

**ACADEMIA NACIONAL
DE CIENCIAS MORALES
Y POLÍTICAS**

**¿UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PARA LA ARGENTINA?**

Fernando N. Barrancos y Vedia



**BUENOS AIRES
2007**

¿UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA ARGENTINA?

*Comunicación del académico Fernando N. Barrancos y Vedia,
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 22 de agosto de 2007*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Fotografía de portada de Marcos Chamudes

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Talleres Gráficos Leograf

Rucci 408 - Valentín Alsina - Prov. de Bs. As. en el mes de octubre de 2007.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2007 / 2008**

Presidente Académico GREGORIO BADENI
Vicepresidente Académico ISIDORO J. RUIZ MORENO
Secretario Académico HUGO O. M. OBIGLIO
Tesorero Académico JORGE EMILIO GALLARDO
Prosecretario Académico FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Protesorero Académico HORACIO SANGUINETTI

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA ..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO.....	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN.....	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA.....	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN.....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Gerardo ANCAROLA	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ.....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA.....	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN.....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU.....	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA.....	10-11-99	Dalmacio Vélez Sársfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Carlos Manuel MUÑIZ	24-09-03	Nicolás Matienzo
Dr. Miguel M. PADILLA	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA	14-09-05	Estaban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA.....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO.....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA	14-09-05	Deán Gregorio Funes

¿UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA ARGENTINA?

Por el académico DR. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA

En los últimos tiempos se ha sostenido, por parte de algunos doctrinarios y juristas, la probabilidad —o aun la necesidad— de reemplazar nuestro sistema de control judicial difuso de constitucionalidad, por la creación e instalación de un tribunal único y centralizado para cumplir con tal delicada misión.

El sistema de control judicial difuso de constitucionalidad fue recibido de los Estados Unidos y su adopción obedeció a múltiples causas así como también que, aun en los Estados Unidos, fue durante mucho tiempo objeto de críticas a veces vehementes y racionales, y otras no tanto, pero que en definitiva no lograron destruir los basamentos en que se apoyaba. Se fundó en el concepto de la supremacía de la Constitución sobre todas las otras normas del ordenamiento jurídico del país, así como considerar a la Constitución, no como programa o norma orientadora de los poderes públicos, sino como ley exigible por los particulares sin necesidad de implementación legislativa alguna. Tanto el concepto de supremacía constitucional como el del valor normativo inmediato y exigible de la Constitución son creación del constitucionalismo estadounidense. Nuestra Constitución Nacional, al

tener como modelo principal a la Constitución de los Estados Unidos, adoptó ese criterio y otorgó a sus principios el valor de norma jurídica en sí mismos. En la Argentina, desde el momento mismo de la sanción de la Constitución de 1853, las normas constitucionales fueron ley aplicable por los tribunales e invocables por los particulares” (García Mansilla y Ramírez Calvo, “Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino”, ed. Lexis Nexis, 2006, pág. 243).

Así, ya en 1887, en el renombrado caso “Sojo Eduardo - / recurso de habeas corpus” (Fallos: 32:120), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo que “el palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya observación es inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser objeto primordial de la ley, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”.

Igualmente sostenía Joaquín V. González en su Manual de la Constitución Argentina” ed. Angel Estrada, 1971, pág.112, que “No son como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las sostienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o con ambigüedades, la expresa significación de su texto”. También más tarde, la Corte reiteró que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...” (caso “Siri”, Fallos: 239:459).

En el mismo sentido, cuadra recordar que un famoso jurista norteamericano, Charles L. Black, en su libro “The people and

the Court. Judicial review in a democracy”, The Macmillaw Company, New York, 1960, sostenía que “confiamos las tarea de la interpretación constitucional a los tribunales de justicia, porque la Constitución es derecho, y porque es atribución de los jueces resolver los problemas de interpretación que surjan del derecho. Un derecho que deba ser aplicado por un tribunal de justicia, pero que no pueda ser interpretado por el mismo tribunal, es una incongruencia extraña a nuestras concepciones de legalidad y de procedimiento judicial” (pág. 15).

Es sabido que el origen y la formulación de la doctrina del control judicial difuso de constitucionalidad proviene del caso norteamericano “Marbury v. Madison”, del año 1803, aun reconociendo que con anterioridad, en “El Federalista” n° 78, año 1788, Alexander Hamilton había sostenido sus bases fundamentales. Si bien es dable reconocer que el contenido y la sustancia del caso “Marbury v. Madison” son harto conocidos, cuadra recordar que allí se dijo que la Constitución es la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, un acto de la legislatura repugnante a la Constitución es inválido, y así la Constitución y no aquella ley debe regir el caso al cual ambas se aplican, debiendo los jueces sostener tal principio esencial.

