

# DESORDEN SOCIAL Y DERECHO

## NOTAS SOBRE EL AMPARO, MEDIDAS CAUTELARES Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Por José Raúl HEREDIA<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Las presentes reflexiones están motivadas por una nota del Dr. Julio B. MAIER, aparecida en el diario Página/12, en su edición del 21 de junio de 2013, bajo el Título “¿Orden o desorden jurídico?”

Sus opiniones, que respeto siempre, en este caso me han llevado a mi propia meditación sobre los aspectos esenciales en que se detiene. Debe señalarse que no se trata de una habitual nota del Dr. MAIER en un medio académico, pero ello no le quita rigor, a punto que he de seguir el orden en que se ha expresado pues me resultan atractivos -y, creo, de gran interés general- el contenido y su método expositivo.

### I. LA INTERROGACIÓN DEL DOCTOR MAIER

En el inicio, interroga el prestigioso Profesor MAIER: “*Quisiera comprender la razón por la cual los juristas han bastardeado el orden jurídico argentino, al punto de que hoy no puede ser considerado un sistema, sino, tan sólo, una fábrica de decisiones*”.

Es un duro reproche a los juristas. Esa inicial aseveración, se relaciona luego con estos tres fenómenos, a saber: “*Creo que algunos ‘inventos’ han destruido nuestro orden jurídico, nuestra vida institucional, hasta el punto de que hoy no representa un ‘sistema’. Esos ‘inventos’ son, sintéticamente mencionados, en primer lugar el ‘amparo’ como litigio universal, en segundo lugar las ‘medidas cautelares’ como decisión final anticipada, en el tiempo que esa decisión previa sirve para un determinado interés y, en tercer lugar, la facilidad con la que*

---

<sup>1</sup> Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

*nuestros juristas hablan de ‘inconstitucionalidad’ y su labilidad para encarar el tema”.*

Esencialmente, así, muestra los tres aspectos que evidenciarían ese “bastardeo” que ha “destruido” nuestro orden jurídico como sistema y aun –y tal vez aquí la amplitud del reproche desborda lo jurídico- “nuestra vida institucional”. Y examina cada uno de ellos.

## **II. EL AMPARO<sup>2</sup>**

1. Ha de recordarse que el amparo tuvo la potencialidad de origen que destacaba Alfredo ORGAZ. La ley de facto 16.986, se propuso, precisamente, sino su anulación, a lo menos restringir esa potencialidad<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En un erudito estudio, ya lejano en el tiempo, titulado “Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo” [INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM, México, 1971], VICTOR FAIREN GUILLEN refiere medios antiguos que resultan de interés para análisis académicos de mayores pretensiones, en tanto pueden proyectarse en los tres institutos que nos ocupan aquí: además del amparo, las medidas cautelares y el control de constitucionalidad. Me permito solo destacar –como él hizo en el Preámbulo- que se trataba en principio de unas conferencias que debían dictarse en la UNAM, más unas “mesa redonda”, que se recogerían bajo el título “Proceso de Manifestación” aragonés y sus relaciones con el “Amparo” mexicano. Creyó el autor, según señaló, que no daría una idea global a las necesidades a que respondía dicho proceso aragonés sino se exponía la estructura y contenido totales de la organización aragonesa, característica, dijo, –“no conocemos otra igual”-, “presidida por un Juez Supremo, el Justicia, de formidables atribuciones y merecida autoridad. La manifestación no era sino un modo de combatir la arbitrariedad; pero el Justicia tenía medios de combatirla desde más alto, esto es, desde la promulgación de normas o aun antes. / Esto es, ‘medios preventivos’ de lo que hoy llamaríamos ‘inconstitucionalidad de las leyes’ y que entonces se llamaba ‘contra fuero y libertad del Reino’. Dejó constancia el autor que dicha labor le fue imposible en el breve lapso del que dispuso, por lo que su estudio era necesariamente limitado en el tiempo histórico.

<sup>3</sup> Cito como muestra: “ARTÍCULO 2. La acción de amparo no será admisible cuando: / a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; / b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970; / c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; / d) La

MORELLO solía afirmar que el amparo no debía ser vasallo de ninguna otra acción, sino una garantía de garantías aunque habló de su “uso responsable”. Acaso la difusión del amparo –ya con jerarquía constitucional y convencional- ejercido masivamente al principio de la primera década de este siglo, y las medidas *autosatisfactivas* que se generalizaron a propósito del llamado “corralito”, pudiera observarse críticamente. Lo hizo la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en términos inusualmente duros.

**-N-**. Dijo la Corte: “Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar. Tampoco se justifica la extensión desmesurada del amparo para revisar lo que no viola los derechos y garantías constitucionales con manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, en los términos del art. 43 de la Constitución, convirtiendo a la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades que traba el ejercicio de sus

---

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; / e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince (15) días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse. / ARTÍCULO 3.- Si la acción fuese manifiestamente inadmisble, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones”.

De este modo, se subordinó el amparo a otras acciones y recursos –véase la nota en homenaje a Alfredo ORGAZ por MORELLO en supl. J.A., 28 de diciembre de 1994, p. 17-, se impidió la declaración de inconstitucionalidad en su ámbito, se lo excluyó en contra de actividades esenciales del estado –amplitud nefasta en contra de los agraviados por actos desviados del poder- y se los sujetó a plazos perentorios como si la ilegitimidad de un acto de autoridad pública pudiera purgarse por el mero transcurso del tiempo [FIORINI]. La potestad del juez para el archivo inicial era amplísima. Hablo en pasado, aunque esta normativa lamentablemente aún subsiste, porque ella ya no podría –no debería- empañar la operatividad de la acción de amparo –posición que no se ha enseñoreado aun entre nuestros jueces- desde que la Constitución la ha recogido de modo expreso –artículo 43, C. N. y también artículo 75 (22), C. N. (artículo 25, CADH, artículo 2, PIDCP)-.

atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo”. [In re “BUSTOS”, 26-10-2004; T. 327 P. 4495].

