

**La inconstitucionalidad en el régimen federal. Acción. Recurso. Vía directa.
Evolución jurisprudencial. Estado actual.**

Autora

Ercole, María Cecilia

Estudiante UBA

Introducción

No podría comenzar esta ponencia, acerca del planteo de inconstitucionalidad en nuestro régimen federal, sin antes hacer una breve alusión al control de constitucionalidad en general. Es así que al hablar de este control, nos referimos a la supremacía de nuestra Norma Fundamental, del art. 31 de la misma, de la necesidad de un procedimiento especial para su reforma (art. 30 CN- de otro modo el texto constitucional no sería una entidad estable) de la no colisión de los actos o normas (privados o estatales) con ella. *¿Y por qué se controla?* Al respecto me parece adecuado citar unas palabras de Bidart Campos que dan una clara respuesta: “queremos descartar de modo total y absoluto que la constitución sea –en todo o parcialmente- un texto donde se acumulan consejos, recomendaciones, invitaciones, simples parámetros orientativos, o cosa semejante, todo ello sin fuerza obligatoria”¹. Este control no apunta a la eficiencia de nuestro ordenamiento jurídico solamente, sino también a evitar el abuso, a “hacer carne” el art. 29 de la Constitución, y a respetar las competencias delegadas al Estado Federal. *¿Y cómo se ejerce este control en la República Argentina?* A través de un mecanismo, que es judicial y difuso que tuvo su origen en los EE.UU.

Era defensa no ataque. De la vía de excepción a la vía directa en el planteo de inconstitucionalidad

A pesar de que el comienzo de este subtítulo sugiera en el lector connotaciones futbolísticas, con ese comienzo quise referir la situación primigenia del

¹ Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p.20

planteo de inconstitucionalidad en nuestro país. *Era defensa no ataque*. Este planteo podía realizarse sólo por vía de excepción, es decir, como un modo de repeler una acción, se *defiende* planteando la inconstitucionalidad de una norma o acto. No existía en un comienzo la acción de inconstitucionalidad, es decir, la vía directa.

Vía directa. Comienza el *aperturismo* de la Corte. Creaciones pretorianas. Creaciones legislativas

Esta historia comienza en 1984 con la promulgación de la ley 23.098, la misma regula ciertas cuestiones referentes al *habeas corpus*. Entre ellas las que nos interesan: declaración de inconstitucionalidad en el procedimiento de hábeas corpus y la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad contra las sentencias que dicten tribunales superiores.² Es decir que por primera vez y gracias a un acto legislativo se podría plantear por vía directa el control de constitucionalidad. Y otra innovación que trae aparejada esta ley es que en el marco de este proceso sumarísimo el juez podría declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma.³

Siguiendo con los procesos constitucionales sería pertinente encargarnos ahora del *amparo* en relación con el control de constitucionalidad. La ley 16.986 en su art. 2 inc. d) establece que la acción de amparo no será admisible cuando *la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas*. Este criterio restrictivo hace que la misma ley que debe reforzar la esencia de esta garantía constitucional (amparo), termine por desnaturalizarla, y así transforma, de alguna manera, a esta ley de amparo en una *ley de total desamparo*. Se podía llegar a entender que este art. 2 inc d) lo único que hacía era plasmar el criterio de la Corte en ese momento, es decir, que para ella no era admisible en el marco del amparo el control constitucional. Afortunadamente, por vía jurisprudencial, este criterio de la Corte comienza a flexibilizarse. Como primer antecedente de esta flexibilización la Corte en el año 1967 en el fallo “Outon”⁴ proclama que el contenido de el inc.d) del mencionado artículo no debe ser entendido de manera absoluta, *debe ser interpretado (...)no como un medio tendiente a impedir que se cumplan los fines*

² Badeni, Gregorio , *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. La Ley, 2006, p. 1220

³ Ley 23.098 - Art. 6 ° – Inconstitucionalidad. Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

⁴ En el mismo año, y con similar criterio la Corte falla en el caso “Mate Larangeira Mendes S.A. (Fallo CS 269:396)”

*perseguidos por la misma ley 16.986, cuando el acto de autoridad arbitrario se fundamenta en normas que resultan palmariamente contrarias al espíritu y a la letra de la ley de las leyes.*⁵ Se reitera y se consolida este criterio por el cual la Corte admite el planteo de inconstitucionalidad en el marco del amparo, en el caso “Peralta” en 1990 donde, principalmente, se argumenta que no se puede sustraer a los jueces la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad. Pero la consolidación plena de estas cuestiones y el alejamiento total del art. 2 inc.d) de la ley 16.986 la da la reforma constitucional de 1994 a través de su artículo 43 proclamando que “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”.

