

**LEGITIMIDAD DEL CONTROL  
JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD**

*Comunicación del académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia,  
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 13 de agosto de 2003*



## **LEGITIMIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Por el Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA

El tema del control judicial de la constitucionalidad de las normas emanadas de los otros poderes es, por cierto, y especialmente en cuanto dicho control es “difuso”, un problema que en los Estados Unidos, país en el cual surgió, dio lugar a largas y profundas polémicas, especialmente a mediados del siglo XX. El núcleo central de la discusión estriba en su “legitimidad”, lo cual también ha provocado entre nosotros amplias discusiones. Nos parece conveniente efectuar, en los ciento cincuenta años de sancionada nuestra constitución histórica, un análisis, siquiera somero y general, de tan importante cuestión.- En nuestro país se han publicado libros y muy destacados trabajos de distinguidos constitucionalistas que han analizado la historia y las implicancias del tema. Por ello, daremos por suficientemente conocida tanto la bibliografía como las posiciones doctrinarias de los autores que han encarado este problema, sea desde el punto de vista de nuestra experiencia histórica e institucional, como desde el enfoque del derecho comparado.

No obstante lo manifestado precedentemente, cuadra tener en cuenta que el origen y la formulación de la doctrina del control judicial de constitucionalidad de las leyes proviene del caso “Marbury v. Madison”, de 1803, aun reconociendo que ya antes, en “El Federalista”, N° 78, del año 1788, Alexander Hamilton había sostenido las bases fundamentales, al expresar

que”...La completa independencia de los tribunales de justicia es “peculiarmente esencial en una constitución limitada...Se ha promovido cierta perplejidad “acerca del derecho de los tribunales de justicia de declarar nulos los actos legislativos, “cuando se oponen a la Constitución, en el concepto de que tal doctrina implicaría “superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Se insiste en que la autoridad que “puede declarar nulos los actos de otra, debe ser necesariamente superior a aquella cuyos “actos puede anular...No hay teorema alguno que se funde en principios mas terminantes, “que el de que es nulo todo acto de una autoridad delegada contraria al tenor del mandato o “encargo bajo el cual se ejerce. Ningún acto legislativo, por lo tanto, opuesto a la “Constitución puede ser válido“... No es de suponerse, por otra parte, que la Constitución se “propusiera facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus “comitentes. Es mucho mas racional suponer que los tribunales fueron designados para “formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, a efecto entre otras cosas, de “mantener a ésta, dentro de los límites señalados a su autoridad. La interpretación de las “leyes compete privativa y especialmente a los tribunales. La Constitución es y debe “considerarse efectivamente por los jueces como la ley fundamental...Ni en manera alguna “supone tal deducción superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Solo supone que “el poder del pueblo es superior al de ambos; y que donde la voluntad de la legislatura, “declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los “jueces deben regirse por ésta mas bien que por aquella. Deben ajustarse en sus fallos a la “leyes fundamentales antes que a aquellas que no lo sean”(El Federalista”, traducido por el Dr. Ildefonso Isla, págs. 530/532, Buenos Aires, Establecimiento Tipográfico de La Pampa, Victoria 97 y 99,1887.) Dejo constancia que la transcripción de la traducción es fiel al texto que tengo en mis manos.

Si bien es dable reconocer en que el contenido y la substancia del caso “Marbury v. Madison”son harto conocidas, consideramos apropiado transcribir algunos párrafos medulares de la sentencia: “La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por “medios ordinarios, o está en el mismo nivel

que los actos legislativos ordinarios, y como “otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de “la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una “ley; si la segunda parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas “absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es “ilimitable. Evidentemente todos los que han elaborado Constituciones escritas las “consideraron como la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente la “teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura “repugnante a la Constitución, es inválido....Así, si una ley está en oposición a la “Constitución...y la Constitución es superior a todo acto ordinario de la Legislatura, la “Constitución y no aquella ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplica”.

Es sabido, igualmente, que nuestra Corte Suprema de Justicia recibió y adoptó tales principios del control judicial de constitucionalidad a partir, especialmente, de los conocidos casos “Sojo”., de Fallos:32:120 (de 1887); y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo”, de Fallos:33: 1263 (1888); si bien algunos estudiosos del tema aluden a casos anteriores como “Vicente Casares c/ Sivori y Schiaffino” del año 1872 (Fallos:11:257) o “Avegno c/ Provincia de Buenos Aires” del año 1874 (Fallos14:425).