Costaba encontrar en “BUSTOS” un solo fallo, por el modo y contenido en que se expresó cada juez de la Corte. En “MASSA”, fallo posterior, dejaron los Jueces consignados sus esfuerzos por arribar a una única solución: “...corresponde que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal de las cuestiones planteadas en las aludidas causas -que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48- decida de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias. / 9º) Que ello implica, por cierto, el ejercicio de la más alta función institucional asignada a esta Corte, en atención a la naturaleza de la materia debatida -la constitucionalidad de las normas dictadas para superar la situación de emergencia antes aludida- y el interés de amplios sectores de la sociedad en la decisión de estas causas. / 10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas. / 11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional”<sup>4</sup>.

Empero, se ha podido decir que la existencia de ese medio constitucional y el acogimiento masivo que los jueces hicieron entonces evitó tal vez un conflicto social mayúsculo que pudo tomar cauces violentos. La Corte lo alcanzó a decir de este modo: “...Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis –de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país- que no sólo afectó a las relaciones económico-financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser

---

<sup>4</sup> 27-12-2006; T. 329 P. 5913.

conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de esa crisis”<sup>5</sup>. Antes, había dicho: “Es un hecho de público y notorio conocimiento que la Argentina se vio enfrentada al impacto de una crisis terminal de descomunales consecuencias sobre el bienestar del conjunto de la población”<sup>6</sup>.

Luego de ello, volvió a decir la Corte: “...las cuestiones propuestas hacen necesario recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos: 327:4495; 328:690 y en la causa M.2771.XLI “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo - ley 16.986” del 27 de diciembre de 2006 y R.320.XLII. “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria” del 15 de marzo de 2007”<sup>7</sup>.

Y en nuestros tiempos, subrayó el máximo Tribunal: “Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; **principio del que ha nacido la acción de amparo**, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”. [Subrayado mío]<sup>8</sup>.

En fin, aquella experiencia de acciones masivas de amparo merece una exploración, porque, por una vez, acaso la Historia le anote al Poder judicial un poroto a favor. Aunque es claro que aquello implicó un “desorden” al punto que en

---

<sup>5</sup> “MASSA”, fallo citado, considerando 6°) del voto impersonal mayoritario y del voto concurrente del Dr. FAYT.

<sup>6</sup> “Bustos”, fallo citado.

<sup>7</sup> V. “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”. L. 971. XL; RHE; 18-12-2007; T. 330 P. 5345.

<sup>8</sup> “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”. H. 270. XLII; REX; 24-02-2009; T. 332, p. 111.

diversos procesos hasta se violentaba el derecho de defensa en juicio en el ámbito de las medidas autosatisfactivas.

2. Dice también el Dr. MAIER que los representados o los legisladores que perdieran la votación en el Poder Legislativo –él pone un ejemplo- podrían, abstractamente, impugnar por amparo la decisión de sus colegas de mayoría. “Yo quisiera saber quién está habilitado para proponer –en el Estado federal– un escrutinio de ‘constitucionalidad’ de una ley del Congreso ‘en el aire’, quién es competente para ello”, dice.

Se me ocurre señalar que el que podría llamarse **amparo parlamentario** es un instrumento de las minorías, no para torcer la voluntad de las mayorías, sino para evitar la violación del procedimiento para la formación y sanción de las leyes - como pudo ocurrir con el “*diputrucho*”-. Los jueces no pueden –no deben- sustituir al legislador pero sí impedir que se transgreda el procedimiento para la formación y sanción –constitucional- de la ley<sup>9</sup>. Creo que esta comprensión está contenida en la nota del Dr. MAIER.

La Corte igualmente se ha ocupado del tema, en una evolución que merece destacarse. Creo que el tratamiento del mismo debe seguir el orden que dejó señalado el Juez Decano de la Corte Suprema, Dr. FAYT, a los fines de la admisión del recurso extraordinario federal<sup>10</sup>. En primer lugar, si se trata de una *cuestión justiciable*; luego, resuelta afirmativamente ésta, deberá dilucidarse si los peticionarios cuentan con legitimación para reclamar en el sentido en que lo hacen en concreto, por ejemplo, la nulidad de un proyecto de ley.

---

<sup>9</sup> “La Constitución no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del estado de derecho ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. / La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso se dirige a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías. / El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas”. [CS, 13-07-2007; T. 330. P. 3160].

<sup>10</sup> V. su voto en disidencia *in re* “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”. P. 304. XXVII; 07-04-1994; T. 317 P. 33.

En relación con el primer punto, corresponderá dilucidar si las denunciadas, en su caso, infracciones a los artículos 77 y siguientes de la Constitución Nacional, que pudieran registrarse en el procedimiento de formación y sanción de la ley, pueden ser objeto de debate judicial. Recordó, el Dr. FAYT –en el sentido en que lo habían hecho otros jueces en el mismo precedente, aunque con diversa solución para el caso- que durante un extenso período el Tribunal rehusó conocer de toda una gama de cuestiones que denominaba genéricamente políticas, postura que no fue mantenida y a ella sucedieron pronunciamientos dictados en temas muy diversos. Citó, entonces, que, lisa y llanamente, la Corte entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos: 307:1774 y sus citas), trató el tema de si era admisible la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos: 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos: 308:1745).

