

De la responsabilidad del Poder Judicial de ejercer el control de inconstitucionalidad*

Por María M. Moreno Terrero

“No existe ningún poder del que no haya que responder...
no existe un poder humano del que nadie sea responsable”.
Guardini, Romano, *El poder. Un intento de orientación*

Proposición

En virtud del sistema institucional democrático impuesto por la Constitución nacional, los argumentos vinculados a razones de tinte procesal, amén de su jerarquía constitucional, resultan inoponibles a la responsabilidad que la misma norma coloca en cabeza de todos los jueces y ministros integrantes del Poder Judicial: la de efectuar el control de inconstitucionalidad de oficio, o sea sin que medie solicitud expresa de la parte. Esta última no tiene la obligación constitucionalmente impuesta ni la carga procesal de velar por la coherencia del sistema y supremacía constitucional. El “poder” del Poder Judicial radica en el ejercicio del control sobre los demás poderes, que se ejerce por medio del control de constitucionalidad tanto de oficio como a pedido de parte, y es por este poder que debe responder ante la sociedad toda.

1. Introducción

Nuestra Carta Magna consagra la forma republicana, democrática y representativa para la organización de la Nación Argentina. Y es en el sistema caracterizado por esta tríada en la que se desenvuelven los juegos de interrelación de los poderes. Este es el ámbito donde se desarrolla y en el que debe analizarse la noción de control de inconstitucionalidad de oficio.

La cuestión propuesta encierra el debate acerca del control que entre los tres poderes exige el sistema democrático, de su separación y de la legitimación del Poder Judicial para realizar este control “sin que nadie se lo pida” y por sobre cuestiones procesales.

Cuando se discute o argumenta la noción de “sentido contramayoritario” del Poder Judicial, se discute y argumenta *legitimidad y control*: ¿es válido que el Poder Judicial controle a los demás poderes, democráticamente dotados de legitimidad directa y en origen?

Doctrinalmente, se esgrimen en contra de la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio argumentos tales como la violación a la garantía de defensa en juicio, el principio de congruencia, etcétera.

En el marco aquí planteado –es decir, la forma de organización institucional de la Nación Argentina–, argumentos de esta índole son mutilados y pierden el vigor

* Extraído de la ponencia presentada al V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008. [Bibliografía recomendada.](#)

que los caracteriza en discusiones de materia procesal, donde son el as de la baraja que pone en jaque cualquier otra, frente a las funciones del Estado y el rol institucional del Poder Judicial de lo que se desprende como ineludible la validez constitucional (explícita o implícita según nos apeguemos al texto de la norma o no) del control de constitucionalidad de oficio y la innegable responsabilidad de ejercer este poder que cabe al mencionado Poder Judicial.

2. El control del poder

El constitucionalista Bidart Campos sostiene que la división de poderes fue concebida como una garantía que responde a una ideología de seguridad y control. Así, para proteger derechos individuales se organizó una “estructura de contención del poder” separando las diversas funciones de gobierno en departamentos para evitar la concentración de aquél en manos de unos pocos individuos¹.

El concepto de democracia conlleva implícito el de división de poderes y el de control sobre la gestión de los órganos de gobierno. Este control sobre los poderes públicos es inherente a la noción de órgano del sistema democrático, único e inequívoco: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Si no existe control de la actividad estatal, la Constitución no alcanza su plena potencia, no puede desplegar su fuerza normativa, no se le permite hacer llegar sus beneficios y sus garantías a todos por igual².

Así, el control es un elemento inseparable del sistema de poder que consagra la Constitución nacional.

Señala Valadés que en ámbito del sistema constitucional democrático el poder debe estar distribuido, regulado, limitado, ser accesible, predecible, eficaz y estar controlado, control que debe equilibrarse en la necesidad de verificar formas de acción³.

La calificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y que éstos, a su vez, estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder⁴.

3. En consecuencia, el control de constitucionalidad

Los instrumentos de control como manifestación del poder son parte del poder. El control de constitucionalidad es una forma de manifestación de la facultad-deber de control sobre los demás poderes que pesa sobre el Poder Judicial, de manera irrenunciable ya que se trata de una imposición sistémica.

