C.S.J.N., es decir la obligatoriedad de la doctrina en materia constitucional no ha sido establecido ni por la Constitución federal vigente, ni por norma legal alguna. En más de 136 años de labor institucional de la C.S.J.N., su doctrina judicial al respecto ha sido vacilante y zigzagueante; empero a partir de 1985 —doctrina registrada en «Fallos», t. 307, p. 1097— se observa una firme tendencia que se consolida ostensiblemente. En el registro jurisprudencial citado, ha dicho la C.S.J.N., que no obstante que ella sólo decide en los procesos contenciosos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (doctrina registrada en «Fallos», t. 25, p. 364). De esa doctrina, y de la de «Fallos», t. 212, p. 51, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la C.S.J.N. sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la C.N.A. y de las leyes dictadas en su consecuencia.

La tendencia jurisprudencial que se evalúa no ha sido abandonada. En efecto, por nuestra parte hemos comprobado que, muy recientemente, esta doctrina judicial ha sido textualmente confirmada por el propio Tribunal<sup>28</sup>.

¿No ha llegado el momento de sincerar legislativamente los efectos de las sentencias de la C.S.J.N., estableciéndose claramente y de antemano cuales son las verdaderas reglas que rigen en el ordenamiento argentino respecto de la vinculatoriedad de los precedentes del Tribunal para ser aplicado a cualquier caso análogo que se someta al conocimiento y decisión de la jurisdicción constitucional? Los principios y reglas de la Constitución federal responden afirmativamente al interrogante planteado, de modo tal, que el debate sobre el particular no pareciera sólo necesario, sino también obligatorio.

B) La dispersión de los enunciados normativos de raíz legal, que regulan los procesos constitucionales a nivel federal, es una evidencia, que observa perfecta corroboración empírica<sup>29</sup>. Veamos, a título de ejemplo: a) la

<sup>28</sup> Bajo tales lineamientos jurisprudenciales se inscriben, lo resuelto por la C.S.J.N. el 27/5/99, in re «Mastroianni, Ricardo A. c/ Establecimiento Terrabusi», Trabajo y Seguridad Social —agosto de 1999—, N. 8, p. 882; y también el 30/6/99 por la C.S.J.N. en «García, Sixto F», Doctrina Judicial, Año XV, N. 41.

<sup>29</sup> Los «procesos constitucionales» son específicos y cuidadosamente diagramados y proyectados para defender la suprallegalidad de la Constitución jurídica del Estado. En principio,

acción de hábeas corpus se encuentra legislada en la ley 23.098; b) la acción meramente declarativa, en el artículo 322 del CPCCN; c) el recurso extraordinario federal en los arts. 14 a 16 de la ley 48, en el artículo 256, 257 y 258 del CPCCN y en el apartado 2º del artículo 24 del decreto ley 1285/58, y el recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario federal en los artículos 285 y concordantes del CPCCN; d) el amparo, con las siguientes tipologías: i) el clásico o general, se encuentra reglado en las disposiciones que no han sido derogadas de la ley 16.986; ii) el amparo sindical, en el artículo 52 de la ley 23.551; iii) el amparo por mora en la administración pública, en los artículos 28 y 29 de la norma general de facto 19.549; iv) el amparo electoral, en los artículos 10, 11 y 147 del Código Electoral Nacional, t.o. decreto 2.135/83; v) el amparo por mora de la autoridad impositiva o aduanera, reglado en los artículos 164 y 165 de la ley 11.683 y sus modificaciones y en los artículos 1.160 y 1.161 de la norma general de facto número 22.415, respectivamente; vi) el amparo contra actos de particulares, en el artículo 321, inciso 2º del CPCCN.

Situados dentro del contorno descrito en el parágrafo anterior, es dable preguntarse si no sería aconsejable la sanción de una «Ley de la jurisdicción constitucional federal argentina» que agrupase en un único instrumento todas las herramientas previstas actualmente para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales y la garantía de inmanencia de la Constitución y de todo su contenido contextual. No se observan motivos de razón suficiente que puedan persuadirnos de que no es aconsejable compartir los beneficios que surgen de la sistematización normativa que conlleva la «codificación legal» tanto para el justiciable como para el juzgador; y por qué no también para una teoría general del derecho de la constitución.

C) La jurisdicción apelada (extraordinaria) de la C.S.J.N. debería constituir el laboratorio principal del derecho constitucional argentino. Sin embargo, desde hace años, y seguramente a raíz del desenvolvimiento de la doctrina de arbitrariedad de sentencias —y sin negar su indiscutible fundamento constitucional—, se produce sobre la C.S.J.N., año tras año, un aluvión de causas más directamente dirigidas hacia la revisión de naturaleza casatoria del derecho no federal, que hacia el cumplimiento de la atri-

---

el abolengo de los procesos constitucionales pertenece a la más alta estirpe de los asuntos de puro derecho, ya que están diseñados para la defensa de la superlegalidad constitucional y de los derechos fundamentales, lo que motiva que prevalentemente el interés institucional de los mismos se enrole directa o indirectamente hacia la inaplicación de una norma o acto que afecte un derecho individual, social, grupal, colectivo o el derecho de todos y cada uno de los integrantes del pueblo a que la Constitución se conserve. De tal modo entonces que al agrupamiento de los enunciados de raíz legal que gobiernan dichos procesos, deben agregarse naturalmente las reglas pretorianas revisadas ut-supra I. 2., y obviamente los principios y reglas de la C.A. que resulten aplicables: vgr: arts.18, 31, 33, 43, 75 inciso 22.º, 116.

bución constitucional que más puramente encarna la instancia apelatoria «clásica», que gobernada por los tres incisos del artículo 14 de la ley 48, derechamente se enfila hacia a la garantía de supremacía del derecho de la constitución y del derecho federal.