En 1941, en el caso “Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional”, (Fallos:190:149) La Corte, con cita del constitucionalista norteamericano Thomas Cooley adoptó en forma expresa y clara la prohibición del control de constitucionalidad de oficio, no obstante que, como lo señalaba Alberto Bianchi, en ninguno de sus escritos Cooley pretendía ser tan categórico en este tema como lo es la Corte Suprema argentina (Bianchi, Alberto en “Control de Constitucionalidad”. Pág.211, ed. Abaco).

Si bien no pretendemos efectuar en este trabajo un análisis profundo y completo del control judicial de constitucionalidad en nuestro país, remitiéndonos para ello a las numerosas y excelentes obras sobre tal temática publicadas por los mas significativos tratadistas del derecho constitucional , habremos de concretar los aspectos mas relevantes de tal

control hasta hace pocos años: el ejercicio del control judicial de constitucionalidad corresponde a todos los jueces, pero la Corte Suprema es la intérprete final; se ejerce no sólo respecto de las leyes, sino también frente a los actos de los otros poderes públicos, federales y provinciales como asimismo a los tratados; se promueve a pedido de parte interesada en un juicio concreto por vía de excepción o de recurso, pero se aceptaba la intervención de oficio para tutelar su propia jurisdicción y o competencia; se reconoce la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas y por ello declarar su inconstitucionalidad debe ser la “ultima ratio” desde que debe existir una oposición clara y franca con la Constitución, y sus efectos jurídicos se limitan a la causa sentenciada.

La doctrina de la no declaración de inconstitucionalidad de oficio se mantuvo durante sesenta años en la jurisprudencia del Alto Tribunal -si bien, durante ese lapso, los jueces Fayt, Belluscio y Boggiano habían sentado en algunos casos su oposición a ella (conf. Fallos: 306: 303; 310: 1401; 321: 993; 321: 1058)- hasta que el 27 de septiembre de 2001, en autos “Mill de Pereyra, Rita c/Provincia de Corrientes” (La Ley,t.2001.F-886), por la opinión de seis jueces se admitió la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, aun cuando por la opinión de dos jueces ( los Dres.López y Bossert) ello estaba supeditado a que los litigantes hubieran tenido oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su contestación.

Cabe agregar que en diversos fallos de la última época, la Corte Suprema llegó a admitir la procedencia en el orden nacional de la acción declarativa de inconstitucionalidad agregando que el marco procesal de dicha acción era el art.322 del C.P.C.,es decir la acción declarativa de certeza (conf. Fallos 307:1379, 307:2384; “Gomer c/ Provincia de Córdoba”, del 3 de febrero de 1987).

Es de recordar que el art, 43 de la Constitución Nacional (reformada e 1994): “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e

ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley, En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.....”.

Hemos hecho este breve relato de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia del control judicial de constitucionalidad a guisa de introducción al tema que consideramos crucial en esta materia: el alegado carácter contramayoritario del Poder Judicial, en tanto está integrado por un reducido número de personas no elegidas directamente por el pueblo y en virtud de una atribución que no resulta expresamente del texto constitucional, se atribuyen la facultad de impedir o rechazar la aplicación de normas que han sido aprobadas por órganos derivado de la expresa voluntad popular.. Es decir, como puede ser que el menos democrático y representativo de los Poderes pueda enervar la aplicación de normas procedentes de los Poderes democráticamente elegidos? Esta cuestión, que en los Estados Unidos produjo hondas polémicas, continúa actualizada y latente en nuestro país.

Como dijimos anteriormente en los Estados Unidos la consideración de esta grave cuestión dio lugar a debates entre constitucionalistas, filósofos del derecho y jueces, como entre otros James Bradley Thayer, Learned Hand, Herbert Wechsler, Alexander Bickel, John Ely, Charles Black (puede verse, de Gerald Gunther, “Cases and materials on Constitutional Law, tenth edition, The Foundation Press, 1980, pags.15/25; también Alberto Bianchi, op. Cit., págs. 95/107).

Charles L. Black, en su agudo y famoso ensayo titulado “The people and the Court-Judicial review in a democracy”ed. The Macmillan Company, New York, 1960, sostenía que el control judicial cumple una función vital en un gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento público de que el gobierno ha cumplido con las normas de su propia Constitución y por ello la función “legitimante” de las normas por parte de la Corte Suprema- lo cual implica constatar su constitucionalidad- es de inmensa por no decir vital importancia para el país, agregando que no veía como un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función. Agregaba también

que así como un ser humano sano controla sus fuerzas, el control judicial de la constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como auto-restricción a través del derecho, sosteniendo que “tener votos es una excusa insuficiente para violar la Constitución “ (pág. 64/67, 86, 224).