Y se refirió en concreto a que una muy particular cuestión que mantuvo al margen de su conocimiento fue la referida al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes. Citó: *“En el caso registrado en Fallos: 256:556 la mayoría del Tribunal sostuvo la irrevisibilidad judicial de dicho proceso, mas condicionó tal conclusión al supuesto de actuación legítima del Congreso dentro de los límites constitucionales, advirtiendo en consecuencia, que el principio debería ceder en la medida en que demostrara la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (considerando 3º)”*. Y agregó el Juez FAYT que *sólo debe considerarse ley a aquella que lo es en sentido constitucional, para lo cual debieron seguirse las formalidades previstas en la Constitución Nacional*. Añadió que *“Negar la posibilidad de controlar el cumplimiento de esos requisitos so pretexto de la existencia de una decisión del Congreso que no los cumple y a la que se ha denominado ‘ley’ equivale a impedir tal control en forma absoluta consagrando*

como válida la mayor ilegalidad que es, justamente, la violación de la Constitución Nacional”<sup>11</sup>.

En punto a la legitimación, no ya de un legislador sino de todo ciudadano, recordó que la Corte había sostenido: *“Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé”* (Fallos: 313:594, considerando 21, disidencia del doctor Fayt; en sentido concordante Fallos: 306:1125”).

### III. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Parto de la reflexión del Dr. MAIER: *“Las ‘medidas cautelares’, antes definidas por la ley –el embargo, la prisión preventiva, el llamado embargo de viaje, etc. – y, por ello, singulares y excepcionales o caucionadas, son hoy infinitas, tantas como la imaginación nos permita proponer como parte o decidir como juez para el caso de que se trate y, por ello, no definidas por la ley. En verdad, el interés que las provoca las requiere para un tiempo en el que ese interés las reclama y, con ello, sin más, ese interés triunfa”*.

De nuevo acudo a la doctrina de la Corte, ahora en esta materia. Comienzo con esta cita, que en principio da razón al Dr. MAIER: *“...Que, finalmente, no se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas ‘autosatisfactivas’ descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerandos 91 y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. En efecto, los beneficiarios de esas medidas han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en*

---

<sup>11</sup> Puede verse también Fallos 324:3358 en que la Corte declaró expresamente justiciable la cuestión vinculada con el rechazo por la Cámara del diploma de un Diputado nacional.



*similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio. Sin embargo, no cabía procesalmente la intervención de esta Corte frente a la sistemática violación del art. 15 de la ley 16.986, que dispone conceder en ambos efectos -vale decir, devolutivo y suspensivo, con suspensión de la ejecución de la sentencia- los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones que admiten el amparo, norma legal que no podía ser obviada mediante la concesión a las medidas cautelares de los efectos propios de la eventual sentencia; ni cuenta ahora con atribuciones para remediar esa desigualdad de hecho fuera de los recursos legales. Por lo tanto, la desigualdad es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas...".* Esto dicho en el precedente "BUSTOS".

Ya destacué lo difícil que fue encontrar un solo fallo en él. Luego, en "MASSA", la Corte pareció atemperar su inicial dureza con los jueces de "grado". Pero nunca negó la Corte la *crisis terminal de descomunales consecuencias sobre el bienestar del conjunto de la población*, palabras del Tribunal cimero en el mismo precedente "BUSTOS".

Parece oportuno traer a colación aquí dos ideas contemporáneas que guardan una estrecha relación con el tema. Me refiero a la **tutela judicial efectiva** y a los llamados **procesos urgentes**. La primera, es la garantía del acceso efectivo a la jurisdicción para la obtención adecuada, tempestiva e integral de un derecho. Por esto, ha podido señalarse que es el primero de los derechos humanos. Esa tutela comprende, obviamente, el derecho a las medidas asegurativas que impidan que el desarrollo del litigio se convierta en un dispendio inútil en todos los sentidos.

El Profesor MAIER se sitúa bien en el problema que plantea la proliferación de las medidas cautelares, especialmente las llamadas *anticipatorias* y *satisfactivas*<sup>12</sup>, genéricamente, *tutelas urgentes*. "En las legislaciones

---

<sup>12</sup> Es notorio que la Corte ha admitido estas medidas en diversas ocasiones, especialmente contra normas provinciales: véase "Chevron Argentina S.R.L. c/Neuquén, Provincia del s/medida autosatisfactiva", C. 599. XLIII; ORI; 14-08-2007, y sus citas, Y.19.XLII "YPF S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar", P.431.XLII"Pluspetrol S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/

*contemporáneas resulta notoria una tendencia general a la adopción de técnicas diversas de agilización del proceso y, dentro de ellas, ocupan un lugar preferente los proveimientos de urgencia, y entre ellos, la anticipación de la tutela...Si bien habitualmente y en modo paralelo, las tradicionales medidas cautelares han conservado sus típicos efectos conservativos, que las diferencian de aquellas, en la evolución de los sistemas, en algunos países se ha terminado por admitir la fungibilidad con las anticipatorias”<sup>13</sup>.*

Suele mencionarse que en verdad reconocen antigua data. Cabe recordar las medidas urgentes que dispuso Vélez en los artículos 205 y 211, Código civil, hoy 231 y 233, para el caso de procesos de divorcio<sup>14</sup>.

