

El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho.

Por Gustavo Alberto Musumeci.

Sumario: 1. Estado Constitucional de Derecho. 2. El neoconstitucionalismo como paradigma que define desde lo metodológico, teórico y de la filosofía política-jurídica dicho modelo de Estado. Su faz estructural y garantista como elementos caracterizadores. 3. La Supremacía constitucional. El bloque de constitucionalidad y la regla de reconocimiento constitucional. 4. Sistemas de control constitucional - difuso, concentrado o político. 5. El control de constitucionalidad dual o paralelo. El modelo Peruano. 6 El control de constitucionalidad Argentino. 7 La variante del control abstracto de constitucionalidad en su versión restringida. 8 La recepción de la acción abstracta en su versión popular. 9. Hacia un control dual o paralelo en nuestro ordenamiento jurídico. Una propuesta: La acción directa de Inconstitucionalidad en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ventajas que arroja el sistema de control dual o paralelo en un Estado Constitucional de Derecho.

1 Estado constitucional de derecho:

El estado constitucional de derecho asienta su paradigma en la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto significa que:

- a) la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales;
- b) la ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto

y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución;

c) La actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental;

d) se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático.

De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho¹, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la voluntad general, en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquélla adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente.²

¹ Ver Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 24, Trotta, España 1999. Dicho autor ha definido al Estado legislativo de derecho como: aquél que surge a partir de la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación de validez del derecho. La primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régimen. El estado de derecho y el principio de legalidad importaban la reducción del derecho a la ley y la exclusión o sumisión de la ley de todas las demás fuentes del derecho.

Ver, asimismo, Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 65/92, Trotta España 2003

² Ver Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, p. 65, Trotta, España, 2001. En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. En este contexto señala que: “La esencia del constitucionalismo y del garantismo” lo que denomina democracia sustancial, “ reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado,

Por último, cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico.³

2 El neoconstitucionalismo como metodología; teoría e ideología del derecho.

Luis Prieto Sanchís ha señalado que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.⁴

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana – la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En éste ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes

constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer” (Ver Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina 2001.

³ Ver Serrano, José Luis, Validez y vigencia, p. 56, Trotta, España 1999. Y Paolo Comanducci, Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico, - Compilador Mígule Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición 2005.

⁴ Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, p. 101, Trotta España 2003

elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquéllas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural es lo que Ricardo Guastini, ha llamado: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, según dicho autor, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: A) Una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida – garantizada- contra la legislación ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta última; B) la garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución; C) la fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos,⁵ D) la sobreinterpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar

⁵ En nuestro ordenamiento jurídico, Germán Bidart Campos, en su obra “El Derecho de la constitución y su fuerza normativa” Editorial Ediar, 1995, desarrolló la tesis de la fuerza normativa de la constitución y su irradiación en el sistema jurídico argentino a través de las garantías y la jurisdicción constitucional.

para la libre discrecionalidad del legislador y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucionalidad; E) la aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la misma ofrece lagunas, o porque su solución resultaría injunta; F) la interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución –previamente interpretada- eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado – la norma- que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y G) implica la influencia de la Constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.⁶

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en:

1) Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las normas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico – mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los

⁶ Ver Guastini Ricardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”, p. 49/73 en Neoconstitucionalismo (S) – editor Miguel Carbonell-, Editorial Trotta, 2005.- Dicho autor sostiene que, para que un ordenamiento jurídico sea considerado como impregnado por disposiciones constitucionales, se deben dar los dos primeros supuestos expuesto. Los restantes no son absolutos, aunque de darse en completitud o no estaríamos ante un mayor o menor grado de constitucionalización de un determinado ordena jurídico.

procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplan –en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad.⁷ En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

2) Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas del mismo valor.⁸

3) omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria; este precepto está estrechamente vinculado con la analizado en el punto C) y D) respecto los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Guastini.

4) omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario: este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo al la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en

⁷ Ver Andres Gil Domínguez, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, p. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

⁸ Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, p. 189, Trotta España 2003.

su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad.⁹ Cabe destacar que ante esta proposición, existe una corriente que señala al poder judicial como contramayoritario y que por ende no reviste del valor espistémico suficiente, o mas precisamente, carece de legitimidad democrática, para ser el titular de la última palabra.¹⁰

5) coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande “una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único”.¹¹

Garantismo Constitucional:

Es el conjunto de garantías políticas y jurisdiccionales cuyo objeto es efectivizar el modelo de Estado Constitucional de Derecho. Según Luigi Ferrajoli, este se manifiesta en: las llamadas garantías negativas, que establecen límites o prohibiciones impuestos por los derechos de la libertad; garantías positivas, que son obligaciones impuestas por los derechos sociales; y las garantías secundarias que son las que tiene como finalidad el control de la supremacía constitucional.¹²

Por eso, con justa lógica, se ha calificado a la garantía en instrumental, maximizadora y gradual.¹³ De ello se deduce que un sistema de garantías adecuado será aquel que potencie en su mayor dimensión la tutela de los principios y valores más trascendentes del sistema jurídico en el que se

⁹ Ver Andres Gil Domínguez, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, p.89 y vta. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires

¹⁰ Ver Roberto Gargarella, La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial), Ariel, España, 1996.