Prosiguiendo con este análisis, que de alguna forma intenta ser cronológico, es el turno de la ***acción meramente declarativa o acción declarativa de certeza*** como acción declarativa de inconstitucionalidad. Desde la modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en 1967 por la ley 17.454, la cual incorpora al texto ritual la acción meramente declarativa por el art. 322, se abre un denso camino de controversias hasta lograr como desencadenante, mediante la invocación de este art., el planteo de inconstitucionalidad.

*Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida*⁶. La Corte en particular y la jurisprudencia en general amparadas en el art. 2 de la ley 27 sostenían primigeniamente que la naturaleza de la cuestión debía ser contenciosa/controvertida, es decir, se movían dentro de una idea privatista, limitaban esta acción al ámbito del derecho privado, de esta forma anulaban en el ámbito federal la existencia de la acción declarativa como medio para plantear la inconstitucionalidad.

Es el Procurador General de la Nación por ese entonces, Eduardo H. Marquardt, quien en su dictamen en la causa “Hidronor”⁷ sienta el primer precedente

⁵ Fallo CS – 267:215

⁶ Art. 322 CPCCN

⁷ Revista Jurídica Argentina LA LEY 154-517

de una vuelta de tuerca en la Corte con respecto a este tipo de acción como mecanismo de control y tutela. La acción declarativa del art. 322 se refiere tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado como de derecho público. Además agrega el Procurador: “Creo haber demostrado que no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el art. 322 del CPCCN, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley frente a los preceptos de la Carta Fundamental; y que una conclusión opuesta traería consecuencias de todo punto de vista inconvenientes”.

Ya para el año 1985 la Corte sienta jurisprudencia aceptando dentro del marco de una acción declarativa la declaración de inconstitucionalidad. Ejemplos claros de ello son los casos “Klein”⁸ y “Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional y/u otro”⁹. Al respecto de este último fallo me vuelve a parecer interesante, así como lo hace M. Toricelli en su obra¹⁰, citar un comentario de Bidart Campos al respecto: “La Corte da por indudable – y acierta- que un proceso declarativo de certeza configura lo que en el marco constitucional del art. 100, es *caso o causa* judicial. Así se elástica el estrangulado concepto de *caso contencioso* que la ley 27 exige para la actuación de los tribunales federales. Es muy claro que el *caso* o la *causa* a que apuntan los arts. 100 y 101 para nada se restringe a lo que, recortadamente, parece insinuar lo de caso contencioso en la citada ley 27. Ahora la Corte lo da a entender muy bien. Y de ahí en más es posible dar un salto que , a lo mejor, conducirá a abandonar el cristalizado poco convincente formulamiento que registra la jurisprudencia de la Corte: en el orden federal no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura porque el control de constitucionalidad sólo puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de normas generales en procesos susceptibles de provocar una sentencia de condena. ¿Por qué? ¿Cuál es la razón? Una vez que se acoge la procedencia en jurisdicción federal del proceso declarativo de certeza, queda abierta la puerta para incluir en ese proceso el control de constitucionalidad y la declaración eventual de inconstitucionalidad, tanto como para dar andamio a la acción declarativa de

⁸ Fallo CS 308:1496

⁹ LL, 1986-C-117

¹⁰ Toricelli, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Ed. LexisNexis- Desalma, 2002

inconstitucionalidad, siempre que se articule en un proceso con suficiente naturaleza de *caso* o *causa* judicial. Estamos, pues, ante una novedad harto trascendente”.¹¹