En la apreciación del tal espectáculo, es dable preguntarse entonces: ¿Es razonable que el intérprete final de la Constitución vea sobrecargada tan seriamente su actividad institucional por el tratamiento de las sentencias que adolecen de arbitrariedad? ¿No sería necesario crear una «Corte Nacional» de control de razonabilidad de sentencias, y dejar las manos libres del Tribunal para que cumpla su doble misión institucional consistente en la tarea guardiana de los derechos fundamentales de los habitantes y su actividad como alto poder político de la Nación, moderador en el libre juego de la tríada republicana?

Recientemente, y a fin de superar o paliar la anomalía, Morello ha aportado una idea muy interesante. Propone la creación del «Tribunal intermedio de control de motivación de sentencias» que tendría competencia para conocer en los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas, según el alcance del artículo 14 de la ley 48, dictadas por los Tribunales Superiores de Provincia y por las Cámaras Nacionales y Federales de Apelación, con exclusión de la Cámara Nacional de Casación Penal, y contra los cuales se invoque alguna causal de arbitrariedad, absurdo o exceso ritual. Al Tribunal se le asigna sólo competencia negativa, lo cual significa que en caso de estar configurada la arbitrariedad descalifica el fallo y reenvía al Tribunal de origen a fin de que se dicte nueva sentencia. Además, y con el objeto de evitar la proliferación de los recursos, y asimismo evitar el mal que se pretende erradicar (la sobrecarga de tarea de la C.S.J.N.) se dispone en el proyecto, que lo resuelto por el Tribunal sea irrecurrible, salvo aquellos casos en los cuales se advierta la presencia de alguna de las causales previstas en los tres incisos del artículo 14 de la ley 48<sup>30</sup>.

D) Nos dice Bidart Campos que, detrás de la legitimación, conforme al pensamiento de Almagro Nosete, subyace la real protección de los derechos y, todavía más, la filosofía política y jurídica de un ordenamiento, lo que ayuda a asumir como verdad que los estrangulamientos y negaciones de la legitimación han de ser valorados como otras tantas deficiencias del sistema garantista y del control de constitucionalidad<sup>31</sup>.

Si bien es cierto que el acceso al órgano judicial no agota el contenido del derecho a la jurisdicción, constituye la fase inicial de la desenvolvura del derecho, y su anulación, frustración o desconocimiento obvia y lógica-

<sup>30</sup> AUGUSTO MARIO MORELLO, *Recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, 1999, Buenos Aires, pp. 684 y 686.

<sup>31</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 309.

mente impiden la concreción de las fases subsiguientes. Consecuentemente, en la geografía del derecho a la jurisdicción —enclavada en el artículo 18 de la C.A.—, la legitimación ocupa un lugar de preferencia, y su tratamiento jurídico-institucional es de vital relevancia, tanto más cuando lo que se pretende es que se lleve a cabo la realización de la Constitución. Indudablemente, la mayor o menor amplitud del elenco de sujetos autorizados para movilizar el control de constitucionalidad e incitar la apertura del conocimiento y decisión de la jurisdicción constitucional, da pie para realizar una buena lectura del grado que observaría la profundidad y desarrollo de la democracia participativa en un determinado Estado. En dicha sintonía, ha llegado el turno de confirmar la veracidad del enunciado general que dispone: el ordenamiento constitucional federal argentino habilita la introducción por vía legal de la «acción popular».

Hacia allí dirigimos nuestros esfuerzos.

#### 4. LA ACCIÓN POPULAR EN DEFENSA DE LA JURIDICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN, UN PARADIGMA DE LAS GARANTÍAS PARTICULARES

##### A) Noción y naturaleza

La «acción popular en defensa de la juridicidad constitucional» es una vía que, sin intermediaciones ni obstáculos, sirve para asegurar el ordenamiento constitucional al mismo tiempo que defiende el plexo de derechos y garantías fundamentales. La estructuración de esta vía para acceder al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y de cualquier otro producto normativo de alcance general y de origen estatal, se perfila como uno de los procesos constitucionales que con mayor idoneidad asiste a la preservación integral de la «fuerza normativa» de todo el derecho emergente de la Constitución<sup>32</sup>.

La «acción popular» se orienta hacia el análisis de constitucionalidad de una norma jurídica de carácter general; no importando la fuente orgánica estatal que la produjo, a los fines de examinar los extremos que habilitan a su promoción en sede jurisdiccional. Presupuesto básico y natural para la admisibilidad de la «acción popular» es que el enunciado normativo se encuentre vigente o que sus consecuencias jurídicas no se hayan aún agotado y se continúen extendiendo en el tiempo.

<sup>32</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As., 1995, pp. 12, 14 y 19, entre otras. El autor agrega que la constitución no se agota en el texto documental, sino que se integra con el derecho judicial que fija su alcance y su sentido. También sobre la fuerza normativa de la constitución, su preservación y resguardo, se puede consultar KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pp. 57 y subs.