¹¹ Ver Andres Gil Domínguez, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, ob. Cit. 9, p.28

¹² Ver Ferrajoli, Luigi, “Garantías constitucionales”, en Revista argentina de derecho constitucional, p. 46, n° 2, Ediar, Argentina, 2000.

¹³ Ver Peña Freire, Antonio Manuel, La Garantía en el estado constitucional de derecho, p. 57, Trotta, España, 1997.

inserten. Su naturaleza procesal o instrumental se basa en que sobre ella recaen bienes y objetos a los que tiene que proteger. Y es gradual, toda vez que nunca se garantiza todo o nada sino que hay grados de garantías.

Ahora bien, su existencia encuadra en la categoría de eficacia, es decir a mayor garantías de los derechos mayor eficacia del sistema jurídico o del modelo de estado querido y adoptado por determinado país.

Por último cabe señalar que la faz instrumental descripta tiene por único objeto dotar de eficacia a lo estructural (ámbito ,en el que ya se ha señalado, se determinarán las formas de producción del derecho y las sustancias constitucionales) pero nunca es posible desde lo instrumental – campo de validez – definir lo estructural.

3 La Supremacía Constitucional.

Previo a introducirnos a los sistemas de control de constitucionalidad y tratar de demostrar, en lo posible, que el sistema dual o paralelo de constitucionalidad es el que mejor encuadra en un Estado Constitucional de Derecho, en los parámetros ya definidos, es necesario revisar el concepto de supremacía constitucionalidad.

La supremacía constitucional denota que el texto constitucional no sólo es la ley fundacional de un estado sino que es la ley entre la leyes y que funciona como parámetro de validez de las normas inferiores o subconstitucionales.

Luego de la reforma constitucional de 1994, se ha desarrollado por gran parte de la doctrina y seguido en cierta medida por la Corte Suprema, el concepto de Bloque de Constitucionalidad.¹⁴

El Bloque de constitucionalidad conlleva la existencia de un conjunto normativo

¹⁴ Bloque de Constitucionalidad : Ver Sabsay, Daniel A y Onaindia José M., La Constitución de los argentinos, Errepar, Buenos Aires, 1995, Bidart Campos Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional, T. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000; Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, La Ley, Buenos Aires, 2001; Manili, Pablo Luis, El Bloque de Constitucionalidad (La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino), La Ley, Buenos Aires, 2003; Pizzolo, Calogero, Constitución Nacional, Eidicones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2002.

compuesto por el texto constitucional y una serie de normas internas (leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios, etc) a partir del cual determinan la regla de validez de las restantes normas inferiores.

Andrés Gil Domínguez, se aparta de dicho concepto por cuanto sostiene que es posible que existan jerarquías apriorísticas dentro del bloque.

Como solución propone, desde una postura neoconstitucionalista y con basamento en H.L.A. Hart,¹⁵ que la supremacía constitucional se define a partir de la “Regla de reconocimiento constitucional” que se estructura a partir de una confluencia de una fuente interna (texto constitucional) y de una fuente externa (ius cogen, instrumentos internacionales, costumbre internacional) en el que cada una de ellas conserva su estructura de validez propia. La adecuación de las normas inferiores surge del parámetro de validez de la fuente interna y del parámetro de aplicabilidad emergente de la fuente externa, y en el cual, por principio, no existen derechos ni jerarquías apriorísticas, sino que la base de partida es la igualdad de rango de todas las normas. Dicho autor, sigue señalando que, de darse el supuesto de conflicto normativo en el que no sea posible la armonización, el método de la resolución será la ponderación teniendo en cuenta los condicionamientos fácticos correspondientes y circunscribiendo la decisión exclusivamente al caso concreto.

Por lo tanto: es regla: porque configura un espacio normativo determinado. Es de reconocimiento, porque, previo a ser utilizada, reconoce las condiciones de validez de la fuente externa y combina, mediante la aplicabilidad, dicho producto normativo con la fuente interna, estableciendo el parámetro de verificación de validez de las normas inferiores. Y por último, es constitucional, ya que se le otorga su carácter de suprema y de aplicación directa.¹⁶

4 Sistemas de control de constitucionalidad.

¹⁵ Ver Hart, H.L.A., El concepto de derecho, p. 117 y ss, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.

¹⁶ Ver Andres Gil Domínguez, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, p. 24/34, Ediar, 2005, Buenos Aires.

Los sistemas de control de constitucionalidad se califican de diversas formas, según sea el criterio a seguir. Dadas sus derivaciones, en este trabajo sólo interesa, especialmente, el que atiende al órgano que ejercita el control, poniendo especial atención a su eficacia.

A grandes rasgos, pueden distinguirse tres modelos fundamentales:

Primer modelo (como ejemplo Estados Unidos): control a posteriori (por vía de excepción y, por lo tanto, in concreto, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Este sistema de control presenta dos características importantes. En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea aceptada o reconocida por los magistrados. Por otro lado, dentro de este sistema, la decisión de un juez – hasta un Tribunal Supremo- que declare la inconstitucionalidad de una norma, no produce efectos generales, sino sólo limitados a la controversia decidida. Por otra parte, conviene subrayar que los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, aunque teóricamente circunscriptos al caso concreto, producen efectos expansivos en todo el ordenamiento en el que esté vigente el principio Stare decisis, es decir, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes, en particular de los precedentes que dimanen de los tribunales constitucionales superiores.

