

Manuel E. Rodríguez Juárez

Abogado

Lunes, Miércoles y Viernes

Artigas 192

Tel. (031) 210616 y 234746 FAX 234745

5000 - Córdoba

República Argentina

Córdoba, 19 de julio de 1.996.

Señor Doctor

Adolfo Alvarado Belloso

De mi consideración:

tengo el agrado de dirigirme a Ud., y de acuerdo a lo conversado con la Dra. Anecilia Ferreyra de Doña La Rúa a fin de confirmar su participación en el curso sobre "Teoría y Técnica de los Recursos Extraordinarios Locales y Federales", y de enviarle el temario completo (que se anexa en la hoja 2), para que Ud. determine los puntos sobre los que va exponer, dentro del "Recurso Extraordinario Federal".

La fecha prevista de su disertación es para el día 02/10/96. 4, 9.96

Sin otro particular y esperando la confirmación de los temas, lo saludo con distinguida consideración.



Manuel E. RODRÍGUEZ JUÁREZ

Secretario Académico de la Sala de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados



Colegio de Abogados de Córdoba

AYACUCHO 354 - TEL. / FAX (051) 220368 - 5000 CORDOBA - REPUBLICA ARGENTINA

Córdoba, 5 de Agosto de 1996.-

Dr. Aldolfo Alvarado Velloso:

Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud. a los fines de solicitarle confirme el día de su participación en el **Curso sobre Recurso Extraordinario Federal**, organizado por la *Sala de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba*, a realizarse el mes de septiembre.

Sin más aprovechamos la oportunidad para saludarlo cordialmente.-

MARIA ELENA RICOTINI
SECRETARIA SALA DERECHO PROCESAL CIVIL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CORDOBA

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

Adolfo Alvarado Velloso

Arraigado luego de muchos años de triste y dolorosa experiencia, fue el convencimiento de que la plenitud del 'estado de derecho' no se consigue hasta que la totalidad de los poderes estatales no estén sometidos, formal y realmente, a las previsiones contenidas en la Carta Fundamental el que hizo avanzar la corriente constitucional del siglo pasado.

Y es que no bastaba con proclamar pomposamente la supremacía de los textos constitucionales; mucho menos con sancionarlos. Era menester crear otros mecanismos que garantizaran el exacto cumplimiento de las Cartas Magnas por todos los poderes públicos y por los ciudadanos en general.

Dentro de la amplia gama de dispositivos creados, cabrá que nos detengamos en los destinados a garantizar el respeto efectivo a la normativa constitucional en relación a uno de esos poderes: el legislativo.

Durante muchos años la mayor parte de los esfuerzos de teóricos y prácticos del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal estuvo dirigida a establecer sistemas adecuados de control de la legitimidad constitucional de las leyes. No obstante y mal que pese a muchos, ese objetivo no puede afirmarse como plenamente alcanzado. Sólo el paso imperceptible del tiempo, con su carga de pequeñas grandes miserias y servidumbres individuales, muestra descarnadamente las fa-

lencias de todos los sistemas propuestos, y sólo la férrea voluntad política de avanzar hacia una meta de mejor convivencia -unida a la también imperceptible labor judicial- permite la evolución de lo que ha dado en llamarse '*control de constitucionalidad*'.

Al respecto, enseña LINARES QUINTANA que existen tres grandes sistemas que se han propuesto y aplicado respecto del control de constitucionalidad:

- a) el que lo otorga a un órgano político;
- b) el que lo otorga a un órgano jurisdiccional especial; y
- c) el que lo otorga a cualquier órgano jurisdiccional.

A fines de ilustrar a los conferencistas extranjeros que nos honran con su presencia y de refrescar la memoria de los connacionales que nos acompañan, diré -siguiendo la útilísima caracterización de SAGUES- que en la Argentina el control de constitucionalidad:

- a) *Es un control difuso*, esto es, "todos los jueces, de cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda" (*Fallos*, 149:126; 254:437; 263:297; 308:490 y muchos más).
- b) *Es un control permanente*, es decir, que se adjudica esa

labor a todos los jueces en forma habitual y continua.

c) *Es un control reparador de normas*, porque se produce luego de su promulgación, y preventivo de hechos y actos estatales.

d) *El control se ejerce por vía de acción o de excepción.*
En punto a ello, la no admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad dependía de la idea según la cual no existe proceso sin petición de condena, ni válido ejercicio del Poder Judicial que no presuponga una lesión materialmente perpetrada o tentada al menos contra el derecho para el cual se procura tutela. A partir de 1984, la jurisprudencia de la Corte Suprema experimentó un profundo cambio acerca del interés necesario para sustentar una pretensión de inconstitucionalidad. Lo esencial, entonces, para la nueva doctrina de la Corte radica en que "las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud, deben distinguirse de las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos como son la acción de mera certeza y el amparo" (*Fallos*, 307:2384).

e) *Es un control incondicionado*, pues no está sujeto a un preexamen sobre el fondo de la inconstitucionalidad argüida. Ello, a pesar de la reciente consagración legislativa del denominado *writ of certiorari* en el art. 280 del Cód.