La «acción popular» se dirige hacia la neutralización de los efectos de la norma viciada después de su publicación, o de su ingreso formal al ordenamiento jurídico estatal. Si interpuesta la «acción popular» se estableciere la colisión de la materia controlable con el significado atribuible a los principios y reglas normados en la Constitución jurídica, la magistratura constitucional debería tener razonablemente, un repertorio de atribuciones, algunas de cuyas rutas jurídico-rituales bien podrían transitar por la estipulación normativa de los siguientes cauces: a) una potestad mínima como es la de inaplicar la norma viciada, al peticionante y a sus representados. A ello, podría sumarse, b) el reenvío del producto normativo al órgano estatal que lo produjo para su reexamen; y finalmente, una especulación más, «*last but not the least*», que se configuraría reconociéndose, que la utilización de la herramienta, podría alcanzar como grado máximo de impacto y eficacia, la derogación o expulsión del ordenamiento de los enunciados normativos impugnados por su inconstitucionalidad.

La «acción popular» auspicia, facilita y estimula la participación de las personas en el control de la gestión de los asuntos públicos a cargo de las autoridades gubernativas que ejercen los Poderes del Estado. Como consecuencia de ello, también puede argüirse que por medio de la «acción popular» las personas participan efectivamente de la construcción del ordenamiento jurídico estatal.

La «acción popular» es una llave maestra que con notable liberalidad permite el acceso a la jurisdicción constitucional. Puede apreciarse que en los modelos de control judicial de constitucionalidad abstracto que la conceden, el núcleo del rol legitimante por el cual se otorga la acción a cualquier habitante, ciudadano, u órgano constitucional, en principio —y habitualmente— no exige la existencia de una relación o situación jurídica donde necesariamente el actor alegare un derecho o interés que específica o directamente sea objeto de afectación constitucional atribuible al enunciado normativo cuya invalidación inconstitucional se persiga. Sin embargo, dicha regla quedaría parcialmente corregida —o complementada—, si acaso se confirmare, que al visualizarse que la «acción popular» se orienta con exclusividad a que la Constitución se mantenga íntegra e incólume, el instrumento garantístico ofrecería un cuadro cuyo rasgo más sobresaliente expondría al actor exigiendo no sólo la tutela de un interés subjetivo sino también de uno público, cuya cobertura la brindaría el «derecho a la juridicidad constitucional».

Sin perjuicio de lo expuesto, en cambio, en la tesis que pretendemos defender, para nuestro modelo de control judicial de constitucionalidad —concreto— existente en el plano federal, creemos que quien demandare, no defendería sólo el interés simple colectivamente compartido por toda la sociedad, sino también y con idéntica magnitud un derecho suyo, individual y propio, el derecho a que todo el ordenamiento infraconstitucional

estatal armonice y sea integralmente congruente con su Constitución, circunstancia que por excelencia garantiza la supremacía jurídica de ésta última. Expone Bidart Campos que si una constitución incorpora como derecho personal extendido a todas las personas el derecho a la supremacía, es esa Constitución la que impone que cada persona debe quedar legitimada para accionar, y si debe quedar legitimada debe tener acción para acceder a la justicia, con sólo invocar que tal o cual violación a la constitución ofende su derecho —bien personalizado subjetivamente— a que la supremacía quede resguardada y efectivamente defendida por el Poder Judicial<sup>33</sup>.

Bajo tal óptica todo indica que, otorgar la acción pública en defensa de la supremacía del Código Constitucional, supondría reconocer derechos que tienen por sujeto a todos y cada uno de quienes constituyen el Pueblo; cada persona es la titular de ese verdadero derecho aunque el mismo le corresponda también a las demás. He allí entonces que, el núcleo del rol legitimante para la desenvolvura jurídico-institucional de la «acción popular», observe un mismo camino: que se bifurca de modo inescindible, y que paradójicamente, al mismo tiempo se unifica a la vez, en todas y en cada una de las personas que forman parte del pueblo. Por dichas razones, podría pronosticarse que, usualmente, el resultado de la acción debería redundar en provecho del actor mismo, aunque queda claro que el «derecho a la juridicidad constitucional», al encastrar su titularidad tanto en el ámbito subjetivo del actor como en el colectivo de la sociedad, haría que finalmente los beneficios se expandan «urbi et orbi» hacia el seno de ésta última, enfatizando la socialización y valiosidad del protagonismo del ciudadano.

En otras palabras: en la anatomía del derecho a la juridicidad constitucional se puede verificar la coexistencia de un derecho subjetivo y de uno de incidencia colectiva, que indisolublemente engarzados permiten a cualquier persona que habite el Estado —u órgano constitucional— ejercer la iniciativa de promover la actividad judicial para requerir la declaración de inconstitucionalidad —y eventualmente nulidad—, de cualquier norma jurídica de alcance general de fuente estatal que vulnere, contradiga, lesione o deforme el estatuto de los poderes reglado en la Constitución, o los derechos fundamentales en ella reconocidos. La construcción teórica observa desarrollos en algunos ordenamientos constitucionales del siglo XX.