El segundo modelo (puede ser Francia), se caracteriza por ser un control a priori (por vía de acción), y, por o tanto, in abstracto, ejercido por un Tribunal Constitucional – u órgano similar- . Este tipo de control, en teoría, impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control in abstracto no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

El tercer modelo (Alemania, Italia, España, entre otros), control a posteriori (por vía de excepción) y, por tanto, in concreto, ejercido por un Tribunal Constitucional. Este tipo de control, siendo a posteriori, no puede impedir la

entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional, que declara la ilegitimidad de una norma, está provista de efectos erga omnes, o efectos derogatorios generales. En otras palabras, la ley es expulsada del sistema jurídico definitivamente y ya no puede ser aplicada por magistrado alguno.

El modelo de control de constitucionalidad dual o paralelo.

Ante esta tricotomía de sistemas de control de constitucional originarios, surge, lo que una parte de la doctrina que ha estudiado con profundidad, el modelo dual o paralelo que supone la coexistencia y funcionamiento del modelo difuso y concentrado en virtud de la cual requiera como condición para su funcionamiento dos características esenciales: La primera que ambos sistemas no se crucen, en cuanto al órgano que lo ejerce y en cuanto a sus efectos, es decir que funcionen en forma paralela. Y, por otro lado, requiere que el órgano que ejerce el control difuso sea una institución integrante del poder judicial, mientras que el que ostenta el modelo concentrado sea un órgano externo al judicial.

Domingo García Belaúnde, define al modelo dual o paralelo –aunque, puede llamarse así indistintamente- a aquél que en un mismo país, un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano –difuso- y el modelo europeo –concentrado-, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.¹⁷

El modelo Peruano:

El referido autor, al analizar desde un punto de vista del desarrollo histórico del control constitucional en Perú, como en los sistemas de control que prevén las constituciones de los países latinoamericanos, ha concluido que los modelos señalados en el párrafo precedente, pueden ser llamados originarios, ya que nacieron con una relativa autonomía, fruto de especiales circunstancias y se

¹⁷ García Belaunde, Domingo, La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo, La ley, 1998 E, p. 1175, Buenos Aires, Argentina.

desarrollaron siguiendo una lógica interna, dentro de su contexto. Pero, de otro lado, y debido a las influencias que han recibido, ha ocurrido que los mismo no se han mantenido en su estado de pureza, ya que en su desarrollo has sufrido numeroso cambios y transformaciones, aunque sin perder sus características básicas siguen emparentados. Ahora bien, cuando las influencias recibidas son tan fuertes, el modelo deja de ser lo que es, y adquiere nueva fisonomía siendo en la práctica otra cosa. Es lo que se denominan sistemas mixtos, es decir, mezcla de dos o mas modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un producto de naturaleza derivada y que si bien no resulta ser enteramente autóctono y original, no por ello menos útil.

Para una mejor claridad la vigente Constitución del Perú reviste en materia de control constitucional las siguientes características.

- 1.- El llamado control difuso por parte de todo juez y en última instancia, de darse el caso, interviene el tribunal superior de dicho país.
- 2.-El llamado control concentrado por parte del “Tribunal Constitucional”, creado al margen y fuera del Poder Judicial y que entiende, en fallo definitivo y respecto a los resoluciones denegatorias suscitadas en sede judicial, en materia de corpus corpus, amparo, habeas data y la acción de incumplimiento.
- 3.-Resuelve, además, en forma exclusiva los conflictos de competencia o funciones que tengan o se produzcan en los órganos de estado que señala la ley.

En síntesis: El sistema de control difuso, a posteriori y en el caso concreto y con efectos Inter partes se le ha adicionado “casi en bloque” el modelo concentrado ya que la acción de inconstitucionalidad es típica del modelo europeo, se ejerce por vía de acción, es directa, principal, a posteriori y con efecto erga omnes, con la característica principal que ambos sistemas, al haberse respetado su lógica interna y autonomía originaria de funcionamiento, no se contaminan ni absorben.

El modelo Ecuatoriano:

Dentro de las constituciones de Latinoamérica, la Constitución de Ecuador es la que más se asimila a las características del modelo dual o paralelo contenido en la régimen peruano, ya que convergen en la misma estructura normativa los dos modelos de control antes descriptos, sin fusionarse ni desnaturalizarse. Cabe advertir, que si bien hay otras Constituciones de países latinoamericanos que poseen o sistemas originarios o derivados y mixtos propiamente dicho, su análisis pormenorizado nos llevarías una extensión que escapa al objeto de este trabajo.

6 El control de constitucionalidad argentino

El control de constitucionalidad en Argentina es difuso, ya que cualquier juez puede ejercerlo, aunque es la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que tiene la última palabra en esta materia, como intérprete fina de la Constitución,¹⁸ ya sea a través del recurso extraordinario federal o por vía de su competencia originaria o derivada. Se trata de un control no especializado y el mismo debe verificarse en el marco de un caso o contienda concreta y produce efectos derogatorios, respecto de la norma que se tache de inconstitucional, sólo respecto a las partes que intervinieron en el proceso.