Proc. Civ. y Com. de la Nación.

f) *Es un control amplio, en función de los sujetos impugnantes.* Los titulares actuales de un derecho que se pretende ofendido están legitimados para provocar el control.

g) *Es un control parcial, en función del radio de acción.* La cuestión hace referencia a las manidas "cuestiones políticas no justiciables". Dando por conocidas las encendidas discusiones sobre el tema, y admitiendo que la cuestión es opinable en un terreno puramente doctrinal, nos inclinamos a buscar la solución idónea en la práctica de la vida jurídica diaria y en orden a la existencia misma y subsistencia del Estado de derecho: se puede, acaso, admitir que la legitimidad de un tratado de paz o de una declaración de guerra o del sometimiento a arbitraje internacional de una cuestión de límites, queden sujetos -como tales- al control judicial? Acoger tal tesis importaría tanto como aceptar el gobierno de los jueces -no tan deseado por ellos como temido por los ciudadanos del mundo que son memoriosos de las épocas en que se ejerció- y la posibilidad de que tales funcionarios puedan paralizar en un momento dado la vida jurídica del país, poniendo eventualmente en peligro la continuidad existencial de la República. Claro está que tales argumentos no se contraponen esencialmente con la tesis de BIDART CAMPOS, en cuanto ella entraña una expresión de deseos para el óptimo funcionamiento de un Estado de Derecho, pues es de toda certeza que conforme a su idea se otorga un voto propicio al cabal imperio de la justicia como valor jurídico supremo en la convivencia política de la comunidad,

siempre y cuando el estudio y juzgamiento de una "cuestión política" se concrete a comprobar si hay o no ofensa a la Constitución, pero sin que ello implique la invalidación del acto tildado de inconstitucional.

h) *El control se ejerce sobre normas, actos y omisiones.*

i) *El control tiene efectos decisarios*, pues no implica un mero dictamen o recomendación. "Compete a la Corte Suprema la producción de aquellos actos de gobierno que, como cabeza de poder y órgano supremo de la organización judicial argentina, fuesen necesarios para garantizar la investidura de los jueces nacionales, incluido el juicio sobre la existencia de dicha investidura, en la medida en que ella ineludiblemente lo requiera" (*Fallos*, 306:72; 306:174).

j) *El control no implica derogación de normas*, esto es, se limita al caso resuelto. De ello se deriva, a su turno, que

* los límites de la declaración de inconstitucionalidad se circunscriben, en principio, al litigio donde ha sido pronunciada (*Fallos*, 183:76; 247:700);

* la admisión de la validez constitucional de un precepto legal no impide la impugnación de otro posterior análogo (*Fallos*, 253:253);

* la declaración de inconstitucionalidad no puede hacerse extensiva a leyes y hechos futuros ni poseer la eficacia de una prohibición impuesta al legislador (*Fallos*, 247:325);

* el pronunciamiento de inconstitucionalidad de una ley, aun muy reiterado, no importa su derogación (LL, 72-724);

* el efecto de la calificación de inconstitucionalidad es la prescindencia de la norma para la solución del caso en que la cuestión constitucional se ha formulado (*Fallos*, 264:364);

* si la ley es reputada parcialmente inconstitucional, y ese sector de la norma es independiente del restante, el tramo legal no cuestionado continúa en vigor. Por lo tanto, corresponde a los jueces delimitar el alcance de la inconstitucionalidad que declaren y asegurar así la vigencia del resto de la ley (*Fallos*, 214:177).

Finalmente, cabrá que por su importancia dedique algunas consideraciones al *quid* de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Ya he expresado con anterioridad (v. nuestra obra *El Juez. Sus deberes y facultades*, ed. Depalma, Bs. As., 1982, pp. 193 y sigs.) que **declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de la ley** es materia harto controvertida en la historia de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales, aunque -a nuestro juicio- el deber surja claro del art. 34, inc. 4 del CPCN, en cuanto establece que el juez debe respetar la jerarquía de las normas vigentes.

Al enumerar las pautas que según la jurisprudencia dominan-

te gobiernan el control de constitucionalidad, BIDART CAMPOS recuerda que:

- a) sólo se ejerce en *caso judicable*;
- b) se acepta únicamente la vía *indirecta, incidental o de excepción*;
- c) es necesario que en la causa judicable exista *peticIÓN de parte interesada* que proponga la cuestión constitucional y postule la declaración de inconstitucionalidad;
- d) el efecto de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limita al *caso resuelto*, o sea, es *inter partes*.