Nuestra Corte Suprema de Justicia adoptó tales principios del control judicial difuso de constitucionalidad, a partir especialmente del caso “Sojo”, ya citado de 1887, y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” del año 1888 (Fallos: 33:162); si bien también se citan al respecto casos anteriores, como “Vicente Casares c/ Sivori y Schiaffino” del año 1872 (Fallos: 11:257), y “Avegno c/ Provincia de Buenos Aires” del año 1874 (Fallos: 14:425).

Cuadra tener en cuenta que los principios fundamentales sentados por “Marbury v Madison” fueron puestos en cuestión por el juez Gibson, del superior tribunal de justicia del estado de Pennsylvania en el caso “Eakin vs. Raub”, del año 1825, al sostener que si una ley del legislativo contradice la Constitución, aqué-

lla no es aplicable, pero de allí no se sigue –decía– que los jueces pueden así establecerlo, pues de aceptar esto, estarían (los jueces) usurpando el poder de los legisladores; que el juramento de cumplir con la Constitución corresponde a todos los funcionarios del gobierno y no solo a los jueces, y que éstos no están autorizados a analizar la idoneidad de los legisladores.

Luego se produjo en los Estados Unidos un largo e interesante debate sobre los méritos del control judicial difuso de la constitucionalidad de las leyes, pues se sostuvo por juristas y constitucionalistas que no existía norma constitucional que autorizara a los jueces a revisar las decisiones del Congreso (así lo sostenía el famoso juez Learned Hand en “The Bill of Rights”, de 1958), pero el constitucionalista Herbert Wechsler, afirmaba que el poder de los tribunales de justicia se fundaba en la letra de la Constitución (en “Toward neutral principles of Constitutional Law”, 1961). Asimismo, se sostuvo que el control judicial difuso no era democrático; en estas discusiones, intervinieron, entre otros James Bradley Thayer, Alexander Bickel, Jon Ely, Charles L. Black, y Laurence M. Tribe.

En nuestro país, Genaro R. Carrió se ocupó del tema en su agudo trabajo “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. Propuestas de reformas normativas para hacerlos más compatibles”, (La Ley, 1990 - c - 1050), donde sostenía que el sistema del control judicial difuso había funcionado entre nosotros desde hacía más de cien años sin problemas ni desbordes, ni temores de vernos sometidos a un gobierno de los jueces”, afirmando que dicho sistema era “bueno” y proponiendo sólo algunas modificaciones instrumentales, pero no de fondo, como ser, que el acuerdo para la designación de los jueces sea prestado por ambas Cámaras del Congreso en sesión pública, con crítica al sistema de votación popular para tales designaciones, y la introducción de la práctica del “amicus curiae”, así como que al llegar a los 75 años de edad, la duración de los jueces fuese objeto de una revisión.

Es de tener presente aquí que la creación entre nosotros de un tribunal constitucional especializado, al estilo europeo y de algunos países latinoamericanos, “no resuelve el problema pues ese tribunal no sería más democrático que la Corte” (cof. Bianchi, Alberto B., en “Control de constitucionalidad. Abaco, pág. 106). Asimismo, cabe en todo momento recordar que como dijo la Corte Suprema de Justicia 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 de gobierno y la supremacía de la Constitución” (Fallos: 137:47, caso “Horta c. Harguindeguy, del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los Dres. Dámaso Palacio, José Figueroa Alcorta y Ramón Méndez).

Se sostiene que el control judicial difuso de constitucionalidad presenta los siguientes inconvenientes o defectos: 1) no figura en el texto constitucional; 2) la norma declarada inconstitucional sigue vigente; 3) al respecto puede haber diferentes interpretaciones entre los jueces; 4) el argumento “contramayoritario”: ¿cómo puede ser que un grupo reducido de personas (los jueces) no elegidos popularmente, puedan enervar lo que deciden los representantes directos del pueblo? Al respecto, siendo ésta una cuestión muy debatida y comentada por juristas norteamericanos y argentinos me remito a lo que en sustancia expresa Bianchi en su trabajo ya citado anteriormente, págs. 83 a 107. Así, si bien es cierto que no hay una norma expresa que lo acuerde (aunque entre nosotros es de tener presente que el art. 43 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma de 1994, sostiene en el primer párrafo “in fine” –aludiendo a la “acción expedita y rápida de amparo”–, que en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. Ello da pie suficiente para sostener que desde entonces nuestra Constitución acepta expresamente el control judicial difuso de constitucionalidad), Bianchi sostenía que la función del

control judicial de inconstitucionalidad, nace de sus “poderes implícitos”, así como de la doctrina del caso “Marbury v. Madison”.

Si bien puede haber divergencias entre dos o más jueces en relación a la interpretación constitucional, en última instancia la Corte Suprema habría de efectuar su interpretación “final y definitiva”.