---

incidente de medida cautelar", y P.639.XLII "Petróleros Sudamericanos S.A.-Necon S.A. Unión Transitoria de Empresas Área Centro Este - c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar, pronunciamientos del 31 de octubre de 2006. También, Fallos: 250:154; 323:349; A.1460.XXXVIII "Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad", pronunciamiento del 18 de julio de 2002; T.668.XL. "Transnea S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ incidente de medida cautelar", pronunciamiento del 26 de septiembre 2006.

<sup>13</sup> Del ilustrado trabajo del doctor Roberto Omar BERIZONCE, "*TUTELAS DE URGENCIA Y DEBIDO PROCESO. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE COGNICIÓN Y SU ARTICULACIÓN CON LAS TUTELAS DE URGENCIA*" (2011). Es interesante comprar este trabajo con el que cito en la nota siguiente.

<sup>14</sup> "...los Códigos Sardos de 1854 y 1859, en materia de tutela cautelar, establecían, junto al secuestro y a la denuncia de obra nueva, la figura general de las inhibiciones, sin que se determinaran los casos en los cuales podían ser acordadas... De este modo, las inhibiciones podían ser invocadas para cada situación que amenazare con ofender un derecho cualquiera, y en aquellos casos en que fuese necesario impedir la ejecución de un hecho que, cumplido, pudiese presentar peligro de un daño irreparable, siempre que no subsistieran los presupuestos para la emisión del secuestro o ya la denuncia de obra nueva. La jurisprudencia de los tribunales contribuyó notoriamente en esta consagración de las inhibitorias como tutela cautelar general. Este camino de las inhibitorias, como poder cautelar general y atípico, también fue recogido por el Código Canónico de ese entonces. [DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL, por Andrés Bordalí Salamanca. Profesor de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, en Rev. de Derecho, Revistas Electrónicas UACH, v.12 n.2 Valdivia dic. 2001]. Y este mismo autor, enseguida refiere: "Sin embargo, al menos en la experiencia italiana, con la llegada del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, desaparecieron las

Como dice el Profesor de Chile que cito en nota pie, “es en la ‘crisis de la Justicia’ donde la doctrina comienza a reformular los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, dentro de una necesidad de tutela de urgencia. De este modo, poco a poco, los pronunciamientos cautelares han ido asumiendo un rol no típicamente reconducible al concepto de cautela, sino, antes bien, dirigido a la anticipación inmediata de la decisión”.

2. Hoy, se plantea en Argentina el tema de las medidas cautelares que impiden la plena vigencia de algunas leyes. Diré sobre el particular que la misma Corte Suprema ha podido suspender la vigencia de leyes como medida liminar hasta la decisión final. Cito, entre otros: “Corresponde decretar la prohibición de innovar con relación a aquellas medidas que la provincia del Chubut pueda adoptar sobre la base de la ley 3317, cuya constitucionalidad se ataca, que alcancen actividades de la empresa actora, estando suficientemente acreditada la verosimilitud en el derecho invocado y surgiendo el peligro ende la demora en forma objetiva como consecuencia de las situaciones que pueden plantearse por la aplicación de las normas provinciales atacadas de inconstitucionales”<sup>15</sup>. Las

---

inhibitorias y el poder cautelar general del juez, siendo reemplazadas por el sistema de las medidas cautelares típicas, aunque un grupo de la doctrina procesal italiana, encabezado por Chiovenda, luchó incesantemente por la constitución de un proceso cautelar general, desvinculado de toda rigurosidad esquemática de las medidas cautelares expresamente tipificadas en los Códigos..., lucha que lo llevó a enfrentarse en este punto con su connotado discípulo Piero Calamandrei, abiertamente contrario a un poder cautelar general inhibitorio en manos de cada juez”.

<sup>15</sup> Harengus SA. c/ Chubut, Provincia del s/ inconstitucionalidad (ley prov. 3317). H. 82. XXIII.11-06-1991; T. 314. P. 54. V. también “ARBUMASA C. CHUBUT Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 25-09-2007; T. 330 P. 4252, con la disidencia del Juez doctor LORENZETTI, quien dijo allí: “Que esta Corte ha señalado que la medida cautelar innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, justificándose por ello una mayor rigidez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 319:1069; 326:3729). / Tal criterio general debe aplicarse todavía con mayor razón cuando la cautela innovativa se refiere a actos de los poderes públicos, tal como las leyes. Ello es así, porque las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos constitucionales pertinentes, gozan de una presunción de legitimidad

numerosas citas contenidas en este fallo, dan cuenta de la reiteración de decisiones semejantes en contra de leyes provinciales pese a que, en todos los casos, la Corte sentó el principio de la presunción de validez de las leyes que, sin embargo, suspendía en su vigencia.

Pueden citarse en sentido inverso otros pronunciamientos, como el siguiente: “Cabe revocar la medida cautelar dictada por un juez federal a fin de suspender la aplicación de los artículos 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la ley 26.639 - Protección de los glaciares y el ambiente periglacial-, pues los fundamentos dados por el magistrado que previno para tener por acreditado el requisito de verosimilitud del derecho, resultan dogmáticos y no son suficientes para tornar procedente la medida, ya que, teniendo en cuenta la presunción de legitimidad de que gozan los actos legislativos, no basta para sustentar la verosimilitud del derecho la mera argumentación de que la norma impugnada afectaría los derechos de la actora sin demostrar claramente de qué modo se produciría un gravamen en el caso concreto, siendo insuficiente la mera alegación de un perjuicio cuando todavía no se conoce si la actividad se desarrolla en el ámbito del recurso protegido por la ley”<sup>16</sup>.