¹ Bidart Campos citado por Verbic, Francisco, en *Procesos colectivos*, Bs. As., Astrea, 2007, p. 270.

² Gagliardi, Lorena - Muchnik, Daniel y otros, *Control, medios de comunicación y calidad Institucional*, Bs. As., Asociación del Personal de los Organismos de Control, 2007.

³ Valadés, Diego, *El control del poder*, Bs. As., Ediar, 2005.

⁴ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 140.

Su ejercicio es una responsabilidad ineludible. El control político del poder se vincula con la responsabilidad pública: la responsabilidad individual que recae sobre cada servidor público con motivo del desempeño de un cargo oficial, en tanto y en cuanto ejerce funciones constitucional y legalmente reguladas.

Sabido es que tal control ha sido confiado a los jueces de cualquier jerarquía o fuero, “pero tal eminente atribución que tienen los jueces debe ser ejercida con la necesaria prudencia que exige toda atribución a los órganos del poder”⁵ pues ha sido la Corte Suprema de la Nación en calidad de intérprete última del texto constitucional y cabeza política del Poder Judicial quien definió las pautas de este mecanismo afirmando en un fallo que “es elemental en nuestra organización, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella”⁶.

Esta cita contundente explicita claramente que el control es deber de los agentes judiciales del sistema, sin distinguir que medie o no pedido de la parte. Parte que no tiene la obligación de instar tal control, pues sólo debe alegar y probar los hechos y es el juez quien, en virtud del principio imperante *iura curia novit* determina el derecho aplicable y, una vez determinado, debe analizar la constitucionalidad de su aplicación concreta en la solución al caso propuesto. ¿Quién mejor que el juez, llamado a ser tercero imparcial, determinará el derecho aplicable para ejercer este control, que de hecho debe realizar en cada caso a resolver, en la instancia de decidir el derecho aplicable, a fin de no crear una norma particular para el caso que devenga inconstitucional?

4. El argumento contramayoritario

Al decir de Crisafulli, actualmente en el sistema democrático los dos poderes existentes son el de gobernar (que incluye la función normativa), que corresponde a la mayoría, y el de controlar, que compete a la minoría.

La mención a Crisafulli remite casi de manera impuesta al denominado “argumento contramayoritario”, que analiza en detalle Gargarella⁷.

Pone de resalto este autor la “tensión” que se genera en el sistema institucional cada vez que los jueces ejercen el control de constitucionalidad, de oficio o a pedido de parte: ¿cómo ellos pueden anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo y prevalecer sobre la voluntad de esta mayoría?

Este argumento del carácter contramayoritario o antidemocrático del Poder Judicial y de los jueces que lo integran no es más que el cuestionamiento a la menor legitimidad de origen del poder del juez (el órgano con menor legitimidad democrática dentro del esquema de división de poderes, que impone su autoridad a todos). Sólo se esgrime cuando lo confrontamos con el ejercicio del poder en relación con

⁵ Haro, Ricardo, *El control de oficio de constitucionalidad*, Bs. As., Zavalía, 2003.

⁶ CSJN, “Municipalidad de la Capital c/Isabel de Elortondo”, *Fallos*, 33:194.

⁷ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 2003.

“controlar normas” (en sentido genérico) emanadas de los otros dos poderes o cuando se confronta con otro mecanismo “más democrático” como la iniciativa ciudadana en la promulgación de normas, pero que pareciera no molesta cuando se trata de dirimir conflictos entre particulares (que es función esencial del Poder Judicial) y tornar operativos derechos constitucionales.

Excede al presente el análisis exhaustivo de este punto, destacando a los fines de la línea argumental que sustenta la proposición y conclusiones a las que se arribará, el argumento “Hamilton-Marshall” que reafirma la posibilidad de control judicial de constitucionalidad en virtud de implicar tal labor la reafirmación de la supremacía constitucional, que los jueces se encuentran forzados a procurar.