Juan Bautista Alberdi decía que “La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar: *derogar es legislar*. Declarada inconstitucional la ley sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga”. (Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, ed. Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, pág.111; el subrayado es nuestro).

Pretender ahora en nuestro país –como algunos pretenden– la instalación de un tribunal constitucional, según el sistema europeo, y también de algunos países de América Latina (como ser, Chile, Perú, Bolivia Ecuador, Colombia, o Guatemala, o aun de una “Sala Constitucional”, con la facultad de declarar la invalidez “erga omnes” de la ley declarada inconstitucional –como por ejemplo, en Costa Rica, El Salvador, Honduras o Nicaragua–) no es sino para nosotros una clara manifestación de “esnobismo” constitucional, análogo a la introducción en el articulado de nuestra Constitución del Consejo de la Magistratura, organismo éste cuyo desprestigio es paralelo a su creciente politización.

Entre nosotros funciona el control judicial difuso de constitucionalidad desde hace más de 125 años, sin problemas ni desbordes, ni temores de vernos sometidos a un gobierno de los jueces (Carrió, art. citado). Luego, ¿por qué se pretende modificar sustancialmente un sistema que ha funcionado perfectamente?

La existencia de un tribunal constitucional único (sea de cinco, siete, nueve o más miembros) para controlar y decidir la inconstitucionalidad de las leyes, invalidándolas *erga omnes* cuando así lo resuelva, significa otorgar al poder político (en especial al Poder Ejecutivo) una facultad extraordinaria para maniobrar y controlar tan importante cuestión. De ello ya entre nosotros tenemos un claro ejemplo en el Consejo de la Magistratura reformado según la ley 26.080, con un firme objetivo político partidista, como resulta evidente con lo sucedido en estos días.

Crear entre nosotros un tribunal constitucional habrá de producir un quiebre definitivo en el sistema tripartito de poderes adoptado por nuestra constitución histórica en texto siempre respetado, pese a todas las contingencias políticas sucedidas a lo largo de más de 150 años.

Quitar al Poder Judicial el derecho a interpretar la Constitución Nacional y la adecuación de las normas jurídicas a ella, significa rebajar y disminuir el papel de los jueces, transformándolos en meros funcionarios dependientes del poder político. Significa crear un poder legislativo doble: uno para establecer las normas generales (el Congreso de la Nación), y otro para derogar las normas generales (el llamado tribunal constitucional).

Por ello, confiamos en que tan descabellada idea sea dejada sin efecto, para bien de la Constitución Nacional, de la República y del Poder Judicial.

No ignoramos que en algunos países latinoamericanos se han establecido tribunales constitucionales con la facultad derogatoria general de las normas declaradas inconstitucionales, o con la posibilidad de interponer ante ellas una acción popular de inconstitucionalidad con tal efecto. Así, por ejemplo, en Chile, Ecuador y Perú existen sistemas mixtos, con tribunales constitucionales, que revisten la calidad de extrapoder, con posibilidad de invalidar *erga omnes* la norma declarada inconstitucional, como en otros países, especialmente de América Central, se han esta-

blecido “Salas Constitucionales”, con la atribución de dejar sin efecto *erga omnes* la norma declarada inconstitucional. Como sostiene Bidegain (pág.119) ese mecanismo, atribuido a órganos jurisdiccionales especiales, es “limitado, complicado y lento, para los particulares afectados”.

También en algunas provincias argentinas se establece un sistema mixto, por el que el Tribunal Superior de Justicia puede atender recursos directos de inconstitucionalidad de normas locales, pudiendo producir el efecto derogatorio de la norma así declaradas más de dos o tres veces previa publicación y notificación expresa a la legislatura (conf. a Chubut, Río Negro, Santiago del Estero; conf. Bidegain, pág. 150).

En el Estatuto organizativo de las instituciones de la ciudad de Buenos Aires, se adopta también un sistema mixto, “en virtud del cual coexiste el control de constitucionalidad concentrado, abstracto y con efectos *erga omnes*, con el control difuso, concreto y con efectos interpartes; el primero a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires; el segundo a cargo de todos y cada uno de los jueces que integran el órgano judicial local” (conf. María Fernanda Lombardo, “Notas sobre el control judicial en la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura”, pub. en “La Ley”, tomo 2007-A”-916/938).

En tal sentido el art. 14 “in fine”, dispone que “los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”, y el art. 113 par. 2º y 3º, establece que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer... “originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los

tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de inconstitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución”.

El sistema incluido en el art. 113, pár. 2, obtuvo por parte de la doctrina el reconocimiento de constituir una “herramienta altamente beneficiosa como garantía de vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”, sin perjuicio de aceptar que “desde el plano fáctico, la falta de tratamiento expreso por la legislatura en el 75 % de las oportunidades en que se materializó el reenvío, resta asidero al principal fundamento del instituto”, así como pone de manifiesto las múltiples contradicciones o soluciones contrapuestas a que puede dar lugar este sistema así receptuado en la Constitución local” (Lombardo, art. citado, págs. 938 y 928).