Del punto c) -único que interesa ahora- deriva BIDART CAMPOS tres importantes e inteligentes conclusiones: 1) el control de constitucionalidad pende de la voluntad de las partes; 2) no pedir la declaración de inconstitucionalidad implica una renuncia de parte; 3) si las partes pueden renunciar a la supremacía de la Constitución, el sistema que ella genera no es de orden público.

Tal razonamiento le sirve para sostener la tesis contraria, que obviamente comparto, pues la función de hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional ha sido atribuida al Poder Judicial en el art. 100 de la propia Constitución.

el caso "Sojo" (*Fallos*, 32:128), el *palladium* no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución; ésta es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia.

Para lograr todo ello se ha recorrido un largo camino en la historia del constitucionalismo, desde que a fines del siglo XVIII y durante el XIX, los pueblos del mundo comenzaron a tender hacia la concentración del poder en la masa social, surgiendo -bajo su impulso- el régimen democrático, cuya manifestación más notable en las instrumentaciones políticas fue la implantación de constituciones, esto es, de sistemas de leyes superiores y rígidas que son la expresión de la voluntad del Estado, claramente diferenciadas de las leyes comunes (no hacen al Estado sino al Gobierno), en las cuales -contingentemente- los gobernantes ponen en ejercicio los poderes delegados conforme a esas leyes supremas.

Tales constituciones, como pactos de convivencia social que en definitiva son, se presumen justas, natural y razonablemente justas, por lo que corresponde a los jueces velar por el mantenimiento de ese orden de justicia, humanizando el derecho. Sólo en ese sentido es posible hablar de una transformación progresiva de las instituciones jurídicas.

Y todo ello porque en esencia y en definitiva, después que

la inteligencia ha sustituido la pura y simple autoridad del amo, la interpretación de la ley debe ser determinada por su fin; y éste no puede ser otro que la solución justa del caso, ya que la justicia no es el resultado del derecho sino su fuente.

Y así, el juez se convierte en guardián de la Constitución, y no en guardián de la ley. De ahí que compartimos la crítica laudatoria de ESCOBIO cuando se refiere a "los jueces que se empeñan en hacer justicia conforme a la ley, en defecto de la ley y a pesar de la ley" (*Pueden los jueces apartarse de la ley?*, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año IX, t. VIII, № 1, p. 233).

Empero, para que esta afirmación no suene tan fuerte a los oídos del jurista, todavía acostumbrado a aceptar la necesidad autocreada por los jueces de usar subterfugios interpretativos para no dar un fallo inicuo, creo preferible recurrir a la equidad, entendiendo que cuando un juez asume su cargo no jura fidelidad a la ley en sí misma sino a los fines que la ley persigue; en otras palabras, el juez está al servicio de la Justicia, genuino fin del ordenamiento jurídico.

Debe entonces -al menos en principio- profundizarse y ampliarse el control de su justicia, lo que importa, en esencia, un proceso de perfeccionamiento jurídico, un quehacer en pro del acercamiento de la ley a la justicia.

En síntesis se puede afirmar sin incurrir en desmesuras ti-

po "derecho libre", que la esencia de la función judicial no estriba pura y simplemente en aplicar la ley, sino en lograr como fin el imperio del valor **Justicia**, empleando como medio un instrumento técnico que es la **ley**. Si esto se acepta, el control *ex officio* de constitucionalidad fluye como consecuencia inevitable de la función judicial así definida. Primero: porque es al juez, no a las partes, a quien obviamente incumbe seleccionar el **medio** que empleará ("su" medio), escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que debe por fuerza preferirse, o sea, ateniéndose a la Constitución -*suprema lex*- cuando con ella no se concilien las normas legales ordinarias. Segundo: porque, en orden al fin, siendo la Constitución el plan de justa convivencia social y, sobre todo en el caso argentino, proclamándose desde el preámbulo constitucional al principio de justicia como un axioma del sistema, sería inconcebible dejar librada a las partes la posibilidad de que ese fin se conquiste o se pierda, según que ellas quieran articular o no la impugnación de **inconstitucionalidad**.

Resulta difícil entender, en verdad, cómo no se les admite a los particulares la "renuncia general de las leyes" (CC, 19), mientras que en cambio, paradójicamente, los jueces quedarían por anticipado y por siempre en situación de renunciantes a la esencia de su misión legal y justiciera, en tanto los particulares no se dignen tomar la iniciativa al respecto. En definitiva, la tesis contraria a la **inconstitucionalidad de oficio** entrega a las partes nada menos que la posibilidad del pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales. Mayor absurdo no puede pedirse.