Así como el art. 322 provee una gran apertura a nivel jurisprudencial, la existencia de una vía incidental de planteo de inconstitucionalidad también lo hace, hablamos del ***incidente de inconstitucionalidad***. Se puede definir a este incidente como aquél en que la cuestión constitucional se adosa a un proceso cuyo objetivo principal o de fondo versa sobre una cuestión distinta a la inconstitucionalidad de la norma o el acto que en ese proceso deben aplicarse para resolverlo.¹²

Por último, haremos mención de una creación pretoriana como lo es la ***declaración de inconstitucionalidad de oficio*** (más allá de que la misma ya había sido regulada legislativamente con respecto al habeas corpus, ver nota 3). Hacia 1985 aproximadamente la postura de la Corte era no aceptar el control de constitucionalidad de oficio porque se argumentaba que de esa forma se estaban violentando 2 principios: uno de raigambre constitucional, el de defensa en juicio, y otro de matiz procesal: el de congruencia. Ya entrado el año 2001, con “Mill de Pereyra”¹³ y con una Corte, renovada en cuanto a su criterio anterior, se acepta el control de oficio por parte de los jueces en el marco de un proceso. El argumento de la Corte, sin muchos rodeos, era el siguiente: la cuestión de constitucionalidad se resuelve aplicando reglas de derecho, si los jueces pueden fallar basándose en normas que no son invocadas por las partes (*iura novit curia*), no hay razón para impedirles que invoquen la Constitución.¹⁴

Fuelle de un bandoneón: el recurso extraordinario¹⁵

Cierre, apertura, apertura, cierre. Como el fuelle de un bandoneón. Así funcionó y funciona este instrumento procesal creado por vía legislativa. Es el recurso extraordinario. Mediante él se busca el control de constitucionalidad por parte de la Corte, como una última instancia. Pero esto de última instancia puede llegar a generar

¹¹ *Procedencia de la acción declarativa de certeza en jurisdicción federal*, ED, 115-362

¹² Toricelli, Maximiliano, *El control de constitucionalidad...*, cit., p. 189

¹³ Fallo CS- “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa”- 27-IX-2001

¹⁴ Con el mismo criterio se expide en “Banco Comercial de Finanzas ”- CSJN- 19-VIII-2004

¹⁵ Vanossi, Jorge R. – *La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina* – Acad. Nac. de Derecho 2000, 228

confusiones, tomar a este recurso como una tercera instancia es destruir su objeto¹⁶, es decir, su función originaria, que es la unión nacional.

Igualmente su función se ha ido desnaturalizando, distorsionando. En un comienzo, valiéndonos del art. 14 de la ley 48, vemos a un recurso que tiene como única finalidad velar por la primacía de las instituciones federales.

Fuera del orden o regla natural o común. Esa es una de las definiciones que da la Real Academia Española del adjetivo extraordinario. Esa definición fue pasada muy por alto por nuestro poder judicial y los recursos extraordinarios *comenzaron a volverse cada vez más ordinarios*. Este recurso según se planteó desde su nacimiento sería una vía más que excepcional.

Se abren las puertas, con la Ley 4055 y la creación de las Cámaras federales de Apelaciones y con los Juzgados de la Capital Federal, dejaría de haber primacía de las instituciones federales con respecto al recurso extraordinario, y la Corte pasaría con él a ser una especie de “importantísima última palabra”, un tribunal encargado de uniformar criterios. Se sigue abriendo el fuelle de este bandoneón: se crean una especie de incisos implícitos o no escritos¹⁷ de aquél art. 14 de la ley 48 y por ellos ingresa a la Corte una mayor cantidad de causas que por aquellos incisos sí escritos (admisión de recursos extraordinarios por sentencia arbitraria o por gravedad institucional). Se crea el “per saltum”, salto u omisión de las instancias previas o inferiores, recayendo la causa directamente para resolver en la Corte. Toda esta apertura siempre basada en cuestiones de justicia y equidad según quienes estaban a favor de la misma. Dejando de lado que, como dijimos anteriormente, este recurso no se creó para hacer justicia sino para mantener la distribución de las competencias otorgadas al Estado federal.¹⁸