---

que opera plenamente, de suerte tal que, en esa hipótesis, la admisibilidad del instituto cautelar naturalmente asume una extrema y rigurosa estrictez (Fallos: 320:1027), inclusive si mediara la posibilidad de un perjuicio irreparable (Fallos: 195:383; 205:261; 320:1027). / En el caso, el objeto de la ampliación de la demanda se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 11, inc. 2, 14, 15, 16, 38 y 45, inc. 5, de la ley provincial 5639, y la ampliación de la cautelar innovativa solicitada a la suspensión de la aplicación de ese precepto. / En tales condiciones, ponderando, por un lado, el señalado criterio interpretativo que deriva de la presunción de legitimidad de las normas cuya inconstitucionalidad se persigue, y por el otro, el hecho indiscutible de que, en razón de la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva (Fallos: 327:2490, considerando 4°), corresponde concluir en su improcedencia, tanto más si se aprecia que su admisión excedería ciertamente el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad (Fallos: 325:388)”.

<sup>16</sup> “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad. B. 140. XLVII; ORI; 03-07-2012. En igual sentido: M 185 XLVII “Minera Argentina Gold S.A c/ Estado Nacional” y A 138 47 “Asociación Obrera Minera (A.O.M.A) y otras c/ Estado Nacional”, sentencias de la misma fecha.

Se recordará lo dicho por la Corte Suprema en “Camacho Acosta”. Allí, el Tribunal subrayó: “...Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (confr. Fallos: 316:1833 y causa P.489 XXV ‘Pérez Cuesta S.A.C.I. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)’ del 25 de junio de 1996)”.

Ello no obstante, hizo lugar al recurso extraordinario planteado por el actor –que consideró admisible pese a no tratarse de una sentencia definitiva, con una disidencia-, en contra de la decisión anterior que le negó la medida, en tanto, dijo en el caso, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

En nuestros días, también han sucedido decisiones de la Corte en el llamado caso del “Grupo Clarín” respecto de la aplicación de la “ley de medios”, que ha generado el debate de público y notorio proyectado en los ámbitos políticos y académicos. El caso tuvo origen en la solicitud de una medida judicial por el Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. –de no innovar-, según relata la Corte, “con el objeto de que se ‘...ordene la suspensión del tratamiento legislativo del proyecto de ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Fundaron dicha petición en que el trámite cumplido en la Cámara de Diputados estuvo ‘...plagado

---

<sup>17</sup> 07-08-1997; T. 320 P. 1633.

de irregularidades y transgresiones reglamentarias", y en que el texto aprobado por dicha cámara era... 'flagrantemente inconstitucional' por vulnerar los derechos de propiedad, de industria lícita, de igualdad, de competitividad, de libertad de expresión...".

Resulta de toda importancia destacar, como lo hizo la Corte en la oportunidad, los fundamentos por los cuales el Juez de primera instancia rechazó el pedido. Relató el Tribunal: "Para concluir de ese modo sostuvo -citando un precedente de esta Corte- que '...de hacerse lugar a la pretensión se incurriría en una manifiesta invasión en el campo de las potestades propias de otra autoridad de la Nación, toda vez que el Poder Judicial estaría interfiriendo en una actividad propia de otro 6rgano del Estado, cual es el tratamiento de un proyecto de ley, lo que importaría un avance en desmedro de las facultades de otro poder, involucrándose en una controversia donde se lo pretende utilizar como árbitro -premature- de una contienda que se desarrolla en el seno de otro 6rgano del Estado, lo que revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público".

El grupo adecuó la solicitud una vez sancionada y promulgada la ley y pretendió que se dictara una medida de no innovar suspendiendo la aplicación de los arts. 41 y 161 de la ley 26.522. La medida fue calificada como innovativa y se entendió reunidos los recaudos para acceder a la tutela.

Lo que interesa es que la Corte, como ella misma lo hizo notar, con intervención de todos sus miembros y sin disidencias, desestimó en una primera decisión el recurso extraordinario por considerar que no se dirigía contra una sentencia definitiva, o equiparable a tal, según lo exigido por el art. 14 de la ley 48. Dijo que "En el voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y de la jueza Highton de Nolasco, se desarrollaron los fundamentos por los cuales se concluía del modo indicado, sin que se presentaran –en ese grado de desarrollo del proceso- circunstancias de excepción que, con arreglo a tradicionales precedentes del Tribunal, autorizaran a superar la inobservancia del recaudo propio mencionado a fin de habilitar la jurisdicción revisora más eminente que la Constitución Nacional y su ley reglamentaria han puesto en manos de esta

Corte Suprema. En dicho voto, no obstante, también se enfatizó que esa solución debe complementarse con otra regla tradicional de este Tribunal, consistente en que la medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado al causar -por el mantenimiento sine die de la resolución anticipatoria- un perjuicio irreparable al sujeto pasivo de la resolución, razón por la cual se consideraba conveniente la fijación de un límite temporal razonable para la medida cautelar que armonizara el interés general en la aplicación de la ley frente a la defensa del derecho individual de propiedad del afectado (cons. 7° y 8°)<sup>18</sup>.

Las vicisitudes de este pronunciamiento son conocidas y han merecido diversos comentarios publicados en distintos medios jurídicos, francamente divergentes. Y al momento en que esto escribo pende la decisión sobre el fondo.

#### IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. El tercer aspecto está referido al control difuso de constitucionalidad y merece esta reflexión del Dr. MAIER: *“En verdad, el Derecho argentino no conoce la ‘declaración de inconstitucionalidad’, magüer el uso y abuso que nuestra Corte, nuestros tribunales y nuestros juristas han hecho del concepto. El llamado ‘sistema difuso’ sólo habilita a los jueces, al pensar la sentencia y exponer sus*

---

<sup>18</sup> 29-05-2012; T. 335 P. 765. V. también 05-10-2010; T. 333 P. 1885. En éste, adujo la Corte. “...Que de conformidad con lo dicho, se debe aplicar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal en relación a que las resoluciones referentes a medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 327:5068; 329: 440 entre muchos otros). / Que sobre la materia resulta propicio recordar los términos del señero precedente de Fallos: 137:352 suscripto por los jueces Bermejo, González del Solar, Figueroa Alcorta y Méndez. Allí se sostuvo que ‘...según se ha establecido reiteradamente por esta Corte, tratándose de abrir una tercera instancia, el legislador sólo la autoriza respecto de las sentencias definitivas y por tales se entienden las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, o haciendo imposible su continuación, o sea, como lo expresaba la Ley de Partidas, aquélla ‘que quiere tanto decir como juicio acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado’ (Ley 2 in fine, Título 22, Partida 3ra.; Fallos: 126:297, entre otros)’. En efecto, es característico de la sentencia definitiva -como sostenían Imaz y Rey- que después de dictada, el derecho discutido no puede volver a litigarse (“Recurso Extraordinario”, 2da. ed., Nerva, Buenos Aires, 1962, pág. 199)”.

*razones en sus fundamentos, a no aplicar cierta norma para resolver el caso porque la creen contraria a la letra de la Constitución: se trata de un fundamento de la sentencia de un tribunal y no se trata de una declaración. Todo según la ley 48. Nuestros jueces parecen utilizar este concepto ‘facilongamente’, con prostitución del orden jurídico, calificativo mucho más vigoroso aún si pensamos que una ley del Congreso, o de las Legislaturas provinciales dentro de su competencia, cuando cumple los requisitos formales –es dictada por la mayoría prevista en ambas Cámaras–, goza de una especie de presunción de constitucionalidad que, como indiqué, sólo puede ser cancelada por sentencia firme que resuelva un caso”.*

2. El linaje de nuestro sistema de control de constitucionalidad –de cuño norteamericano- está explicitado con acierto, según creo, en el fallo de la Corte Suprema recaído en “CASAL”<sup>19</sup>. Desde antiguo, ha dicho la Corte: *“El control de constitucionalidad de las leyes, que es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por el artículo 3 de la ley de 16 de octubre de 1862 y artículo 21 de la Ley de Jurisdicción)”*. Asimismo: *“Es elemental en nuestra organización constitucional, 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 ó no*

---

<sup>19</sup> Semejantemente, cito: “...en particular respecto de la Revoluciones Americana, surgió otro principio del constitucionalismo moderno que fue el rol que asumieron los jueces en materia de control de la constitucionalidad de las leyes; derivado de la idea de que la Constitución, como norma suprema, tenía que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial. De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica, adquirió la Corte Suprema de Justicia. En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces, frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después que se originaría la consolidación de la justicia administrativa, que aun cuando separada del Poder Judicial, controlaría a la Administración...” [“LOS APORTES DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA AL CONSTITUCIONALISMO MODERNO y SU REPERCUSIÓN EN HISPANOAMÉRICA A COMIENZOS DEL SIGLO XIX”, por Allan R. Brewer-Carías].



*conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”<sup>20</sup>.*

Puede reconocerse en ese fallo la influencia de los fundamentos dados por el Juez Marshall. He de hacer notar que en ese precedente la Corte también debió decir: *“Si se basara la expropiación en la designación discrecional y arbitraria del Poder Legislativo, no sólo se desnaturalizaría el derecho, haciendo de él una fuente ordinaria de recursos y un medio financiero inusitado y anormal, sino también se cambiarían las reglas asignadas por la Constitución y las leyes para la formación del tesoro público, confundiendo las nociones legales y sustituyendo el ejercicio de tal derecho al poder ordinario del impuesto y contribución, lo que constituiría un verdadero socialismo de Estado, en el que éste sería todo y el ciudadano nada”.*

Lo que viene a propósito en nuestros tiempos en que se ha vuelto a hablar del “gobierno de los jueces” en cuanto enervan actos del Poder Legislativo.

Añadió la Corte mucho más tarde: *“...el Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, pues decidir ‘... si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución’ (‘Baker vs. Carr’, 369 US 186, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d. 663, 1962)”<sup>21</sup>.*

**3.** Parece oportuno recordar las diferentes respuestas a la pregunta en torno a quién debe ser el defensor de la Constitución, reveladas en las posturas de Carl Schmitt y de Hans Kelsen. Como se ha dicho, uno, entrega la tarea de

---

<sup>20</sup> Municipalidad de la Capital Isabel A. c/ Elortondo. 1888. T. 33, P. 162

<sup>21</sup> In re “PRODELCO c/ PEN s/ amparo”. P 475 XXXIII; 07-05-1998; T. 321 P. 1252.

guardián de la Constitución al presidente del *Reich* o Jefe de Estado que es elegido por el pueblo; el segundo propone la creación de un Tribunal Constitucional, siendo consecuente con la idea de legalidad como condición esencial del Estado<sup>22</sup>.