Un sistema como el instaurado para la ciudad de Buenos Aires no sería viable en el orden nacional sin una extensa reforma del texto superior del ordenamiento jurídico y político del país, aparte de que tales reformas no entrañarían una mejora categórica del control de constitucionalidad difuso existente en el orden nacional, sino que, por lo contrario, afectaría profundamente las bases institucionales de nuestra Constitución histórica, como lo hemos señalado precedentemente.

En consecuencia, ratificamos en todos sus términos nuestras conclusiones anteriormente señaladas.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

presentados por los Señores Académicos:

Académico Gregorio Badeni

Felicitemos al académico Barrancos y Vedia por su brillante, clara y concisa exposición en la cual desarrolló argumentos en respaldo de una y otra postura, emitiendo su propia y fundada opinión. Tienen la palabra los señores académicos.

Académico Juan Vicente Sola

Gracias señor presidente, felicito al académico Barrancos y Vedia, además me alegra muchísimo la elocuente frase utilizada y, si me permiten, en el futuro utilizaré su expresión que me pareció muy feliz, la de *esnobismo* constitucional. Me parece que esta propuesta es sólo eso, una moda en el peor sentido de la palabra. Simplemente quería hacerle tres puntos para corroborar sus muchos y bien planteados temas. La visión que el control judicial es contra mayoritario ha sido muy criticada ya. No es malo que sea contra mayoritario, hay un caso U. S vs Carolene Proads. en 1938, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la Corte

corregía los problemas de los sistemas mayoritarios, fundamentalmente en defensa de los derechos individuales, las minorías discretas e insulares y también cuando se quiere bloquear los canales de cambio político. Se puede citar la obra de Jurgen Habermas sobre el Derecho como sistema dialógico y la necesidad de la norma como auto aplicable en un sentido de razón práctica.

Pero, segundo quería simplemente corroborar el análisis de los problemas de tener un tribunal concentrado. Los tribunales constitucionales concentrados, se establecieron para cambiar el Derecho existente, porque había ocurrido una revolución que había considerado que el Derecho anterior era por algún sentido no deseado, en Austria en 1920, pero particularmente en Alemania en 1949. La historia de la Corte Constitucional Alemana, es la historia de un estudio que se había hecho y que se consideraba que los constitucionalistas alemanes eran afiliados al partido nacional socialista y por lo tanto no se podían conseguir los nueve hombres necesarios para integrar el primer senado de la Corte Constitucional. Uno de ellos había estado en un campo de concentración, otro su hijo había muerto en un campo de concentración, otros habían estado exiliados, es decir, tuvieron prácticamente que importar a las personas que iban a cambiar el Derecho. El sistema concentrado fue creado para cambiar un Derecho anterior indeseable y porque no se confiaba en los jueces existentes. Lo mismo ocurrió en España. En nuestro país, es el ejemplo de Santiago del Estero, que usted bien citara, cuando el gobernador Juárez, por todos conocido, estableció una sala constitucional para evitar que los jueces debatieran temas constitucionales. No lo hizo con un sentido de vigencia constitucional, sino para conculcarla, por eso es tan peligroso y por eso tiene ese sentido tan extremo.

El tercer y último comentario, es el tema del desarrollo del discurso constitucional. Los sistemas concentrados matan el Derecho Constitucional. Si uno toma por ejemplo cualquier manual alemán, el más conocido, el de Konrad Hesse, pequeño libro que

estudian los equivalentes a nuestros alumnos. Describe el presidente federal, el gobierno federal y las organizaciones federales. Una obra meramente descriptiva que no podría compararse con ninguna obra importante, ni siquiera en nuestro país. ¿Por qué esto es así? Porque en general un abogado no necesita saber Derecho Constitucional si nunca va a litigar, salvo que tenga la enorme suerte de ser uno de los pocos estudios que van a ir ante la Corte Constitucional. Si no es ese el caso, el Derecho Constitucional no es un Derecho vigente –con el Dr. Dalla Vía, que siempre debatíamos estas cosas, recordábamos algunos libros que usábamos cuando éramos estudiantes– y García Pelayo, si mal no recuerdo, decía que la Constitución no era un sistema normativo vigente. ¿Por qué? Porque el caso en realidad era una idea política en general, y así era Europa en los años ‘30, ‘40 y ‘50. Si uno compara cualquiera de esos libros con un libro de Derecho Constitucional de los Estados Unidos, generalmente un manual de mil páginas, lleno de temas prácticos, indica hasta qué punto la necesidad de pleitear la Constitución ante cada juez hace que haya un debate constitucional variado, rico, inteligente y útil. Por lo tanto me parecen bastante necios nuestros colegas constitucionalistas que por *esnobismo*, desean tener un sistema concentrado sin darse cuenta que así están matando su propia materia.