5. De la necesidad de legitimación “a posteriori” del Poder Judicial

Esta objeción democrática se plantea razonable al considerar que el origen y el fundamento histórico del sistema constitucional democrático representativo nacional, conlleva en su esquema este sentido contramayoritario que se le endilga al Poder Judicial como integrante de la tríada de poderes de nuestra organización estadual.

Aquí entran en el juego y se entrecruzan el alcance de los conceptos de democracia, representatividad, legitimidad y poder.

En esta tesitura, referencia Valadés la tesis de Guglielmo Ferrero, quien propone la clasificación de los sistemas políticos según su legitimidad, la que cataloga avanzando según su teoría en “prelegitimidad” y “cuasi legitimidad”⁸.

Así, la prelegitimidad se produce cuando el poder tiene un origen legítimo pero la sociedad no lo admite ni le presta obediencia, y el cuasilegítimo cuyo origen no es legítimo pero goza de aceptación pública como si lo fuera.

A modo de “subsanción” de la objeción a la legitimidad democrática de origen del Poder Judicial, cabe ubicarlo en esta clasificación como un poder cuasilegítimo: es indudable que (pese a la crisis que atraviesa el servicio de justicia) goza de la aceptación pública y del reconocimiento como tal de los demás integrantes del Poder y de los miembros de la sociedad, que recurren a él para dirimir sus conflictos y le exigen una pronta solución y la tutela efectiva y en tiempo razonable de sus derechos.

Esta falta de legitimidad democrática de origen devenida en cuasilegitimidad impone el deber del Poder Judicial de realizar el control de constitucionalidad y velar por la operatividad (en el sentido vulgar de la palabra) del sistema constitucional, ya que la legitimidad es fundamental en el ejercicio del poder y el control político es un elemento de legitimidad.

La responsabilidad de ser guardián y garante de la constitucionalidad de los elementos integrantes del ordenamiento, se erige en mecanismo de legitimación del poder endilgado a los jueces. Por medio de sus sentencias y del ejercicio de sus funciones procuran consenso democrático y en virtud del ejercicio del control del poder transforma la cuasilegitimidad en legitimidad buscando su preservación.

⁸ Valadés, *El control del poder*.

Otros autores, como el constitucionalista Gil Domínguez, esbozan el concepto de legitimidad democrática indirecta del Poder Judicial, que deviene de una Constitución democráticamente aprobada. La democracia constitucional supone que los órganos de poder actúen dentro de sus límites, lo que resulta posible siempre y cuando haya controles políticos y jurídicos eficaces. “Controlar al poder es un acto de poder”⁹.

6. El rol de los tribunales superiores, extensivo a los inferiores

En relación con el rol institucional asignado al Poder Judicial por medio del ejercicio de control sobre los otros poderes, Masciotra sostiene fehacientemente y en concordancia con la cita jurisprudencial que la misión institucional de la Corte Suprema no se reduce exclusivamente a ser un mero tribunal de justicia que dirime conflictos entre partes, sino que a propósito o con ocasión de tales planteamientos actúa como un poder del Estado, revistiendo el importante rol de actor político de la sociedad argentina¹⁰.

A su vez, Morello enseña que el alto tribunal ejerce siempre una calificada y necesaria actividad político-institucional como preservador de las garantías constitucionales pues concurre con su rol de engranaje clave que opera de reaseguro del sistema político¹¹.

Reconociendo la especial calidad en cabeza del máximo tribunal que ha sido, intérprete último de la Constitución nacional, este rol político institucional, cobra igual papel y responsabilidad en relación con el ejercicio del control de la máquina de poder que le caben a los jueces inferiores.

Masciotra expresa “a propósito o con ocasión”, independizando al juez del pedido expreso y manifiesto de la parte, pues en ocasión de sus funciones actúa como integrante del poder político y debe controlarlo.

Es preciso que el Poder Judicial asuma esta responsabilidad de ejercer los controles republicanos y de división de poderes para que no se suplan por otros mecanismos informales, no queridos por el sistema.