**-N-** En una nota en homenaje a Arturo Enrique Sampay, recordé su señalamiento en relación con las posturas de Schmitt y Kelsen<sup>23</sup>:

“Desde nuestro inicio, los juristas de mi generación cuando hemos querido trabajar con el pensamiento contemporáneamente vigente, tuvimos a la vista, y debimos decidirnos a transitarlos –como quien tiene una montaña cubriéndole el horizonte-, a Hans Kelsen y Carl Schmitt. Frente a ellos, asumimos una postura informada por una de las dos posiciones radicales en que se divide el pensamiento jurídico contemporáneo. Están a favor del positivismo logicista o decisionista de Hans Kelsen y Carl Schmitt, respectivamente, los que aceptan como único derecho el derecho positivo establecido por una instancia gubernativa competente; y nos oponemos a él, develando su falsía y los aniquiladores efectos que tiene para la dignidad y la libertad humanas, quienes, manteniéndonos fieles al pensamiento clásico de Occidente, aceptamos que el derecho positivo no es sino la aplicación, a una circunstancia histórica, de un derecho metapositivo innato en la naturaleza del hombre, especificada por su condición de animal racional y político”<sup>24</sup>.

Recordé que Sampay, en ese ensayo de erudito contenido, en la Introducción señaló: “En resumen, la cuestión que se plantea es la siguiente: el Estado, ¿tiene

---

<sup>22</sup> V., entre otros, “EL DEBATE SCHMITT – KELSEN, SOBRE EL GUARDIAN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”, por Wilberto Therán Lopera - CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE SABANETA J. EMILIO VALDERRAMA - Innovación y Emprendimiento para La Paz. . [www.unisabaneta.edu.co](http://www.unisabaneta.edu.co).

<sup>23</sup> HEREDIA, José Raúl, “A LA MEMORIA DE ARTURO SAMPAY”, nota en ocasión de cumplirse el centenario de su natalicio, originalmente publicada en EL REPORTE JUDICIAL, Revista del Superior Tribunal de Justicia, Escuela de Capacitación Judicial, de la Provincia del Chubut y reproducido sobre su base en la página Web de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, noviembre de 2011.

<sup>24</sup> SAMPAY, Arturo E., Carl Schmitt y la crisis de la Ciencia Jurídica, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1965. Puede solicitarse como B7046 en la Biblioteca del Congreso de la Nación.

condicionamientos metaconstitucionales en su creación del derecho positivo?; en caso de tenerlos, ¿de qué índole son?”. El ensayo, precisamente, se ocupa de procurar las respuestas desde diversas posturas científicas del Derecho, con profundo conocimiento del pensamiento filosófico.

Solo añadido este pensamiento culminante: ““Dado, entonces, que la eliminación del derecho natural acarreó la crisis de la ciencia jurídica, y con ella la crisis de la conciencia jurídica de Occidente, la solución reside en la restauración del derecho natural, pues, como decía Aristóteles en la *Política*, ‘si conocemos las causas de la destrucción de las civilizaciones conocemos también los medios para conservarlas, pues los contrarios producen efectos contrarios, y la destrucción es lo contrario de la conservación’”<sup>25</sup>.

4. En Kelsen, el control de constitucionalidad es necesario y debe estar a cargo de un tribunal especializado, no un tribunal ordinario, el Tribunal Constitucional que, como sabemos, él proyectó en la Constitución de Austria de la que fue uno de sus principales redactores.

Este fue el modelo que se difundió en Europa durante el siglo XX. Por influjo de la Revolución Francesa, en los primeros tiempos posteriores a ella se entendió el control de constitucionalidad como lo explicaba Mauro CAPELLETTI, esto es, que él encontraba sus raíces en la teoría de la separación de poderes –lo dijo así, en antiguo precedente que he citado, la Corte argentina<sup>26</sup>- y en su consecuencia, la idea rígida de rechazo del control judicial de los actos emanados de las Asambleas parlamentarias en donde residía la soberanía popular<sup>27</sup>. Era la concepción del juez mirado como burócrata y aun ligado al régimen de los Luises.

Recuérdese lo que disponía el Artículo primero, del Capítulo V –Del Poder Judicial-, numeral 3, de la Constitución francesa de 1791: “3. *Los tribunales no*

---

<sup>25</sup> P. 75.

<sup>26</sup> **El control de constitucionalidad de las leyes, que es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo, que hace la Constitución**, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por el artículo 3 de la ley de 16 de octubre de 1862 y artículo 21 de la Ley de Jurisdicción). Municipalidad de la Capital Isabel A. c/ Elortondo. 1888. T. 33, P. 162.

<sup>27</sup> V. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO, por Víctor M. CASTRILLÓN Y LUNA [Biblioteca Virtual de la UNAM].

*pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.*

Los Tribunales Constitucionales cumplieron, especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial, un papel preponderante en la *constitucionalización* del Derecho. Pero ellos no forman parte del Poder Judicial.

El modelo de Kelsen se refleja en este artículo de la Constitución de Austria de 1920 y en sus concordantes:

#### Artículo 89

1. No tendrán los Tribunales competencia para examinar la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados, en la medida en que no se disponga otra cosa en el presente artículo.
2. Si un Tribunal concibe objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto deberá interponer, ante el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), la súplica de que se anule dicho decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley.
3. Si el decreto que el Tribunal tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, deberá el recurso interpuesto por el Tribunal ante el Tribunal Constitucional solicitar que éste dicte resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o anticonstitucional<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Artículo 100 [Control concreto de normas] / (1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal. / (2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal. / (3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de

(...)