Por su parte, Laurence H. Tribe, famoso profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Harvard, sostenía en su libro “American Constitutional Law”, second edition The Foundation Press inc., 1988, que si los jueces están en situación de ejercer ese poder antimayoritario, ello es así porque un Congreso mayoritario los ha puesto allí (pag.66).

En nuestro país, la cuestión de la “legitimidad” del control judicial de la constitucionalidad de las normas fue objeto de un interesante y agudo análisis por parte de Genaro R. Carrió (Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría-Propuestas de reformas normativas para hacerlos más compatibles”, pub. en La Ley, t.1990-C-1050, que nuestro querido e inolvidable amigo tuvo la generosidad de dedicarme, lo cual por cierto me llena de orgullo). El Dr. Carrió analizaba allí las bases y fundamentos de la crítica de incompatible con el principio de gobierno de la mayoría que se formula al control judicial de la constitucionalidad, señalando con agudeza que el “principio de protección de los derechos de las minorías, tan importante como el otro “para caracterizar las instituciones democráticas, no resulta prima facie igualmente “valorado por esa concepción”. Es de recordar aquí que los redactores del texto constitucional de los Estados Unidos “no quisieron colocar un poder ilimitado en las manos “de la mayoría aritmética, desde que sabían que ello habría de conducir a la *tiranía de la “mayoría”*, sino que por el contrario, buscaban “*el gobierno de la mayoría con el “consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera “frenado por intereses opuestos”* (conf. Judith A. Best, “The electoral college: paradigm. Of American democracy”, pub. en This Constitution-A bicentennial chronicle, num. 12, págs. 19/22, Fall. 1986, ed Project’ 87, The American Historical Association and The American Political Science Association)”.

Carrió sostenía que en nuestro país el control judicial de constitucionalidad tiene “carácter tradicional”, habiendo



funcionado durante mas de cien años sin problemas ni desbordes, ni temores de vernos sometidos a un “gobierno de los jueces”; que los jueces tienen la misma información de las cuestiones públicas que cualquier otro ciudadano, para concluir que nuestro sistema “es bueno” (art. citado, en pág. 1061, punto VI, d), y propone algunas modificaciones relacionadas con la administración de justicia (como ser, que el acuerdo para la designación de jueces sea prestado por ambas Cámaras del Congreso en sesión pública, criticando la votación popular para tales designaciones; sugiere la introducción de la práctica del *amicus curiae* y que el nombramiento de los jueces al llegar a los 75 años sea objeto de una revisión).

Por su parte, el Dr. Alberto B. Bianchi, en su obra “Control de Constitucionalidad”, ya citada, señala a fs. 105/107 que si el control judicial es antidemocrático, “sólo el Congreso podría tener control sobre sus propios actos”, lo cual sería “un absurdo”, y que si bien ningún sistema es perfecto, reconoce que es de la esencia del Poder Judicial verificar la validez de las normas que habrán de ser aplicadas, desde que- como sostuvo específicamente en otro trabajo titulado “Esta en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?”, pub. en La Ley, t. 1990-E-1089/1127, en pág.. 1126-, “Si “los jueces sólo tuvieran la tan reducida misión de ser los portavoces del legislador, no “harían falta. Serían sustituidos inmediatamente y sin perjuicio alguno, por funcionarios “administrativos”. En tal situación se produciría una quiebra fatal en el andamiaje tripartito de poderes establecido por nuestra Constitución histórica.

Entre nosotros también se han producido fuertes críticas al control judicial de la constitucionalidad, fundadas en el carácter “contramayoritario” del Poder Judicial. Quizá la más orgánica de ellas sea el trabajo titulado “La justicia frente al gobierno- Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial”, de Roberto Gargarella, ed. Ariel, 1996. Este mismo autor sintetiza las consideraciones que guiaron su labor: que “cada persona debe ser “la última autoridad en cuanto al modelo de vida que prefiere desarrollar”, que “en materias “que trascienden el ámbito de la moral privada, la última decisión tiene que surgir de un “adecuado proceso de reflexión

colectiva”, procurando asegurar “la mayor imparcialidad “posible”, y para ello “la discusión pública resulta una herramienta privilegiada”, que “las “decisiones colectivas deben estar sujetas a alguna forma de control, pero no por jueces que “tengan la última palabra en todo tipo de cuestiones fundamentales”, si bien reconoce que “cualquier mecanismo institucional que diseñemos para el control de las leyes será falible”.