## B) Algunos antecedentes de la «acción popular»

La Constitución de la 2ª República española (1931) disponía en su artículo 123, inciso 5º, que toda persona individual o colectiva, aunque no

<sup>33</sup> Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 336/7.

hubiere sido directamente agraviada podía acudir ante el «Tribunal de Garantías constitucionales» con el objeto de interponer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. (cfr. Art.121, inciso a)<sup>34</sup>. La Constitución de Cuba de 1940, preveía en su art. 194, inciso b), que 25 ciudadanos que justificaren su condición de tales podían petitionar directamente ante el «Tribunal de Garantías constitucionales y sociales» la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, o cualquier otro acto de organismo, autoridad, o funcionario estatal. (cfr.art.174, inciso d)<sup>35</sup>.

La Constitución Política de Colombia de 1991 dispone en su artículo 40, inciso 6°, que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. El listado de la materia susceptible de control de constitucionalidad por vía de esta acción agrupa a los siguientes actos: 1) los reformatorios de la Constitución, cualquiera sea su origen y sólo por vicios de procedimientos en su formación (art. 241, inciso 1°); 2) las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (art. 241, inciso 4°); 3) los decretos leyes dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que a su solicitud le confiera el Congreso —art. 150, inciso 10°— tanto por contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (art. 241, inciso 5°); y 4) los decretos con fuerza de ley, mediante los cuales el gobierno ponga en vigencia los respectivos proyectos, en los casos previstos por el inciso 3° del art. 341 de la Carta Política. (art. 241, inciso 5°)<sup>36</sup>.

El art. 183 de la Constitución vigente en El Salvador, estatuye la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sala de lo constitucional, como «...único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano...». La Constitución de Panamá, reformada en el año 1994, dispone en el primer párrafo de su art. 203 que «... la guarda de la integridad de la Constitución» se confiere a la Corte Suprema de Justicia; tribunal al que corresponde decidir en forma definitiva «sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma, impugne ante ella cualquier persona». A su turno, el art. 187 de la Constitución de Nicaragua del año 1995, establece el recurso por inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se opon-

<sup>34</sup> Ver *Textos Constitucionales*, edición dirigida por M. A. APARICIO PÉREZ, EUB, Barcelona, 1995, p. 219.

<sup>35</sup> Ver *Las constituciones de Cuba*, por ANDRÉS LAZCANO MAZÓN, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pp. 909 y 912.

<sup>36</sup> JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5.ª edición, Temis, Bogotá, 1999, pp. 59 y 61.

ga a lo prescripto por la Constitución Política, el cual podrá ser instaurado por cualquier ciudadano.

C) La «acción popular» y algunas expresiones de la doctrina autoral

Antes de la reforma constitucional, Marienhoff pensaba que la «acción popular» propiamente dicha, estaba excluida de nuestro ámbito jurídico, ya que el art. 33 de la Ley Suprema no la contemplaba ni la incluía. Para dicho autor, la exclusión de la «acción popular» del orden jurídico argentino surgía del art. 22 de la C.N. en cuyo mérito el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. Como consecuencia de ello —agregaba Marienhoff— quien ejercite la «acción popular», de hecho realiza o pretende realizar una porción de actividad gubernativa, que es lo que la Constitución prohíbe en el texto citado<sup>37</sup>.

Luego de la enmienda constitucional Ekmekdjian ha afirmado que la «acción popular» consiste en aceptar la legitimación procesal activa en cabeza de cualquier ciudadano, para cuestionar jurisdiccionalmente la constitucionalidad o legitimidad de los actos de alguno de los poderes políticos del Estado, aunque no se vea afectado un derecho subjetivo del actor. Es una garantía implícita que surge del principio de la soberanía del pueblo, porque es una de las formas de democracia semidirecta. Agrega el mismo autor que la «acción popular» es el mejor de los sistemas para el control de constitucionalidad, ya que tiene todas las ventajas del sistema judicial, a las que se une la ventaja del sistema político<sup>38</sup>. Bidart Campos juzga que, resulta viable que a través de una ley del congreso se reglamentara una «acción popular» de inconstitucionalidad, ya que nada en la Constitución pugnaría con este proceso ni con la legitimación que presupone<sup>39</sup>.

Más lejos o más cerca del contenido de las opiniones citadas, y de la analogía o no de las mismas con la argumentación final que se ha fijado como destino del presente estudio, lo cierto e indubitable es que quienes se oponían formularon sus opiniones antes de la Reforma constitucional de 1994. En el asunto que convoca no se trata de un tema menor, ya que las implicancias jurídicas del cambio constitucional proyectan importantes consecuencias sobre el núcleo del asunto traído a examen.

<sup>37</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, *La Ley*, t. 1993-D, pp. 682, 684, y 689.

<sup>38</sup> MIGUEL A. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 300 y 632.

<sup>39</sup> Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «Algunos horizontes amplios para el futuro del recurso extraordinario federal», en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 370, número 2.

D) La adecuación de la acción pública de la defensa de la jurisdicción constitucional con los principios y reglas de la Constitución Argentina

Creemos que no hay mayores dudas respecto de lo indubitable del axioma que reza que, la «acción popular en defensa de la jurisdicción constitucional» es una de las herramientas más eficaces que existen para intentar dar garantía integral al documento constitucional. Para corroborar el modelo teórico anunciado en el «Planteamiento...», es decir que ciertamente la Constitución federal argentina habilita la inserción por vía legislativa en el ordenamiento de la «acción popular», se utilizarán los subsiguientes desarrollos.