La única limitación a la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, consiste en que la misma tenga lugar en una “causa” o “caso”.¹⁹ De allí que los jueces no pueden dictar sentencias con contenido general, abstractas, proyectando sus efectos erga omnes, por ser ello ajeno al ámbito de la competencia del Poder Judicial, que exige de la parte interesada demostrar un interés jurídicamente protegido, personal y concreto.²⁰

¹⁸ Ver Fallos: 310:1401 y 1771, entre muchos otros.

¹⁹ Con ello se quiere decir que como paso previo al estudio de la constitucionalidad de una norma, debe existir previamente como requisito sine cuanon la existencia de un caso real, de un pleito, de un juicio, por lo que significa que éstos deben ser procedimientos que, según la ley o la práctica judicial, puedan instituirse en los tribunales a los efectos del cumplimiento de su función de administrar justicia. Ver Esteban Ymaz –Ricardo Rey en “El recurso extraordinario”, pág. 42 y sus citas, Editorial Abeledo Perrot, 12 junio, 2002. Ver, asimismo, la doctrina sentada por la CSJN y publicada en Fallos: 115:163, 147:252; 156:81 y 318 y 190: 101, entre muchos otros.

²⁰ Ver Fallos: 321:1286, entre muchos, en autos: “Prodelco c/ PEN” y Fallos: 321:1355.

Las vías para promover un planteo de inconstitucionalidad en el orden nacional pueden identificarse como las de excepción, acción declarativa de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus y el recurso extraordinario federal, - el que vale aclarar- que en última e instancia extraordinaria hace posible el análisis de compatibilidad de normas inferiores a la Constitución con las de su texto. Dimana de tal regulación procesal constitucional que dichos instrumentos sólo pueden suscitarse en el marco de una causa o caso que, en expresión de nuestro mas Alto Tribunal son “aquellos en los que se prosigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas” motivo por el cual no hay causa “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones”.²¹

En esta línea de análisis no cabe perder de vista que le Máximo Tribunal viene admitiendo la posibilidad de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, sea cuando no hay pedido de parte y el juez se pronuncia en ese sentido – declaración de oficio en sentido total-, o bien, cuando lo hace con argumentos distintos a los del peticionante –declaración de oficio en sentido parcial-. Cabe destacar, que este actuar de oficio no significa habilitar per se a la propia instancia judicial para producir declaraciones en abstracto, sino sólo para el caso concreto y dentro de la instancia incoada por los interesados.²²

La doctrina de la Corte Suprema sentada en “Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina”,²³ ha sido, después de más de 60 años, modificada in totum por la jurisprudencia emanada en la causa “Mil de Pereyra”²⁴ y confirmada con el voto, en su composición mayoritaria, en “Banco Comercial de Finanzas”²⁵. Por

²¹ Ver Fallos: 307:2384, considerando 2º, sus citas, entre muchos otros. Y “Gomez Diez Ricardo c/ PEN – Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento”, ED. 1999-183-1163 y siguientes.

²² Sagües, Néstor, Pedro, El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en la Argentina: Prohibición, facultad o deber, ED, 1999- p.181-1092 y siguientes.

²³ Ver Fallos: 190:140

²⁴ Sentencia del 27/9/2001. En La Ley 30/11/2001, Suplemento de Derecho Constitucional

²⁵ Ver sentencia del 10 de agosto de 2002, C.S.J.N.

las razones comentadas, hoy ya no es discutible si los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, más aún, cuando tal atribución ha sido, en mi opinión, zanjada por el art. 43 de la C.N. referido al proceso de amparo, o bien por el art. 7º de la ley 23.098, en materia de hábeas corpus.

En resumen: puede señalarse que sea por las vías previstas en la Constitución Nacional, en la Doctrina sentada por la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad o en las leyes, el control de legalidad constitucional de las leyes, en principio y como regla,²⁶ sólo puede darse en el marco de una causa, por vía de excepción, produciendo efectos vinculantes, en el caso de darse la tacha de inconstitucionalidad de una norma, circunscriptos a la controversia decidida. Basta, en términos del maestro Germán Bidart Campos, que la parte justiciable necesite, de acuerdo al derecho vigente, que el tribunal emita un pronunciamiento que encuadre y decida un caso real y concreto dentro de ese derecho vigente, sea ello para dirimir pretensiones controvertidas, sea para resolver situaciones o relaciones inciertas o dudosas, sea para otorgar eficacia a determinados estados o relaciones jurídicas.²⁷

7 La variante del control abstracto de constitucionalidad en su versión restringida.

Cabe señalar, en primer término, que este tipo de proceso, pertenece a los sistemas de control político jurisdiccional o concentrado, o en aquellos sistemas mixtos – a los que ya nos hemos referido anteriormente-, y cuya nota característica es que quién plantea la acción para obtener la tacha de inconstitucionalidad de la norma no es un afectado diferenciado o directo, es más, hasta puede no tener afectación de ninguna clase. Ahora bien, el

²⁶ Esto es así, ya que, como lo explicaremos más adelante, la CSJN ha admitido el control abstracto de constitucionalidad, por vía de acción, respecto a determinadas asociaciones y al Defensor del Pueblo, en el marco del art. 43 de la Constitución Nacional.