Académico Alberto Dalla Vía

Yo también quiero felicitar al Dr. Barrancos y Vedia por su exposición tan sólida, tan concisa y tan defensora de nuestras instituciones. Hago un comentario, a raíz de los ejemplos que señalaba el Dr. Barrancos y Vedia, de la opción de tribunales constitucionales en el ámbito de América Latina. Son modas que posiblemente tienen que ver con el descubrimiento tardío de la Constitución por lo españoles, o de la fuerza normativa de la

Constitución por los españoles, cosa que como sabemos viene de la segunda posguerra, ahora inclusive se habla ya de neoconstitucionalismo.

Porque claro, para ellos es nuevo, para nosotros no porque tiene más de doscientos años. Entonces muchos países Latino Americanos adoptan el tribunal constitucional. Quería referirme a un caso reciente de Perú, donde se produce lo que suele ocurrir en países que adoptan tribunales constitucionales sobre poderes judiciales ya existentes. Normalmente se da lo que se llama la guerra de cortes, esto ha ocurrido en España entre el Supremo y el Tribunal Constitucional, donde algunas veces los jueces del supremo inician investigaciones sobre los jueces del tribunal constitucional o viceversa. En Perú, en fecha muy reciente, tuvo lugar una sentencia del tribunal constitucional que ha establecido algo que yo hasta ahora no conocía, es la llamada “cosa juzgada constitucional”, como si la cosa juzgada no estuviera sometida a diferentes imprecisiones entre la cosa juzgada fraudulenta, írrita o ahora la revisión de cosa juzgada, el tribunal constitucional peruano dice que si una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, ante todas las instancias, e inclusive la Corte Suprema del Perú, puede ser revisada por el tribunal constitucional y reabierto la causa si ese tribunal considera que no hubo cosa juzgada constitucional. Lo pongo como ejemplo a qué tipo de situaciones puede dar lugar la duplicidad de instituciones como la que nos señalaba nuestro distinguido académico, que consiste no en el diseño de un sistema constitucional originario sino, muchas veces a la traslación de instituciones que provienen de un modelo jurídico en otro. Quería contarles esta anécdota, es un caso reciente que tiene que ver con un viejo pleito sobre los casinos de juego en el Perú, que como ustedes saben, son un tema parece ser muy difundido y que ha dado lugar a esta sentencia.

Académico Jorge Reinaldo Vanossi

Me uno también a las merecidas felicitaciones, que corresponden al académico Barrancos y Vedia, por su exposición. Y coincido con sus conclusiones, y voy a traer a cuento una anécdota para fundar la conclusión. La conclusión es que tenemos que mantener el sistema que tenemos, no hay que cambiarlo, porque no hay ninguna razón válida para cambiarlo y esa manía del plagio constitucional, por ponerse a la moda, es una cosa que puede servir para lucimiento de algunos o para el protagonismo de otros. De las cosas que nos salvamos en la reforma del '94, porque hubo una intención de hacerlo, fue que en la Argentina se creara un sistema de Corte Constitucional, y había un *lobby* fuerte en ese sentido. El doctor Masnata era un exponente de esa postura, probablemente con alguna aspiración a integrar el cuerpo, pero nos salvamos de eso. No nos salvamos del Consejo de la Magistratura, pero nos salvamos de ese espanto. En diciembre de 1970 tuve un día que será memorable en mi modesta vida, modesta existencia terrenal, que fue pasar todo ese día y conocerlo a Hans Kelsen, en Berkeley sobre la Bahía de Oakland. Ya estaba retirado (debo reconocer que el doctor Hugo Caminos tuvo un privilegio mayor que yo porque trabajó mucho tiempo con Kelsen) pero ese día casi completo prácticamente con él, pudimos conversar de varias cosas y una que le pregunté era, dada su experiencia bicontinental, es decir europea por un lado y americana por el otro, a qué conclusión llegaba con respecto al sistemas de control de constitucionalidad dado que él había sido el inventor en la constitución de Austria del sistema del control concentrado y Estados Unidos, al cual adhería la Argentina, en ese punto teníamos el sistema difuso. ¿Y cuál le parecía mejor? Me dijo que la razón por la cual él profundizó la imaginación para crear la Corte Constitucional, era la de que no obstante que en el viejo Imperio Austro-Húngaro había habido poca infiltración de las ideas rousseauianas, sin embargo, había una gran prevención de la cultura jurídica europea, en general, a concederle a los jueces la posibilidad de inva-