Para ejecutar dicho plan, en primer lugar debemos decir que si se trasladara la contrastación empírica llevada a cabo en los capítulos antecedentes con la verificación de los principios y reglas de la Constitución Argentina, en puridad de verdad sería muy difícil disconfirmar que la «acción popular en defensa de la jurisdicción constitucional»-inexistente hoy por hoy en el ordenamiento legal aplicable a nivel federal—, no tenga por exclusiva finalidad sostener la observancia del principio de suprallegalidad constitucional —y de todo su contenido contextual—, «aggiornado» por la complementación que le brinda la jerarquía constitucional otorgada por el derecho internacional de los derechos humanos (cfr. args. arts. 31 y 75 inciso 22) de la C.A.). Además, si a ello se agregare que «la acción popular en defensa de la jurisdicción constitucional» persigue la tutela de esos valores que se plasman en el texto constitucional, y que con claridad en el pórtico del documento anuncia su Preámbulo —Libertad, Justicia y Paz—, con una alta dosis de certeza se podría inferir que la conjetura nuclear del ensayo ha sido confirmada.

Con el objeto de profundizar nuestras convicciones, haremos otro test sobre el núcleo de la investigación. Así, en este sector del ensayo, se dará respuesta a algunas objeciones de naturaleza constitucional que se han atisbado respecto de la posible introducción por vía legislativa de la «acción popular en defensa de la jurisdicción constitucional» —tal como la concebimos, primordialmente enderezada contra leyes elaboradas por el Congreso de la Nación o cualquier otro enunciado normativo de contenido general emanado de la actividad de cualquiera de los poderes constituidos del Estado Nacional— en el derecho argentino.

A) La tesitura de quienes sostenían la inviabilidad legal del instituto, antes de la Reforma constitucional de 1994, chocaba con los propios antecedentes existentes en el derecho positivo argentino. Nótese que el régimen electoral previsto por la ley 8871, en su artículo 90 consagró una verdadera «acción popular», ya que autorizaba a «cualquier elector» para acusar por los delitos y faltas contemplados en dicho instrumento legal. Análoga

previsión contenía la ley 11.386 que reglaba el régimen de enrolamiento de los ciudadanos argentinos, dado que en su artículo 33 disponía que «los hechos y omisiones» castigados por dicha ley podían ser denunciados o acusados por cualquier ciudadano mayor de edad.

Las paredes del ordenamiento jurídico argentino ya han cobijado a las «acciones populares», que si bien fueron localizadas para ciertas materias jurídico-institucionales, no provocaron ni grietas ni fisuras.

B) El remanido argumento de que las «acciones populares» no eran procedentes en el régimen constitucional federal argentino, por no encuadrar su naturaleza en las exigencias de la democracia representativa como forma de articulación del gobierno republicano (cfr. Arg. arts. 1<sup>40</sup> y 22<sup>41</sup>), merece una advertencia previa, y dos lecturas.

La advertencia es de singular relevancia dado que, según hemos sostenido, la «naturaleza» del derecho a la juridicidad constitucional —cuya protección garantiza la «acción popular»— encastra dentro de un derecho individual, y también en uno de tercera generación. El «derecho a la juridicidad constitucional», da cobertura a un interés simple, entendido éste primigenia y provisoriamente como de naturaleza inter y transindividual, y por ende como no perteneciente con exclusividad al ámbito de necesidades o conveniencias del titular, sino también a las públicas, por lo que el objeto de protección no podría ser sólo referible al sujeto como individuo, sino además y también como miembro de una comunidad; coincidente ésta, por otra parte, con la generalidad de los integrantes del pueblo. Pero también, y a la vez, el derecho da protección al interés personal, suyo, propio e intransferible que toda persona tiene, a que la Constitución del Estado se conserve incólume<sup>42</sup>. En este último aspecto nos referimos a los tradicionales derechos de libertad, cuyo reconocimiento jurídico ha acompañado desde hace más de dos siglos al nacimiento del constitucionalismo liberal, y que, como expone Ferrajoli, se caracterizan por ser derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos estatales de no hacer)<sup>43</sup>. En nuestro caso, se diría que el Estado liberal de Derecho, que monopoliza la producción jurídica, no viole la «carta de navegación» estatuida por el Pueblo: la Constitución jurídica. Sin necesidad de ampliar la noción misma de «Estado liberal de derecho»,

<sup>40</sup> El principio normativo estipulado en el artículo 1.º de la C.A. dispone en su parte pertinente que: «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, ...».

<sup>41</sup> Dispone el artículo 22 de la C.A., en el sector pertinente a este estudio, que: «El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...».

<sup>42</sup> Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, p. 338.

<sup>43</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 861.

«nuestro derecho a la juridicidad» tendría confortable hospedaje en el antiguo y valiosísimo «estatuto de la libertad», prototípicamente diseñado por los principios y reglas de contenidos en los arts. 1 a 33 de la C.A., texto 1853-60.

A partir del escenario montado por la Reforma constitucional de 1994, es dable advertir que la ligazón constitucional del «derecho —innominado— a la juridicidad constitucional» se verifica: i) Como derecho de libertad, su fuente inmediata se aloja sustancialmente en el artículo 33 de la C.A., ya que evidentemente nace del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno<sup>44</sup>. El principio de la soberanía popular es un axioma fundacional de cualquier sistema que se pretenda democrático, y debido a que la participación es un elemento inherente a éste, cualquier obstáculo que irrazonablemente se le impusiere, carecería de adecuación constitucional. ii) Como derecho de incidencia colectiva en general, en el segundo apartado del artículo 43 de la C.A., ya que en la defensa de la superlegalidad constitucional por parte del sujeto colectivo, se aprecia el afincamiento de la naturaleza plural y comunitaria del interés simple o grupal objeto de tutela, que no es otro que el Pacto constitucional —original y fundacional— se conserve y respete por los delegados o representantes del Pueblo que se encuentren a cargo de las funciones gubernamentales del Estado.