²⁷ Bidart Campos, Germán, La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 182

pronunciamiento que al respecto obtenga debe tener efecto derogatorio general –erga omnes-.

Sin perjuicio de ello, no fue una tarea fácil admitir el control de constitucionalidad por vía de acción en nuestro régimen federal. Nuestro mas Alto Tribunal, tras una fuerte oposición a admitir este tipo de acciones, las va a consagrar en forma amplia y contundente ²⁸

En este sentido la doctrina de la Corte Suprema, sólo admitía el control de constitucionalidad concreto, en su variante meramente declarativa o de condena. Pero su doctrina constante era negatoria en forma profunda respecto a la acción directa reconocida en la mayoría de los regímenes provinciales, por lo que la acción abstracta resultaba una herramienta procesal ajena al diseño de su propia jurisprudencia.

Pero a partir de la reforma constitucional de 1994 y en virtud de novedosos criterios imperantes en la Corte, dicha doctrina opositora a la acción abstracta cedió espacio, admitiéndose, finalmente, sus dos versiones: la restringida y la denominada acción popular, que vale aclarar, ya habían sido difundidas y promovidas por la genialidad aguda tanto de Bidart Campos, Germán²⁹ como de Sagües, Néstor³⁰. La acción abstracta en su versión restringida fue vertebrada en el marco de una serie de fallos emanados del Alto Tribunal en donde, únicamente, por vía del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional se le reconoce o, mejor dicho, se legitima a determinadas asociaciones especiales y, aún, al Defensor del Pueblo, determinados planteos por ellos realizados.

En efecto, ello es así toda vez que de los precedentes “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina” ³¹ y de

²⁸ Ver Maximiliano Toricelli, El Sistema de Control Constitucional Argentino, p. 203/230, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 2002.

²⁹ Bidart Campos Germán, José, ¿hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?, El Derecho: 123:423; La Acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad”, La Ley 154:517.

³⁰ Sagües, Néstor, Pedro, Recurso Extraordinario, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1992, 3º, edición actualizada y ampliada, p. 122.

³¹Ver “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A.) c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos:320:691

“Asociación Benghalensis “. ³² como de “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” ³³ y “Sindicato Argentino de docentes Particulaes” ³⁴, entre otros, la Corte ha reconocido legitimación, en forma sucesiva, a dichas entidades por ser titulares de ciertos derechos fundamentales de incidencia colectiva, tales como, la salud, derechos políticos y la debida defensa judicial de trabajadores por parte de sus asociaciones gremiales. En cuanto al Defensor de Pueblo, si bien había sido rechazada su participación en diversas causas, ³⁵ a partir del precedente “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. CP.E.N.C. Mº E. dto. 1738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento”, admitió que dicho órgano no sólo estaba legitimado para interponer acciones en el marco de las previsiones contenidas en el art. 43 de la Ley Fundamental, sino que, además, podía utilizar las restantes vías ordinarias previstas en el régimen procesal nacional. ³⁶

8 La recepción de la acción abstracta en su versión popular.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitió la legitimación popular, aunque la restringió a situaciones particulares, como es, por un lado, el amparo colectivo, y de otro, el habeas hábeas colectivo. Tanto en el precedente “Mignone”³⁷ como en la causa “Verbitsky”,³⁸ el mas Alto Tribunal

³² Ver sentencia de la CSJN del 1 de junio de 2000, “Asociación Benghalensis y otra c/ Estado Nacional”

³³ Ver Sentencia de la CSJN, del 18 de diciembre de 2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud”, La ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 24-05-2004.

³⁴ Ver Sentencia de CSJN, del 4 de julio de 2003, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares s/ A.DO.P. c/Poder

³⁵ Ver sentencia de la CSJN del 21 de marzo de 1995, “Frias Molina Nélica c/ Intituto Nacional de Prev. Social – Caja Nac. De Prev. De la Ind. Y Comercio y Act. Civiles”, La Ley, 1995, - C- 357; Ver Sentencia de CSJN del 23 de septiembre de 2003, “Mondino, Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación)”, La Ley, 2003-F-342 y en Sentencia de la CSJN, del 18 de diciembre de 2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud”, La ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 24-05-2004.

³⁶ Ver “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. CP.E.N.C. Mº E. dto. 1738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 24 de mayo de 2005. La ley 2005-C- 22-06-05.-

³⁷ Ver sentencia de la CSJN del 9 de abril de 2002, “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, S.C: M. Nº 1486, L. XXXVI y M. 1491, L. XXXVI.- En este Caso Mignone, en su condición de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales, había interpuesto acción de amparo a los fines de obtener la declaración de inconstitucional del art. 3 inc d) del código Electora Nacional en tato excluía de votar a los detenidos por orden de juez competente, mientras no recuperen su libertad.

reconoció a determinada asociación (CELS) la legitimación especial, prevista en el cuarto párrafo del artículo 43 de la Ley Fundamental. Corresponde meritar que ambas sentencias en su parte resolutive, además de la inconstitucionalidad declarada, ordenan, respecto al caso Mignone, al Congreso legislar y al Poder Ejecutivo, reglamentar, dentro de un plazo determinado; y en cuanto a Verbitsky, establece obligaciones genéricas a cargo del Estado provincial en materia de política penitenciaria. Dicha actitud, por parte del Tribunal Superior que imparte justicia y en el marco de nuestro ordenamiento procesal constitucional, era novedosa, aunque hoy dicha modalidad de reenvío o mandato de cumplimiento constitucional ha sido reiterado en precedente “Mendoza” y “Badaro”, con características más moderadas, pero mandato al fin. Por último, resta señalar, que denominador común a ambos procesos es que se acciona a favor de una indeterminación de personas; no se trata de un clásico amparo o habeas corpus en beneficio de una persona en particular, sino de una típica acción popular.