Entonces, ¿qué pasa con este aperturismo? La Corte termina por recibir miles de causas por año. ¿Las resuelve? Claro que sí. Pero, supongo, con escaso análisis, imaginemos que no dan a basto. Entonces, estimo que ni hay seguridad jurídica ni hay certidumbre ni hay de alguna forma justicia. Los extremos no son buenos, el exceso de casos recaídos en la Corte provoca un exceso de incertidumbre, y lo que es peor aun, comienza a gestarse del otro lado de los tribunales, en la gente, una falta de credibilidad en el sistema.

¹⁶ Spota, Alberto, *Recurso Extraordinario y Evolución actual de la jurisprudencia. Arbitrariedad. Certiorari*, La Ley, 2001

¹⁷ Vanossi, Jorge R. – *La extensión jurisprudencial...*, ob. cit.

¹⁸ Spota, Alberto, *Recurso Extraordinario...*, ob. Cit.

Abrir las puertas no funcionó. Comienzan las restricciones para entrar a la Corte. Se comienza a hablar de cuestiones federales insustanciales, del *certiorari* criollo, y en la actualidad ya hablamos de las Acordadas 4 y 2 de 2007 de la Corte (requisitos formales de admisibilidad del recurso extraordinario).

¿Por qué *importamos*? El *certiorari* criollo.

En el párrafo anterior mencioné al *certiorari* criollo. Y en el subtítulo hablé del por qué de importar. Esto tiene una íntima relación: *certiorari* e importación. La Corte quiso comenzar a restringir la entrada de causas, entonces optó por importar este tipo de figura procesal de los EE.UU. Primero lo hace por vía pretoriana y luego se termina asentando por vía legislativa.

Cuando hablamos de *certiorari* hablamos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación modificado por la ley 23.774, ley que también reforma el número de jueces de la Corte. Quizás fue por esta última cuestión que en el momento de la sanción de dicha ley no se recabó mucho en la importancia de la modificación del art. 280, sino que tuvo más relevancia política el cambio en la composición de la Corte.

Pero volviendo a este artículo, tenemos aquí un tema de fundamental relevancia, la facultad discrecional de la Corte con la sola invocación de esa norma (art. 280) de rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. ¡Con la sola invocación de la norma! Fue evidente la creación por vía legislativa de una soga de auxilio para la Corte que estaba *tapada* por causas a resolver. Es más, mas que una soga, yo diría una *llave maestra* que la Corte recibió como regalo vía legislativa (ya que al principio existía pero por vía pretoriana) para poder manejar las puertas de su institución a su antojo. Dice Vanossi acerca del art. 280: “Esta es la base legal de la varita mágica para operar en materia de *certiorari*”.

Existe un principio basado en que todas las sentencias deben ser fundadas. Entra en clara contradicción con la simple invocación de una norma de la que puede valerse la Corte para rechazar un recurso extraordinario. Desde este ángulo, este artículo no sería válido. Más allá de que la misma Corte vía jurisprudencial resalta la validez de este

artículo¹⁹, dejando en claro que el planteo de la inconstitucionalidad del mismo, desde su punto de vista, va camino a convertirse en una cuestión insustancial.

Dejando de la lado la validez o no de este artículo sobre la que muchos ya se han expedido, prefiero centrarme en si cumplió o no con su finalidad, la incorporación de esta facultad discrecional de la Corte en nuestra legislación. Claramente no la cumplió.

En los EE.UU, el *writ of certiorari* permite regular el número de causas entrantes a la Corte norteamericana. De alguna forma ese era el cometido de nuestra legislación al incorporar el *certiorari*. ¿Ha disminuido el trabajo de la Corte? No. ¿A partir del *certiorari* hay mayor agilidad en el procedimiento de la Corte para resolver sus causas? No. Es como si se hubiera comprado una franquicia de comidas rápidas norteamericana y se hubiesen olvidado de importar el *know-how* de dicha franquicia. ¿Por qué digo ésto? Porque es lo que esta ante nuestros ojos, porque no hay respuestas, no hay un criterio técnico de la Corte acerca de las decisiones que ella toma invocando al *certiorari*, porque no hay una dirección única en la cual la Corte se dirija con respecto a esta cuestión.