lidar las normas por confrontación con el texto constitucional; y que entonces la única forma de superar el problema y no caer en lo de los ingleses (que no tienen control, porque todo es constitucional y Ley posterior modifica la anterior) era inventar una jurisdicción constitucional, es decir, un tribunal, que así como existía el fuero penal, el fuero civil, el fuero comercial, se estableciera un tribunal único de ultima instancia que tuviera el fuero constitucional. De todos modos reconoció que su experiencia fue dolorosa, porque si bien lo inventó y además lo integró y además lo presidió, cuando las circunstancias políticas impusieron la corriente que no era la del nazismo, pero estaba próxima al fascismo, que era el régimen de Dolfus, al comienzo de la década del '30, él directamente fue cesado en sus funciones, es decir, decidieron politizar el tribunal, reemplazar a los jueces constitucionales y por una vía u otra fueron derribando a varios (en fin, de esto tenemos antecedentes cercanos también en la Argentina, de modo que hay varios métodos posibles, no excluyentes entre sí, para alcanzar el objetivo) Y que la experiencia americana era una experiencia muy positiva para Estados Unidos. En Estados Unidos nadie predicaba, diríamos en alta voz aunque pudiera haber un debate puramente académico al respecto, pero que no había ninguna iniciativa con apoyo en la opinión pública o con apoyo en las fuerzas políticas para modificar el sistema nacido a partir del caso Marbury. Y la conclusión de él era que no había un Derecho Constitucional universal, ni un modelo universal de Constitución, así como puede haber algunas Leyes modelo para otros temas y las hay; pero que en materia constitucional era imposible hacer un régimen tipo, que pudiera ser exportable sin pasar por las aduanas de la peculiaridad a la originalidad, la tradición, las historias, las tendencias, las orientaciones, de cada país. Entonces le parecía muy bien lo que en Estados Unidos estaba, siguiera; y lo que en Europa él había ideado lo pudieran adoptar otros países, que tuvieran una idiosincrasia, un nivel cultural, un sistema político-jurídico, una tradición semejante a la que había tenido el Im-

perio Austro-Húngaro. Y me pareció muy sincera, muy honesta la conclusión de él. Pero yo en defensa del sistema, quiero decir que el sistema nuestro, el sistema difuso, es el más democrático de todos, porque permite que Juan, Pedro, José, Diego, envueltos en una controversia, tengan la posibilidad de que frente a la aplicación de una norma que los va a perjudicar, y que ellos estiman que está en violación de la pirámide jurídica, plantear la inconstitucionalidad. Entonces, cualquier habitante, cualquier ciudadano, sujeto al ordenamiento jurídico puede impugnar la norma que considere violatoria de la norma superior, o la norma suprema del ordenamiento. En cambio, el sistema francés, uno de los sistemas menos democráticos, no obstante todas las aperturas que ha tenido porque hay que reconocer que hasta la Constitución del '46 no había un control de constitucionalidad (la Constitución del '46 estableció un comité constitucional) De Gaulle incorporó el Consejo Constitucional: sólo podían promover la inconstitucionalidad los altos funcionarios de los poderes del Estado. Luego vino una primera apertura que permitió que la minoría legislativa pudiera incoar la acción, luego llegó otra apertura más, pero nunca vino una generalización que abarcara a la totalidad de los justiciables. Entonces, creo que con las herramientas que están en el ordenamiento argentino, por lo pronto, es un anacronismo la norma que sobrevive de la reglamentación del amparo frente al artículo 43 que abiertamente reconoce la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por vía del amparo, pero hay que decir en homenaje de la verdad, que la Corte de Risolía, en los casos Outon y Mate Larangeira Méndez, prescindió de esa prohibición caprichosa que Martínez Paz había puesto con el decreto de Onganía, y se pudieron, en esos dos casos y en otros más, declarar la inconstitucionalidad aun por la vía del amparo. Y creo que de alguna manera implícitamente el artículo 43 está reconociendo la validez del control difuso. Pero además hay otra herramienta tan práctica o más que el amparo: y por lo menos a mí profesionalmente me ha dado más resultado que el amparo, debo reconocer