Como conclusión de las cuestiones desarrolladas en los puntos 6, 7 y 8, cabe señalar que la evolución de nuestro sistema de control de constitucionalidad federal, por un lado, denota aspectos positivos y alentadores, y de otro, demuestra cierta incoherencia en lo que hace a su operatividad.

Ello es así, por cuanto como lo hemos explicitado anteriormente, se ha avanzado en el control de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces. Tampoco puede negarse que la acción de inconstitucionalidad sentada sobre una categoría de “proceso constitucional”, así definida por nuestro Alto Tribunal, ha crecido en lo que a la acción concreta tanto en su variante “meramente declarativa” como en su versión de “condena”. Pero, por otro lado, cabe advertir que dentro de este sistema de control federal, ha adoptado

³⁸ Ver Verbitsky, Horacio s/ corpus corpus” S.C. V. n° 856, L. XXXVIII, sentencia de CSJN del 3 de mayo de 2005. En esta causa, Horacio Verbitsky, como integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpuso acción de habeas corpus, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alejamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

la acción de inconstitucionalidad abstracta, desde su versión restringida hasta su versión popular. En este sentido, corresponde señalar que, si bien, la admisión de dichas acciones han oxigenado y tutelado en forma efectiva los derechos humanos fundamentales, cuando les cupo actuar, no es menos cierto que se ha adicionado a nuestro sistema de control difuso federal, institutos que, por su propia lógica de funcionamiento interno, son naturales del sistema de control concentrado, lo que demuestra en la práctica que, dichas variantes o transformaciones sufridas, en nuestro sistema de control – aún admitiendo que haya perdido su estado de pureza y que el mismo desde su propio funcionamiento sea incoherente –no ha abandonado sus características básicas.

9. Hacia un control dual o paralelo en nuestro ordenamiento jurídico. Una propuesta: La acción directa de Inconstitucionalidad en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El control de constitucionalidad dual o paralelo que rige en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³⁹

Creo que, ante la explicitada incoherencia de funcionamiento de nuestro sistema de control federal, el sistema dual o paralelo definido en la Carta Magna de la Ciudad de Buenos Aires, propone una alternativa que, desde el plano de la teoría como desde su funcionamiento, congenia como instrumento de garantía respecto de los derechos humanos y fundamentales en un “Estado Constitucional de Derecho” en los términos que ha sido definido en el primer y segundo punto de este trabajo.

Queda reservado a la actividad política imponer o tratar de elevar este sistema de control a nivel federal, ya que el mismo sería posible por vía de reforma de nuestra Ley Fundamental. Pero no por ello, le quita fuerza a las corrientes y opiniones de ciertos doctrinarios y especialistas del derecho constitucional que,

³⁹ De ahora en adelante se abreviará : C.C.B.A.

con la finalidad de que nuestra constitución se impregne en todo el ordenamiento jurídico a fin de fortalecer el ejercicio de los derechos humanos y fundamentales, vean a este sistema de control dual como un instrumento que, desde su naturaleza instrumental garantista, ofrezca una mejor alternativa al sistema de control difuso que actualmente rige en nuestro país, para la defensa de la supremacía constitucional.

El inciso segundo del art. 113 del la CCBA dispone que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer “Originaria y exclusivamente en la 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 rarifique 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 constitucionalidad ejercido por todos los jueces o por el Tribunal Superior”.

De una simple lectura observamos que en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires coexisten dos tipos de control de constitucionalidad. El primero es sustancialmente análogo al que impera en el sistema federal –difuso-, por cuanto todos los órganos de la Ciudad con facultades jurisdiccionales y ante la existencia de un caso o causa, ejercen el control de constitucionalidad tanto sobre normas locales como nacionales. En cuanto al segundo tipo de control, y que opera por acción declarativa de inconstitucionalidad, es de carácter concentrado, ya que lo ejerce de manera exclusiva el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

Andrés Gil Domínguez,⁴⁰ define a la acción de inconstitucionalidad como “una acción abstracta pura que tiene como objeto esencial preservar la legalidad constitucional y, a la vez, constituye una de las más genuinas manifestaciones

⁴⁰ Ver, Gil Domínguez Andrés, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, régimen procesal. Derecho Procesal Constitucional, pag. 119, La Ley 2001.

de la democracia participativa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”.