Desbrozado el sendero a transitar con la observación que se acaba de desarrollar, se puede penetrar en la apreciación de las dos lecturas más arriba sugeridas, las que son directa consecuencia, de que, si acaso, se quiere ver en el «derecho a la juridicidad constitucional» y su natural defensa que por conducto de «la acción popular» se pretende garantizar, una forma semidirecta de democracia.

En primer lugar, antes de la reforma constitucional del año 1994, respecto de la compatibilidad de estos mecanismos de participación popular —no previstos expresamente en la C.A. de 1853, con sus enmiendas 1860/66/98 y 1957— que pueden versar sobre actos políticos, constituyentes, administrativos, legislativos, o judiciales, una parte de la doctrina entendía que los arts. 1 y 22 de la C.A. eran escollo insalvable para la instrumentación de cualquier forma semidirecta de democracia. Otros autores, tenían una idea diferente, y opinaban en cambio, que tal contradicción no existía, de tal modo que las formas semidirectas eran perfectamente congruentes con la democracia representativa<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> El enunciado normativo contenido en el artículo 33 de la C.A. dispone que: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

<sup>45</sup> Cfr. MIGUEL A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 140; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional*, p. 125.

La reforma constitucional del año 1994 resolvió finalmente la disputa doctrinaria. El poder constituyente en 1994 incorpora expresamente dos formas semidirectas de democracia, la iniciativa popular —art. 39 de la C.A.— y la consulta popular —art. 40—, sin modificar ni un ápice los arts. 1 y 22, lo que autoriza a concluir que las formas semidirectas de participación democrática del pueblo estaban permitidas antes de la enmienda, y lógicamente, luego de ella, aunque ahora de modo expreso, y sin necesidad de recurrir para su justificación al art. 33 de la C.A.

Dice Ekmejdjian —en opinión que se comparte— que la democracia indirecta o representativa tiene como característica esencial, la de que el titular primigenio de la soberanía delega el ejercicio de ésta en sus representantes, esto es, en personas que ejercen las funciones del poder, en nombre y representación del pueblo. Entendemos que la consecuencia fundamental de la democracia representativa es la verificación permanente de la voluntad política del pueblo. Ello implica que la delegación de funciones en los representantes es siempre provisoria y sujeta a permanente ratificación. El consenso que el soberano otorga a los gobernantes, debe ser comprobado con la mayor frecuencia posible. En otras palabras, ningún funcionario o magistrado, en principio, tiene un mandato irrevocable para ejercer el poder. Un concepto estrechamente vinculado al de democracia representativa, es el de la participación. Esta puede tener por objeto controlar el ejercicio del poder, presionarlo o colaborar con él o todas estas cosas a la vez. La participación del pueblo en la cosa pública no debe limitarse a la emisión periódica del sufragio<sup>46</sup>.

Agregamos por nuestra parte que el instituto bajo examen perfectamente se adapta a esta última idea. En efecto, la «acción popular» es una forma que estimula el protagonismo ciudadano, auspiciando la participación democrática, y nada indica que su utilización pueda ser nociva o perjudicial. La idea de que una de las mejores maneras de defender la Constitución es tendiendo los puentes indispensables para que se lleve a cabo el control y se inapliquen las normas que pugnen con ella, del modo más amplio y prudente que sea factible, no sólo se presenta como plausible sino que además asegura la efectividad del sistema normativo constitucional. Y no puede decirse que ello signifique poca cosa.

En segundo lugar y siguiendo la ojeada propuesta, hay otro argumento, de inusitado vigor y de profundas implicancias, que se quiere traer a colación. El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los si-

<sup>46</sup> MIGUEL A. EKMEKDIJIAN, en la obra colectiva *La reforma constitucional y su influencia sobre el sistema republicano y democrático*, Miguel A. Ekmejdjian y Raúl Gustavo Freyre, coordinadores, Depalma, Bs. As., 2000, p. 2.

güientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos». La Convención Americana sobre Derechos Humanos posee en su artículo 23, inciso a) un enunciado similar. Ambas normas por imperativo de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22º) de la C.A. tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Pero hay más razones jurídicas.

C) La reforma de 1994 ha dado carta de ciudadanía constitucional a una especie de acción popular: el hábeas corpus<sup>47</sup>. El artículo 43 de la C.A. dispone que cuando el derecho lesionado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el Juez deberá resolver de inmediato. Si el «poder constituyente derivado» ha jerarquizado esta especie de «acción popular» —como es el instituto del «hábeas corpus» de acuerdo a la realización constitucional que se le brinda—, y cuyo objeto nodal es la tutela del derecho de libertad ambulatoria, no habría razones de naturaleza jurídica que justificadamente impidieran que se legislara respecto de una «acción popular» cuya misión tutelar se orientaría a dar resguardo al resto de los derechos constitucionales que se reconocen a todos los habitantes del Estado.