Si fue una creación estadounidense, que mejor que volver a sus raíces, y para ello hallo adecuado resaltar lo dicho por el juez norteamericano J. Harlan: “*la Corte existe para resolver casos, y el certiorari es un proceso subsidiario establecido para promover el cumplimiento apropiado de ese deber. El certiorari sería un fracaso si ocupara el tiempo que la Corte debe utilizar para decidir casos*”.²⁰ Por esto es que creo que esta figura en nuestro país, el *certiorari* criollo, ha fracasado, ya que el simple rechazo de un recurso extraordinario mediante la sola invocación de una norma, no es tan simple, no es sólo un simple *sellito*²¹ en la causa, y por más que en el papel sí, no sea más que un simple sello o una simple invocación, tras esa simpleza hay una complejidad, en el funcionamiento interno de la Corte la causa ha circulado se ha perdido tiempo, los tiempos no se han aligerado, no se ha creado mayor credibilidad en el sistema ni mucho menos.

Y cabe agregar que las decisiones que se toman en nuestro país a veces suelen ser demasiado contradictorias. Esto trae a colación que en forma totalmente inconsistente con los propósitos que oficialmente animaron a la ley 23.774, el Congreso

¹⁹ En fallos como “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set” (fallo CS 322:3217) y “Medina c. Tuñez y otros”(Causa M. 671 . XXXVII)

²⁰ Harlan, John Marshall, “Manning the dikes”, (1958)

²¹ Vanossi, Jorge R. – *La extensión jurisprudencial...*, ob. cit.

sancionó luego dos leyes que han contribuido al congestionamiento de expedientes y a la lentitud en el trámite de éstos. En primer lugar la ley 24.463, cuyo art. 19 estableció que los fallos provenientes de la Cámara Federal de Seguridad Social, son apelables ante la Corte Suprema por medio de recurso ordinario. Así, un recurso que pese a su nombre (ordinario) es limitado en el procedimiento ante la Corte, se convirtió en una vía de ingreso de numerosísimas causas, que en 1996, al año siguiente de la sanción de esta ley superaron las 70.000. La segunda norma es la ley 24.946 que reglamenta el art. 120 de la Constitución y regula el funcionamiento del Ministerio Público. El art. 33 de dicha ley ha convertido en obligatoria la intervención del Procurador General de la Nación en la mayoría de las causas que tramitan ante la Corte Suprema, cuando antes era discrecional. Si bien debe admitirse que esta disposición es coherente con la independencia y autonomía funcional que la reforma constitucional de 1994 acordó a este órgano de gobierno, no es menos cierto que ello no contribuye a la agilidad del trámite ante la Corte.²²

Ejemplos como el anterior nos hacen reflexionar acerca del grave problema que sufre nuestro ordenamiento jurídico, estamos ante un régimen que muchas veces toma grandes decisiones uniformes con la totalidad del régimen; pero muchas otras, toma decisiones o rumbos muy alejados de los necesarios, que terminan por hacer imposible una uniformidad estable del sistema creando desconfianza y descontento social.

Conclusión

Llegados a este punto vemos como ha ido evolucionando en nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad.

Pero en esta especie de cronología que hemos hecho: ¿hubo respuestas? ¿Hubo certezas? ¿Se ha logrado la idoneidad del mecanismo de control constitucional? A todo ello tristemente entiendo se debería responder “no”.

Entonces, ¿qué hacer ante una crisis del órgano judicial, una falta de especialización y profesionalismo en algunos sectores del mismo, una superpoblación de causas en la Corte, una falta de idoneidad total del medio que controla que los actos/normas no vayan en contra de la Constitución, un sistema donde la legitimación procesal se ha vuelto más relevante que el afectado?

²² Bianchi, Alberto B., *¿Ha fracasado el certiorari?*, La Ley 2004-A, 1381

Comprendo que la situación es harto compleja. Pero creo que hay soluciones, hay salidas, hay posibilidad de lograr un sistema uniforme, homogéneo y sólido.