Tanto el referido doctrinario⁴¹ como Víctor Trionfetti,⁴² tomando como punto de partida la naturaleza mixta o dual del control de constitucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han caracterizado y definido con claridad la lógica de su funcionamiento interno. En este sentido señalaron que:

a) El control de constitucionalidad a través de la acción directa de inconstitucionalidad es de carácter abstracto: no comprende situaciones jurídicamente individualizadas. El control de constitucionalidad que se realiza a través de esta acción no resuelve –al menos directamente- conflictos intersubjetivos sino conflictos internormativos. No debe existir caso: es requisito de admisibilidad que la acción no incorpore un caso. El carácter abstracto de la acción se traduce en la atenuación de las notas jurisdiccionales y la intensificación de la actuación del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional. Su carácter abstracto no implica que posibilite el planteamiento de una cuestión vacua, académica o falta de actualidad, es más, es posible la admisión de alguna actividad probatoria. Además, constituye una de las formas de participación que consagra la CCBA, porque todas las personas vinculadas al orden jurídico de la Ciudad tienen derecho a la defensa de la legalidad sin tener que acreditar – como requisito de legitimación – la existencia de una situación jurídica relevante que los involucre en forma directa.

b) Las normas jurídicas que se pueden cuestionar a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad deben ser locales y de carácter general.

c) En dicha acción, la sentencia que invalida una norma jurídica provoca la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico y su consecuente su pérdida de vigencia. Esta última situación de derecho depende de que la legislatura no la ratifique dentro de los tres meses. La CCBA exige que la ratificación

⁴¹ Ver, Gil Domínguez Andrés, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, régimen procesal. Derecho Procesal Constitucional, pag. 121/122, La Ley, 2001.

⁴² Ver Trionfetti, Víctor; Acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, pag. 109/112, en revista de doctrina N°2 del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Ver, asimismo, Gusman, Alfredo Silverio, “Competencia de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires”, Dicciones Rap, Doctrina Pública Federal, 2006, Buenos Aires, Argentina. Dicho autor ha desarrollado con claridad expositiva, la competencia en lo contencioso administrativo en la Ciudad de Buenos Aires.

legislativa debe realizarse por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. De lo contrario, ésta queda definitivamente expulsada del sistema jurídico y ninguna autoridad local podrá en lo sucesivo aplicar la norma tachada de inconstitucionalidad. Por último, la ratificación de la ley no altera sus efectos en el caso concreto, esto implica que, por un lado, la norma en cuestión pueda ser observada por vía del control jurisdiccional difuso o en futuros procesos en donde la ley pueda ser cuestionada, y de otro, el propio Tribunal Superior puede, por vía recursiva, declarar la inconstitucionalidad de una ley local invalidada por la acción declarativa y ratificada posteriormente por la legislatura.

A modo de síntesis, podemos deducir que las características principales que reviste la acción declarativa de inconstitucionalidad son las siguientes:

a) jurisdiccional, b) concentrado; c) posterior, d) vertebrado sobre el principio rogatorio o impulsorio, e) con cosa juzgada constitucional con efecto erga omnes ex nunc y d) salvo de que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses posteriores a la emisión de la sentencia por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

No resulta ocioso, finalmente, mencionar que la Ley N° 402, reglamentaria del régimen instaurado por el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a pesar de la negativa por parte de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, le ha otorgado amplia legitimación a la Defensoría de Pueblo, como a “toda persona jurídica” para el ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Sólo resta señalar, que al proponer llevar a nivel federal el modelo que rige en materia de control de constitucionalidad en el ámbito de la CCABA, además de incluir la legitimación activa para el ejercicio de dicha acción directa al Defensor del Pueblo, tendría que habilitarse también, al Defensor General de la Nación – Ministerio Público de la Defensa- y al Procurador General de la Nación – Ministerio Público Fiscal - instituidos en nuestra reforma de 1994.-

Ventajas que arroja el sistema de control dual o paralelo en un Estado Constitucional de Derecho.

a) Cabe precisar que, de la manera en que ya lo describimos anteriormente, dicho sistema de control mixto al funcionar en forma paralela, -lo que conlleva a que tanto el control difuso como el concentrado se desarrollan en el marco de su propia lógica interna, sin que los mismos se crucen,- importa fortalecer la jurisdicción constitucional en materia de supremacía constitucional. Además, de esta manera se produce una retroalimentación de los dos modelos de control lo que lleva a una consecuencia lógica y necesaria del propio sistema de control, cual es, aquella tendiente a purificar el ordenamiento subconstitucional.

b) fortalece la democracia participativa: Esto implica que al lado del sistema representativo en crisis hace muchos años⁴³, la democracia participativa no intenta sustituirlo sino complementarlo. Frente al ritual del voto y la enajenación de la capacidad política hasta la próxima elección, la democracia participativa aspira a que los ciudadanos dejen de ser simples espectadores de las políticas y rumbos de gobierno para comenzar a ser protagonistas de las decisiones colectivas a través de mecanismos permanentes de actuación sobre la cosa pública.

Gil Domínguez, Andrés sostiene que “el punto clave para entender al sistema jurisdiccional está dado por la democracia participativa y el modelo dual o paralelo en el cual los intereses particulares son superados por la defensa abstracta de la legalidad constitucional. No se limita a actuar en casos concretos, sino que el radio jurisdiccional se expande a los casos constitucionales⁴⁴ en los que cualquier persona –más allá de su interés

⁴³ Ver Miller, Jonathan, “Control Judicial de Constitucionalidad y estabilidad institucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina”, Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella, vol. 1, n.2, año 2000.