Agrega que “el control de las leyes esté enfocado a asegurar las condiciones del debate “democrático”,y que “el control de constitucionalidad debería orientarse a asegurar una “esfera de inviolable autonomía en los individuos” (págs. 262/263).

Este autor finaliza su trabajo sosteniendo que “nuestros oponentes nos tendrán “que convencer, por ejemplo, de que es deseable que los jueces no electos por la “ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo “cuestiones sustantivas (por ejemplo diciendo como se regula el aborto, diciendo si está “bien o mal consumir estupefacientes, diciendo como se pueden distribuir los recursos “sociales y cono no, etc.).Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al “Poder Judicial la última palabra en materia constitucional cuando sabemos “(particularmente “en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de “los grupos de poder. “Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión “individual y aislada de “los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo mas certero “que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que “es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con “buenos jueces Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que – como “tantas “veces – prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones” (Pag. 265).

Por su lado, en un artículo publicado en el diario “La Nación” hace pocos días, se dice lo siguiente: “No sería deseable una reforma constitucional que diese al pueblo “recursos de democracia directa (léase votación) que le permitiera decidir en asuntos “importantes, si “una jurisprudencia constitucional debe ser mantenida o cambiada?

Esto “parecerá el ágora “ateniense, pero, en temas que deciden la suerte de la sociedad, porque “no deferir a ésta la “lectura constitucional”, sin circunscribirla al juicio de unos pocos, por “bien intencionados “que sean? (Enrique Tomás Bianchi, “El derecho: quien nos dice lo que es?, diario “La Nación” del 10 de marzo 2003.

A esto contestamos con remisión a lo que sostenía con su habitual claridad el Dr. Alberto Bianchi en un artículo reciente (“Los jueces juzgados por sus fallos”, en La Nación, del 24 de julio último, “si se acuerda al Congreso una función revisora de las sentencias, se transformarían en “una suerte de Corte Suprema fuera del Poder Judicial” alterándose el diseño constitucional del Poder Judicial” quedando indefinidos sus futuros contornos.

Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que mas fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Como lo señaló la Corte Suprema en una decisión perdurable, “ la doctrina de la omnipotencia legislativa que se “pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo , es insostenible dentro “de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos “órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al “Congreso atribuciones mas extensas que la que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las “limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al “sancionar el artículo 30 de la Constitución” (Fallos:137:47) caso “Horta c/ Harguindeguy” del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los doctores Dámaso Palacio, José Figueroa Alcorta, Ramón Mendez).

La llamada “reflexión colectiva” debe, en nuestro sistema constitucional, conducir necesariamente a la sanción de leyes por parte del Congreso Nacional, salvo que se pretenda cambiar el sistema constitucional por uno de democracia directa. Por otro lado, las mayorías legislativas son ocasionales y cambiantes.

Los jueces no deciden como debe regularse el aborto ni si está bien o está mal consumir estupefacientes: ello está

deferido a las leyes y, eventualmente a su interpretación y aplicación a casos concretos y determinados.

Que el pueblo por votación popular decida si una “jurisprudencia constitucional” debe ser mantenida o cambiada, prefiero, por mi parte, contestar esta cuestión remitiéndome a las profundas reflexiones del Dr. Genaro Carrió. “Tal como es “inadmisible designar a los jueces por sufragio popular, también lo sería someter sus “proyectos de decisiones a la aprobación de la mayoría del electorado, aun en caso de “notorio interés institucional (como por lo común son aquellos en que se debate la validez “constitucional de una ley). Lo mismo habría que decir del recurso al referendum popular “para que el electorado decida si debe o no mantenerse un fallo que se ha rehusado a aplicar “una ley por considerarla inconstitucional. El ciudadano medio carece en principio de “suficiente información para pronunciarse respecto de cuestiones constitucionales. Estas “suelen ser complejas y en la mayoría de los casos es difícil predecir las implicancias “inmediatas y mediatas de una solución en tal o cual sentido” (Carrió, art., citado anteriormente, pág. 1058,punto V –2).

Por lo expuesto anteriormente, ratificamos nuestra adhesión al sistema del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

El destino de la democracia constitucional reposa en contar con auténticos ciudadanos y no en el azar de contar con buenos funcionarios, siendo éste por cierto, un problema de educación cívica.