7. Garantías procesales versus sistema de organización institucional

Tal como se sostiene en la proposición del presente, en virtud del sistema institucional democrático impuesto por la Constitución nacional y con los alcances y puntos destacados a lo largo de la exposición, los argumentos vinculados por razones de tinte procesal, amén de su jerarquía constitucional, resultan inoponibles a la responsabilidad que la misma norma coloca en cabeza de todos los jueces y ministros integrantes del Poder Judicial: la de efectuar el control de inconstitucionalidad de oficio, aun cuando no medie solicitud expresa de la parte.

⁹ Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005.

¹⁰ Berzonce, Roberto O. - Hitters, Juan C. - Oteiza, Eduardo D. (coords.), *El papel de los tribunales superiores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

¹¹ Morello, Augusto M., *Constitución y proceso*, La Plata, Platense, 1998.

Esta última no tiene la obligación constitucionalmente impuesta ni la carga procesal de velar por la coherencia del sistema y supremacía constitucional.

La constitucionalidad de las normas fomenta la seguridad jurídica y fortalece la eficacia del ordenamiento jurídico, de manera que el juez en la misión de afianzar la justicia y lograr la paz social que encomienda el Preámbulo y en el camino de la defensa de la constitucionalidad y robustecimiento del sistema no debe encontrarse con obstáculos tales como la falta de impulso de la parte para el ejercicio de este control, en virtud del interés público superior.

8. Conclusiones

La Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y es ese límite el que deben controlar los jueces en pos de garantizar su eficiencia.

El control de constitucionalidad de oficio surge como un mecanismo de legitimación y justificación del sistema de poder establecido que constituye al Poder Judicial como controlador de los mecanismos institucionales del sistema republicano democrático y representativo.

Es inescindible el debate entre la legitimación del Poder Judicial vinculada al “sentido contramayoritario” y el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio: la discusión gira en torno al poder y su control. Posicionándonos a favor o en contra del argumento contramayoritario, nos habremos posicionado de igual manera a favor o en contra de la facultad-deber que le cabe a los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de oficio.

Esbozar argumentos de tinte procesal cuando lo que está en juego es la operatividad del texto mismo que las garantiza suena inconsistente. La preclusión, la congruencia, etc., son derivados de garantías constitucionales que no se pueden oponer como obstáculos a mecanismos tendientes a garantizar la Constitución que en sí las consagra.

A mayor abundamiento, no pesa sobre la parte la obligación legal de velar por la supremacía constitucional ni por la vigencia de su letra. No es posible ni lógicamente sostenible establecer como presupuestos del control de constitucionalidad que la parte advierta el conflicto constitucional y que deba instar al juez a verificarlo y resolverlo; en tanto podría, habiéndolo advertido, no solicitar su control colocando al juez en posición de tener que tolerar la inconstitucionalidad con la que se topa, lo que resulta claramente inadmisibile.

El Poder Judicial tiene la responsabilidad definida por el sistema de control sistémico vigente de ejercer el control de constitucionalidad, aun cuando no medie pedido de parte. Es por esta responsabilidad que debe responder ante la Nación toda, como órgano del poder político y cada uno de sus miembros en forma particular en virtud de la competencia y jurisdicción de carácter irrenunciables que les ha sido concedida como funcionarios públicos.

La eficacia de los instrumentos constitucionales del poder político importa la eficacia del sistema democrático constitucional, que el poder funcione válidamente, razón de ser y *última ratio* del Poder Judicial.

Guardini dice que “No existe poder alguno que tenga ya de antemano un sentido o valor. El poder sólo se define cuando el hombre cobra conciencia de él”¹². Debidamente reglamentada esta responsabilidad, se obtendrá certeza en cuanto al alcance y medida de este control, y de la posibilidad de exigir a los funcionarios que lo ejerzan y de responsabilizarlos ante la omisión. Habremos encontrado la respuesta al interrogante ¿quién controla al controlador? La sociedad toda, cada uno de los justiciables que considere que el juez interviniente no ha respondido en la medida de su obligación.

Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.



¹² Guardini, Romano, *El poder. Un intento de orientación*, Madrid, Cristiandad, 1982.