⁴⁴ Ver Gil Domínguez Andrés, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, régimen procesal. Derecho Procesal Constitucional, pag. 158/159, La Ley 2001. Dicho autor sostiene que cuando se ejercita la acción directa de inconstitucionalidad, no se requiere la existencia de un caso o causa, que se exige para la viabilidad del sistema de control difuso, sino que se configura un caso constitucional cuyas

personal- pone en marcha la jurisdicción constitucional – en beneficio de toda la comunidad- con el objeto de preservar la supremacía constitucional.

c) Evita el incremento de la litigiosidad:

Esto implica que el control abstracto de constitucionalidad – tal como ha sido previsto en la CCBA, opera como una tutela preventiva ante la afectación de principios y preceptos constitucionales, circunstancia ésta, por lo que evita la reiteración de violaciones concretas e individuales de derechos, y con ello la multiplicación en el futuro de reclamos análogos ante los tribunales.⁴⁵

d) Se trata de un mecanismo constitucional complementario.

Ello es así toda vez que la acción directa de inconstitucional actúa como herramienta alternativa al control difuso de constitucionalidad. En este sentido importa incorporar o adoptar un mecanismo constitucional complementario, mas no sustitutivo del control difuso que impone el artículo 31 de la Constitución Nacional.⁴⁶

e) Supera las teorías contramayoritarias atribuidas al control de constitucionalidad ejercidas por los jueces, los que además, carecen del valor epistémico suficiente para titularizar la última palabra.

Cabe destacar que el desarrollo de las teorías que le atribuyen al Poder Judicial un “poder contramayoritario” desbordaría los límites de este trabajo. Sin perjuicio de ello, y en términos generales, se puede decir, brevemente, que esta tesis tiene su basamento en que los jueces no son elegidos directamente por el voto popular ni responden por sus decisiones ante él a través de la

características destacados son: a) resuelve cuestiones abstractas, b) no existen dos partes en función contradictoria, c) se defiende la legalidad constitucional, es decir, la adecuación de normas generales locales a un bloque de constitucionalidad que sirve como parámetro o canon de control y d) los efectos del caso se expanden en toda la comunidad.

⁴⁵ Ver TSCBA, SAO, Expedientes 32/99, 33/99 y 34/99, “Ortiz BAsulado, Susana Mercedes y otra c/ Gob. De la Ciudad de Bs. As. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, “Murphy Diana María c/ Gob. De la Ciudad de Bs. As. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y “Lopez, Aleonada, José M. (h) c/ Gob. De la Ciudad de Bs. As. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del voto en disidencia de la Dra. Ruiz. Fallos STJCBA, Tomo I, año 1999, pág. 76, Ad-Hoc, Argentina., 2001.

⁴⁶ Ver Voto de la Jueza Ruiz: en sentencia del TSJCBA, el 16-12-2004, en los autos: “Macbar S.R.L.”

deliberación colectiva producto de una sociedad democrática, y por ende su legitimidad no sólo es indirecta -no elegidos por autoridades democráticas- sino que además, se pierde con el transcurso del tiempo –dado que al ser los cargos vitalicios al cambiar el consenso que pudo haber tenido alguna influencia en su designación, ha mutado con el transcurso del tiempo.⁴⁷

Ahora bien, sin perjuicio de tales opiniones y corrientes doctrinarias, pienso que con el sistema del reenvío se demostró querer superar la postura “contramayoritaria” y, además, agregar un novedoso instrumento a la democracia participativa.⁴⁸

Conclusión: El presente ensayo a tenido como objeto principal, sentado sobre una visión neoconstitucionalista “en “ en la Constitución y “dede” la Constitución y a fin de que nuestra Ley Suprema no sea un intento absurdo de limitar al poder de las mayorías coyunturales que por esencia es ilimitable en los sistema de gobiernos democráticos, poner de resalto, con cierta agudeza, la alternativa que ofrece el sistema dual o paralelo –desde su concepción más pura y tal cual ha sido descrito por García Belaunde, al describir el sistema de control de constitucionalidad Peruano, pasando por el modelo análogo que actualmente rige en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, como sistema de control que permita asegurar con mayor completitud y eficacia la defensa de nuestra Constitución Nacional.

⁴⁷ Ver Nino, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, p. 141, pag. 683. Existen otros fundamentos que alimentan la tesis contramayoritaria del Poder judicial. Entre ellas está la que sostiene que: a) Por la rigidez de la constitución, el Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de una reforma constitucional) la decisión del juez de declarar inconstitucional una ley, toda vez que la constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento más gravoso, y b) Esta postura radica en la controvertibilidad interpretativa de la constitución –especialmente en materia de derechos y libertades- dada la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos y de colisiones entre las diversas disposiciones (Ver Ferreres Comella, Victor, “Justicia Constitucional y Democracia”, pág. 42/52, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997. Ver. también a Moreso, José Juan, en “La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución, pag. 233, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997, este último autor ha analizado y ponderado con suficiente claridad, las tendencias y variables de la corriente contramayoritaria).

⁴⁸ Ver Gil Domínguez Andrés, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, régimen procesal. Derecho Procesal Constitucional, ob. Cit. 37, pag. 170/177.

***“Los Derechos no valen, sino lo que valen
son sus garantías”.***

H.L. HART, the concept of law,
Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 176 .