que el 322 del Código Procesal Civil y Comercial con la acción declarativa de certeza, es una herramienta mucho más segura que el amparo, porque el amparo depende si cae en un juez amparista. La acción declarativa también puede caer en manos de un juez que no le guste mucho pero la toma como un problema estrictamente jurídico, es decir, más alejado de las pasiones, o de las tendencias, o de las inclinaciones: el juez lo encara como un tema realmente de estudio y no de presión, como el amparo. A esto se lo ve como una herramienta que se está presionando por una acción sumaria, o sumarísima. En cambio, la acción declarativa de certeza ya se llama acción por lo pronto, entonces tiene un carácter que no es tan incomodo para el juez y puede llegar a una solución tan satisfactoria como en la vía del amparo. Y quiero recordar otra anécdota, y con esto termino; el doctor Carlos Nino, jurista que ya falleció, era partidario en la época de los tiempos en que asesoraba en estos temas, del sistema europeo, pero en los últimos tiempos, no digo que haya abandonado esa convicción, pero admitió que era muy opinable, y en un seminario muy interesante que se organizó, un año antes de su muerte, en una fundación que tenía un local muy acogedor, frente a las Barrancas de Belgrano, una fundación dedicada a la exposición de pinturas, hubo un seminario de más de tres horas, donde tuvimos el gusto de participar él y yo, y él reconoció al cerrar el seminario que el tema no estaba definitivamente esclarecido a favor de cambiar el sistema, de que realmente había que tomar en cuenta las tradiciones, la experiencia, los resultados, y que no era fácil traer a la Argentina una cosa tan ajena a nuestra tradición cuando ya había una cultura del control de constitucionalidad a la americana y que nos había dado buen resultado en más o en menos. Los defectos estaban en la inestabilidad de la Corte a partir del infame juicio político del año '46-'47 que si no se hubiera producido eso, tendríamos a la manera americana la Suprema Corte de Justicia, ahora tenemos cada tanto, la Corte Suprema de Perón, la Corte Suprema de la revolución, la Corte Suprema de fulanita, la Corte

Suprema del proceso, la Corte Suprema de Alfonsín, la Corte Suprema de Menem, la Corte Suprema de Kirchner, y todas las Cortes tienen nombres y apellidos, antes no tenían nombre ni apellido, eran la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y por último, señor presidente, como eso sí se ha salvado, el nombre, la Corte sigue siendo Suprema, y por lo tanto todo lo que resuelva arbitraria o inconstitucionalmente el Consejo de la Magistratura, puede ser revisado y dejado sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque ese es el órgano superior.

Académico Horacio García Belsunce:

Felicito al doctor Barrancos y Vedia por su exposición, igualmente las aclaraciones que acaba de hacer, muy fundadas, el Dr. Vanossi. Yo no voy a plantear ninguna discusión sobre lo que los señores académicos han dicho porque está todo muy acertado, pero quiero, así un poco al voleo, sacar a relucir algunas cuestiones que siempre me han preocupado y llamado la atención. En primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad, es *inter partes* no *erga omnes*. Esto tiene varias lecturas, del lado que se quiera ver, porque si en un juicio por una jubilación un señor obtiene la declaración de inconstitucionalidad, *inter partes*, después hay un millón de jubilados que tiene cada uno que ir a hacer su juicio para obtener la declaración de inconstitucionalidad, eso parece antieconómico. Pero por otro lado, si las declaraciones de inconstitucionalidad tuvieran efecto *erga omnes* serían derogatorias de las leyes prácticamente; entonces eso tampoco se puede admitir, habría que buscar una solución, mezcla de requisitos sustanciales y sobre todo temporales, para ver cómo se arriba a una solución intermedia que pueda evitar, reitero, el caso ridículo de los jubilados que cada uno tiene que hacer su juicio; parece que hubiera una industria del juicio. Por otro lado, siempre me preocupó, como profesional actuante, que las declaraciones de inconstitucio-

alidad no pudieran pronunciarse de oficio ¿Por qué un juez va a fallar un caso que él considera inconstitucional, sin pronunciarse por esa inconstitucionalidad? Porque las partes no lo han pedido. Para mí no puede ser, no soy procesalista, pero me chocaría si fuera juez que tuviera que aplicar, porque nadie lo planteó, una norma que para mí es inconstitucional, entonces la inconstitucionalidad de oficio tendría que ser precedente. Entiendo que este tema tiene dos lecturas. Si tuviera efecto *erga omnes*, prácticamente habría una derogación de la ley, y la inconstitucionalidad no significa, ni puede significar la derogación de una ley. Y por otro lado, me choca esto de que las inconstitucionalidades no puedan declararse de oficio. Lo que me parece absurdo (yo nunca he sido juez) pero pienso que cómo voy a fallar algo que en mi sentir jurídico “es inconstitucional”. Pero, no lo puedo decir porque ninguna parte me lo planteó, eso me parece absurdo. Es un poco desconocer la función del juez que es buscar la verdad jurídica y suplir lo que las partes no invocaron. Porque el juez tiene que buscar la verdad objetiva, y el juez tiene que tener la facultad de revisar lo que las partes no han hecho o han omitido. Porque todo esto, al no permitirse, da a lugar la llamada industria del juicio. Causas y causas que se van repitiendo que uno ya sabe como van a ser resueltas y después, lo otro que es fundamental, es que la inconstitucionalidad no pueda declararse de oficio, porque me parece que es una aberración para un juez tener que fallar un caso que para él es inconstitucional, sin poderlo declarar porque nadie lo pidió.