Primero me parece adecuado comenzar partiendo desde la premisa de que ningún sistema de control es bueno o malo *per se*. No tendría sentido ni sustento decir que es mejor el control jurisdiccional que el Tribunal Constitucional. Sí tendría sentido decir que el control por Tribunal Constitucional funciona muy bien en algunos países y que actualmente en nuestro país el control jurisdiccional está mostrando presentar muchas falencias. Pero creo, e insisto, que no es por el mecanismo de control elegido sino por el ámbito en que se pone en práctica ese mecanismo, es decir, además del espacio geopolítico, hablo del funcionamiento interno de la justicia en el país en cuestión.

Porque por ejemplo si se conformará un Tribunal Constitucional en nuestro país que en teoría analizaría de manera previa la vigencia o no de las leyes, es decir, una especie de filtro para evitar contradicciones entre las leyes y la norma fundamental; y se dejara de lado el control jurisdiccional, claramente no tendríamos garantías de ningún tipo. Es más, estaríamos corriendo un riesgo terrible, el fracaso sería de alguna forma ineludible. Es, en más o en menos, a lo que hace referencia en su discurso de apertura del año judicial 2008 el Dr. Ricardo Lorenzetti, presidente de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, cuando hace alusión a Camus: "*Lo que Camus denominó el mito del trabajo inútil: empezar y abandonar y empezar de nuevo. Es lo que no debemos hacer*". Exacto. Con respecto al control de constitucionalidad eso se puede aplicar perfectamente, sería un volver a empezar cambiar nuestro mecanismo de control de constitucionalidad, demandaría riesgos, gastos, y hasta quien sabe una posible reforma constitucional con la que no sería fácil volver a lidiar.

Además, no temo en adelantarme al pronosticar que ese Tribunal tendría las mismas dificultades que nuestra actual Corte y tribunales. Sería débil, la cantidad de causas no variaría, sería un tema controvertido cuál sería la composición humana del mismo, y además existiría un gran alejamiento del Congreso y del Poder Ejecutivo con respecto a las sentencias judiciales, cosa que tampoco sería favorable.

Entonces considero que el problema no es un problema de las normas o del mecanismo elegido sino que es un problema de los funcionamientos internos, de los usos y las costumbres de nuestro órgano jurisdiccional.

Debemos comenzar por reforzar y mejorar lo que tenemos. Nuestro sistema es judicial y difuso, ¡pues cambiémoslo! Pero un cambio desde adentro, radical.

Primero: es importante la composición humana de los tribunales judiciales sobre todo de la Corte. Hablamos aquí de un mayor grado de especialización. Un mayor compromiso, fallar *como si* todas las resoluciones y sentencias fueren definitivas para así tener más confianza en ellas, porque la verdad es que muchas veces el temor de los jueces es que no se cumplan sus fallos.

Con respecto a lo anterior, a modo de proposición, y quizás de manera un poco descabellada, impondría que dentro de la misma Corte (teniendo en cuenta que es ella misma la que regula su propio procedimiento interno) exista una “Comisión Revisora de Constitucionalidad”. La misma estaría formada por 7 miembros, que deberán ser abogados, con amplios conocimientos en derecho constitucional (por no decir especialistas) y cuya función será una vez pronunciado cada uno de los votos o disidencias de los jueces de la Corte sobre el caso en cuestión, revisar esos pronunciamientos y realizar una especie de escrito o memorando. En el mismo se le indicarán al juez las normas constitucionales que se encuentran relacionadas con el asunto sobre las que no ha reparado (si es que no lo ha hecho) para que éste una vez habiendo leído este memorando actualice su resolución en base a lo marcado por el asesor si esto fuere necesario. Los miembros de esta comisión serían seleccionados por concurso público y durarían en sus funciones por el plazo de 2 años, para que el criterio pueda, de algún modo, renovarse dentro de la Corte. A esto de alguna forma aluden las reflexiones del Dr. Eugenio Zaffaroni: “(...) *hasta que el señor tiene que llegar de nuevo y recurrir hasta la Corte, si tiene la suerte de que no se ha muerto ninguno de nosotros en el trayecto va a ser en el mismo criterio, si se murió uno de nosotros va a tener el criterio del nuevo que entra que cambia a la mayoría. Aunque esto no da un grado de seguridad jurídica fuerte (...)*”²³.