D) El caso constitucional a que da lugar la «acción popular»

La jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado en la órbita del derecho federal argentino, tiene dicho que las resoluciones genéricas y en abstracto de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, al no observar un «interés directo del accionante», son insusceptibles de excitar un pronunciamiento jurisdiccional, en razón que no habría «causa judicial», en los términos asignados a la interpretación del art. 116 de la C.A. y 2º de la ley 27, dado que se requiere además que como consecuencia de ella se llegue a dictar una sentencia de condena, esto es que reconozca a favor del actor un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas<sup>48</sup>.

Sin perjuicio del moderadísimo «aggiornamento» de la noción de causa que hemos señalado *ut supra*, la naturaleza jurídico-institucional bajo cuya advocación pensamos a la «acción popular» para el régimen constitucional federal argentino, autoriza a predicar que no parece que la materia controlable por intermedio de esta prototípica garantía pueda ser conside-

<sup>47</sup> Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «Algunos horizontes amplios para el futuro del recurso extraordinario federal», *Revista de Derecho Procesal*, número 2, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 370.

<sup>48</sup> Cfr. «Fallos», t. 256, p. 394.

rada «abstracta», si por abstracto se entendiere que quien moviliza la apertura del proceso —persona u órgano—, no está necesaria y directamente ligado por «una relación jurídica específica» con la norma objeto de la pretensión de inconstitucionalidad. Muy por el contrario, el justiciable que demande por esta vía, pondrá de manifiesto «una situación o relación jurídica concreta y específica», ya que el promotor se encontrará reclamando la tutela de su «derecho a la juridicidad constitucional». Este derecho cuyo anclaje constitucional se ha comprobado que se encuentra tanto en la «primera generación de los derechos fundamentales» como en la tercera, se encontraría afectado por la normatividad o actuación estatal cuya inadecuación constitucional se demuestre en el pertinente proceso. Esta última circunstancia suficientemente patentiza la existencia del nexo controversial o causal, que en términos adversariales exige la jurisprudencia constitucional para desplegar su interpretación de la regla dispuesta por el artículo 116 de la C.A.

El caso o causa constitucional es evidente, y la situación adversarial también: el habitante mediante la utilización de la «acción popular» exigiría el restablecimiento del derecho que él titulariza —subjetivo y de incidencia colectiva— a la juridicidad constitucional, cuya impronta es tan sencilla como que se le garantice vivir en un Estado que respete el ordenamiento constitucional a través de la producción infraconstitucional que el mismo Estado monopoliza. Bajo la égida de esta última aserción, todo indicaría que sería casi imposible negar que en el proceso constitucional donde se «ejercitare la acción para la defensa de la juridicidad constitucional» el Estado no sólo sea el contradictor natural de la pretensión que se ejerza, sino además contraparte imprescindible del litigio.

Al proveer la «acción popular» protección judicial a un derecho concretamente lesionado de los habitantes del Estado, no podría de ningún modo inferirse que la garantía se extendiere para dar cobertura a situaciones abstractas o genéricas. Tampoco se aprecia que la utilización de la «acción popular» fuere capaz de perturbar siquiera un ápice o grado el normal equilibrio de las funciones asignadas a cada uno de los departamentos que ejercen el poder estatal.

Con una reflexión muy semejante, Bidart Campos ha dicho que la «acción popular» de inconstitucionalidad da lugar a una causa o caso, quedando así respetado el artículo 116 de la C.A., en la medida en que el actor originaría una controversia con y frente al órgano autor de la norma que se impugna<sup>49</sup>.

El proceso constitucional de naturaleza contenciosa que originaría la interposición de la «acción popular» evidentemente no se limitaría a la pro-

<sup>49</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «Algunos horizontes amplios para el recurso extraordinario federal», p. 370.

tección de las cuestiones de naturaleza y de interés privado del justiciable, sino que además se extendería y comprendería la defensa de los intereses públicos o simples que se encuentran protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico aplicable en la República, de fuente estatal o internacional. El Justiciable que demande con base en estas reglas de juego, pretendería la defensa de un doble elenco de intereses; que como se ha verificado más arriba, en ambos casos reciben cobertura en el despliegue del derecho innominado a la juridicidad constitucional.

E) La C.S.J.N. tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal constituye la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como «ultima ratio» del orden jurídico, motivo por el cual sólo cabrá hacer tal formulación cuando un acabado examen del precepto legal conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o garantía constitucional invocado por el justiciable<sup>50</sup>. Confesamos que, de la inteligencia de dicha doctrina judicial no se deriva ninguna razón que sustente, conlleve o indique que para perseguir que se priorice siempre la aplicación de la C.N.A. sobre cualquier producto normativo infraconstitucional —de alcance general y de origen estatal— puedan ahorrarse esfuerzos o economizarse energías, como se haría por ejemplo, descartándose o negándoseles de cuajo a los habitantes del Estado la posibilidad de acudir a los tribunales de Justicia para articular «la acción popular en defensa de la juridicidad constitucional».

El bagaje jurídico constitucional que se ha referenciado en los capítulos anteriores confirma ampliamente las predicciones originales. Aparece corroborado entonces, que la «acción popular en defensa de la juridicidad constitucional» es una forma paradigmática de estimular la participación popular y permitir el libre desenvolvimiento del derecho a la jurisdicción, y que la Constitución Argentina, por medio de las reglas y principios estipulados normativamente en los artículos 1, 18, 22, 33, 43, y 75 inciso 22, y 116 prohijaría la formulación legal de la garantía.