Académico Gregorio Badeni

Quiero acotar que en cuanto al desconocimiento del efecto *erga omnes*, muchas veces en la práctica se suple, cuando se inicia un nuevo juicio, solicitando una medida cautelar. Teniendo en cuenta que los fallos de la Corte son vinculantes en cuanto a su doctrina para los jueces inferiores, ellos suelen acceder al otorgamiento de la medida cautelar.

Académico Jorge Reinaldo Vanossi

En el Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1977 se trató el tema y la solución que permitía, y permite perfectamente armonizar los distintos derechos que están en juego, con la declaración de oficio; es la siguiente: es obvio de que si el juez de oficio, sin escuchar a las partes, declara la inconstitucionalidad de la norma, la parte que iba a ganar el juicio, lo pierde, y la parte que iba a perder el juicio, lo gana sin haber podido debatir al respecto. Entonces, para permitir, que la igualdad de las partes en el proceso, que es parte del principio de igualdad, quede preservado, simplemente con una medida para mejor prever, sin necesidad de reformar los códigos procesales, la cámara o el juez de primera instancia, pueden dar una vista a las partes, sin prejuzgar, a los efectos de que se emitan y pronuncien sobre la validez constitucional de la norma aplicable al caso. Entonces, la parte que le conviene defender la constitucionalidad, vuelca todos sus argumentos, luego corrido traslado a la otra, que no le conviene carga contra la norma, y el juez con todo ello a la vista tiene los argumentos y decide. Entonces, se respeta el principio de la declaración de oficio, se conjuga la plena energía jurisdiccional –que insisto es una expresión que hay que registrar para que los jueces realmente sepan hasta dónde llega su poder– y el principio de igualdad de las partes. Es sencillo, no hace falta ni siquiera una reforma legal, con el código de procedimientos basta y sobra.

Académico Gerardo Ancarola

Dos cosas nada más. La primera felicitar al académico Barrancos y Vedia, la segunda, para volver a reiterar que lo mejor es no tocar la Constitución y sobre todo mantener a la Corte como cabeza del Poder Judicial. Ya demasiado se la ha manoseado con el Consejo de la Magistratura. Pero quería exponer un caso, que es interesante; cuando la Corte Suprema, en un caso de gran trascendencia social falla, provoca inmediatamente una cascada en todo el sistema jurídico que tiene los efectos de una nulidad del tema. Por ejemplo, ustedes recuerdan en el caso de Sayán, cuando se estaba discutiendo en la Argentina, el problema del divorcio, que la Corte Suprema, a través de ese fallo muy discutible, yo creo que es una de las cosas más raras que se han dado en la jurisprudencia argentina y que se dio el caso de que el más técnico de los miembros de la Corte, y considerado una autoridad en Derecho de Familia, y además conocido por sus ideas a favor del divorcio tuvo la notable –siempre lo pongo de resalto– honestidad intelectual de votar en contra del divorcio vincular. Ustedes se acuerdan que apenas salió el fallo se terminó la discusión y el Congreso inmediatamente dictó la Ley. Es decir, cuando tiene trascendencia social una Ley y la Corte la declara inconstitucional, tiene un efecto de cascada muy grande en todo el sistema jurídico.

Académico Alberto Rodríguez Galán

Quiero señalar que días pasados el diario La Nación, publicó un artículo del doctor Ancarola, donde planteaba la circunstancia en que cayó la reforma constitucional de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1934, y que nadie en la época en que se trató, la reforma de la constitucional nacional en 1994, lo haya traído a colación. Me parece que es un análisis muy agudo, en un artículo muy corto, muy preciso y que llama a la reflexión. Mi propuesta, señor presidente, es que ese artículo se publique en los Anales de la Academia, creo que es muy importante porque nos habla de una realidad que se nos ha pasado por alto en aquel momento o por lo menos no fue recordada como correspondía.

Académico Gregorio Badeni

Me adhiero a la propuesta del académico Rodríguez Galán y, si no hay observaciones de los señores académicos, lo incluiremos en los Anales.

Académico Gerardo Ancarola

Lo que me llama la atención es que la clase política argentina no haya puesto ese hecho de resalto, porque fue una gesta electoral excepcional. Todos los partidos políticos, el 75 por ciento de los votos, radicalismo, peronismo, socialismo, la unión del centro democrático, se habían reunido para hacer la reforma violando la constitución del '34, que establecía que se podía hacer una sola enmienda a través de un referéndum, ellos pusieron 98 enmiendas, cambiaron la Constitución, estaban absolutamente convencidos que iba a triunfar la reforma de la Constitución. Y sin embargo, el pueblo de la provincia de Buenos Aires, en un

gesto extraordinario, por el 70 por ciento derrotó a quienes querían cambiar la Constitución de manera ideal. De manera que es un tema muy interesante y dejé traslucir que puede repetirse, porque soy un optimista intelectual.

El académico Presidente Gregorio Badeni agradece y felicita a los académicos intervinientes.