Quizás suene un tanto irreal o ineficaz en la práctica la idea anterior, y se podría decir que nadie nos da garantía de que la creación de esta Comisión vaya a cumplir su finalidad. Pero es un riesgo ínfimo que se corre, y si funcionara se evitarían en los fallos de la Corte resoluciones que abordaran sólo la materia en la cual el juez que resuelve es especialista, ya sea la rama penal, civil, etc. Y es un medio también de crear una forma de *controlar a quien controla* (la Corte). Más allá de que en la actualidad pueda llegar a objetarse que existen muchas otras instancias de control a nivel supranacional, como ser la existencia de Convenciones/Tratados.

²³ Zaffaroni, Raúl Eugenio, “*Justicia y Derechos Humanos*”, Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata.

Siguiendo con el rol del juez en nuestro ordenamiento se debería lograr una verdadera independencia de los magistrados, se debe separar a la justicia de las cuestiones de raigambre política. Se deberían haber cumplido a raja tabla las prerrogativas para la selección de los magistrados de la Corte que proclama el decreto 222/2003 del Poder Ejecutivo Nacional.

El juez es una figura legitimada en la democracia. Es el pueblo quien confía en la figura del juez para que sus derechos fundamentales, sus derechos constitucionales no se vean vulnerados. Es el juez el encargado de defender al ciudadano frente a todo aquél que quiera violar esos derechos “contra-mayoritarios”, ya que ni las mayorías pueden ir en su contra, son intocables. A esto de alguna forma alude el italiano L. Ferrajoli cuando reflexiona acerca de la *jurisprudencia alternativa*: “*interpretación de la ley conforme la constitución y , cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad*.”²⁴

Como último punto me parece necesario no olvidar que el proceso debe ser una garantía. Por ende no debería ser vulnerado, cuestión que actualmente se ha dejado de lado, ya que, muchas veces el tema de la legitimación procesal se ha vuelto un impedimento para recurrir a la justicia. El punto es que las formas procesales y los requisitos procesales para acceder a la justicia son válidos, en tanto y en cuanto no vulneren derechos. Porque la verdad es que muchas veces el juez y los tribunales deberían alejarse de los parámetros de formalidad, alejarse de algunas normas procesales, y ver *más allá*. Ver qué derecho está siendo vulnerado, qué es lo que se está solicitando, y no quién se está presentando ante el tribunal. Porque muchas veces, parafraseando a Bidart Campos: es el derecho el que se puede ver afectado. Por eso es que desde los tribunales, ante aquella obligación que tienen de dar una respuesta de la jurisdicción ante una petición, deben priorizar el *qué* (qué derecho, qué parte de la sociedad se ve afectada) y no el *quién*.

Ante mi planteo anterior se contraponen de alguna forma los dichos recientes del Dr. Lorenzetti reflexionando sobre si los temas políticos deben resolverse en la justicia: “*judicializar los conflictos no es el mejor camino; naturalmente lo mejor es que se*

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, Justicia Penal y Sociedad N° 5, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, 1994, p. 14

*resuelvan en el campo de la política. Para eso funciona la política. El diálogo y la concertación.(...)Naturalmente cuando hay un conflicto y se violan garantías la gente va a la justicia. Pero lo mejor es dejar actuar a la gente, que dialogue, que encuentre sus propias soluciones”.*²⁵

Reiterando una vez más la idea de esta conclusión y para finalizar este escrito, creo que muchas veces lo que algunos pueden ver como una solución , como una *cura*, a la enfermedad a las falencias de nuestro actual mecanismo de control de constitucionalidad, puede terminar por ser peor que esas mismas falencias, peor que esa *enfermedad*.

²⁵ Artículo periodístico- “*El presidente de la Corte pidió no judicializar conflictos políticos*”, La Nación on-line, 24/04/2008