## 5. A MODO DE EPÍLOGO

El funcionamiento de la jurisdicción constitucional (difusa) a nivel federal verificable en la República Argentina no es un modelo ni perfecto ni transicional; empero sí, como todo obrar humano, perfectible, que requiere prudentes cuidados y sujeto a cambios. Uno de los recorridos respecto de la cuales podría avizorarse una significativa mudanza, sería el abandono de algunos ingredientes que le ocasionan un evidente declive, y la concomi-

<sup>50</sup> Doctrina registrada en «Fallos», t. 312, p. 122; t. 315, p. 923, entre muchos otros.

tante adopción legal de otros de sesgo contrario que lo fortalecerían. En este último horizonte, el perfeccionamiento del cuerpo normativo del control jurisdiccional de constitucionalidad argentino podría operarse a través de la bienvenida —previo examen de factibilidad jurídica— de algunos institutos provenientes de los modelos de jurisdicción constitucional concentrada y que hayan demostrado sobrada eficacia en su desenvolvimiento institucional en sus países de origen. Esta última recomendación orientativa y abierta a debate, de ningún modo puede interpretarse que fuere capaz de provocar o inducir a la inobservancia de los reglas fundantes y los principios axiales que estructuran la naturaleza jurídica de la jurisdicción constitucional difusa o a la pérdida de su núcleo conceptual.

El camino puede ser muy largo, y es muy bueno que así lo sea. Por eso es que parágrafos anteriores hemos tratado de exponer una suerte de catálogo, casi indiciario, de algunos desafíos que el desarrollo de la teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad podría (¿debería?) afrontar en el futuro. Deliberadamente, escogimos la examinación de un área medular del acceso a la jurisdicción constitucional, cuya amplitud o no proporciona una pista firme para medir el rendimiento efectivo del derecho de la constitución, y por ende interpretar el verdadero significado de la Constitución del Estado. Nada descubriremos si decimos que en el ámbito de la teoría constitucional, la «acción popular» que legitima a cualquier persona del pueblo para peticionar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad contra cualquier norma jurídica general elaborada por los poderes del Estado, se presenta como una de las «garantías particulares» que con mayor probidad y celeridad es capaz de proveer a la defensa jurisdiccional de todo el derecho de la Constitución. Se trata de un derecho público a litigar, entendido éste como el que asiste a toda persona —que habita el Estado— para garantizar la efectiva normatividad del principio de suprallegalidad de la Constitución. ¿Por qué no aceptar de una vez la razonabilidad de tamaña argumentación y despojar al modelo de revisión de constitucionalidad difuso de la Argentina, de mezquindades que obstaculizan el rol legitimante de quien pretenda acceder a la jurisdicción constitucional?

No dudamos cuando decimos que el ensanchamiento —sin cortapisas— de la nomenclatura de sujetos habilitados para impeler la revisión judicial de constitucionalidad de la producción jurídica subconstitucional, es una de las carreteras del itinerario que conduciría hacia el perfeccionamiento de nuestro modelo de jurisdicción constitucional difuso.

La trama argumental —*ut supra* desarrollada— ha permitido el acercamiento suficiente a la conjetura nuclear de la investigación, como para postular que la misma ha quedado confirmada, aunque con imperfecciones, las que acompañan naturalmente a todas las aserciones que observen pretensiones de científicidad. Por tales razones, la decisión se encuentra abierta a crítica, la que lógicamente podría llevarla a su corrección o reemplazo. Una

de las posibilidades que podría razonablemente derivarse de la confirmación de la construcción teórica llevada a cabo en este estudio sería que el Congreso de la Nación efectivamente dispusiere el diseño e introducción legal del instituto. De representarse la obra en dicho escenario, la «acción popular» podría entenderse como derivación reglamentaria y tuitiva del «derecho a la juridicidad constitucional», derecho constitucional innominado que como se ha comprobado se nutre, retroalimenta y también operativiza al principio que postula la intangibilidad de la suprallegalidad de la Constitución de la Nación Argentina, que prioriza la aplicación de la misma y de las normas que gozan de su misma jerarquía sobre cualquier producto normativo estatal. (cfr. arg. artículos 31 y 75 inciso 22º) de la C.A.).

Desde ese presupuesto, pensamos que el régimen constitucional argentino admite que cualquier persona que habite la República y/o los órganos a quienes la Ley Fundamental atribuye competencia para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales<sup>51</sup> o la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad<sup>52</sup> tendrían por ende legitimación constitucional para interponer y ejercer la «acción popular en defensa de la juridicidad constitucional», que se establezca por ley del Congreso de la Nación. La materia controlable en el proceso constitucional inaugurado por la «acción popular» debería comprender el examen de la validez de cualquier enunciado normativo de alcance general comprendido en una ley sancionada por el Congreso de la Nación, o cualquier otro enunciado normativo de alcance general emanado de la actividad de cualquiera de los poderes constituidos del Estado Nacional, que contraría el significado que estatuyen los principios y reglas contenidos en la Constitución de la Nación Argentina y/o en los instrumentos internacionales del derecho internacional de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en el derecho argentino.

<sup>51</sup> Cfr. Arg. art. 86 C.A., Segunda parte, Título primero, Sección primera, Capítulo séptimo, «Del Defensor del Pueblo».

<sup>52</sup> Cfr. Arg. art. 120 de la C.A., Segunda parte, Título primero, Sección cuarta, «Del Ministerio Público».