Luego, hay que detenerse en la SEXTA PARTE - GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN ("Garantien der Verfassung und Verwaltung") (...) B. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ("Verfasßlmgsgerichtshof") a partir del Artículo 137. Puede verse, a su vez, el Título VI, Sección Primera, artículos 134 y sigs. de la Constitución de Italia de 1947. Véanse también las disposiciones referentes al "Régimen Jurisdiccional", artículos 101 y siguientes. Igualmente, el Título IX, Tribunal Constitucional, artículos 159 y siguientes de la Constitución española de 1978. Y el artículo 61, Constitución francesa de 1958 (cita parcial) (y sus concordantes).

Artículo 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

(...)

Nuestros autores han destacado que las constituciones europeas consagran administraciones de justicia pero no poderes judiciales, en razón, muy especialmente, de la ausencia en aquellas de la potestad de control de constitucionalidad. Este control, con existir, se ha deferido a un órgano concentrado que por lo general no forma parte del Poder Judicial.

**5.** Interesa destacar el fenómeno de la aprehensión de la Constitución como norma jurídica vinculante [Bidart Campos; Fernández Segado; García Belaúnde], como *regla de derecho* [FAVOREU]. En este sentido, yo hablé de la *relectura de la Constitución* a raíz del impacto que en el orden interno provocaron la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de

---

una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal. [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania].

1994<sup>29</sup>. Destaqué la *relectura democrática* –conceptos que no repetiré aquí- y la *relectura jurídica de la Constitución* para hacer notar su carácter de *norma jurídica vinculante*. Señalé que acaso sea este aspecto el que más relevancia tenga en ese *redescubrimiento* de la Constitución.

He citado a FAVOREU cuando señaló que durante mucho tiempo el derecho constitucional era un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el derecho, constatándose, especialmente desde los años ochenta del anterior siglo en países como Francia y observable en el derecho comparado, una *constitucionalización* del derecho<sup>30</sup>.

Ha dicho el citado autor:

“El tema y la problemática de la constitucionalización del derecho, que no tienen más que una quincena de años, no habrían podido desarrollarse sin la ayuda del derecho comparado. Además, esta problemática dejó completamente en claro que la constitucionalización del derecho lleva a la unificación del derecho”<sup>31</sup>.

Especialmente los Tribunales Constitucionales en Europa han avanzado en las últimas décadas *propagando* las normas constitucionales a todo el Derecho [FAVOREU], fenómeno que no es novedoso entre nosotros –he citado antiguos precedentes de la Corte-, aunque es posible reconocer una revalorización de la

---

<sup>29</sup> V. HEREDIA, José Raúl, “LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DE DAÑOS. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES”, en Libro Homenaje al Profesor François CHABAS, bajo la Coordinación de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, PP. 13-37].

<sup>30</sup> Louis Joseph FAVOREU, “LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO”. [Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, “La unidad del derecho”, París, *Economica*, 1996, pp. 25 y siguientes. Igualmente, ver FAVOREU, Louis Joseph. “La Constitucionalización del Derecho”, en Rev. Derecho (Valdivia). [online]. ago. 2001, Vol. 12, No. 1 [citado 03 Noviembre 2005], pp. 31-43. Disponible en la World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

<sup>31</sup> Op. cit.

Constitución específicamente desde el advenimiento de la Democracia – revalorización *política* y *revalorización jurídica*- .conforme lo he dicho ya.

Esto nos ubica de nuevo en su defensa y en el control de su **supremacía** – no solo de su primacía-.

## V. UN NUEVO “ORDEN”

### 1. El Profesor MAIER, en decisivas apreciaciones, culmina así:

Estos tres “desarreglos” mencionados condicionan la prostitución de nuestro orden jurídico. Lo azaroso de las decisiones proviene, además, de una multiplicidad de tribunales que coliden entre sí y explican mejor que cualquier argumento la diversidad política dentro de un Poder del Estado con miles de voces que retumban y, sin embargo, con pretensión de ser organizado verticalmente. Ellos son, también, los que instituyen el llamado y criticado “gobierno de los jueces”, la intromisión de ellos en las políticas de Estado para dirigirlas o indicirlas. / Ahora positivamente frente a esos “de-sarreglos”. Hay un momento en el cual la prenda deshilachada no soporta más arreglos, debe ser cambiada, modificada de raíz. Resulta imperioso construir nuevamente un sistema de decisiones jurídicas. El centro de nuestro control de constitucionalidad federal y de la competencia de nuestra Corte Suprema ha sido y es la ley 48. Estimo que ha llegado el tiempo de derogarla y reemplazarla sustancialmente. Tengo en cuenta que, por fuera de la competencia originaria de la Corte, la Constitución sólo observa que a ella se llega “por apelación”, esto es, por recurso contra una decisión judicial. Propongo, por ello, que la Corte sea el único organismo de control constitucional federal y a ella se pueda llegar cuando alguien sostenga que una ley, en principio aplicable al caso, no deba aplicarse a él por reparo de constitucionalidad. De ello debería desprenderse la terminación del llamado “sistema difuso” de control, que de manera alguna aparece textualmente en la Constitución, para ser reemplazado por un “tribunal constitucional”, nuestra Corte Suprema, único tribunal competente para escrutar la constitucionalidad de una ley. Los detalles, tales como si se puede llegar a ella antes de la decisión final o después de ella, deberían conversarse y evaluarse si se cuenta con la voluntad política de reformar de raíz el sistema que produce los efectos nocivos que ya han sido marcados en una columna de opinión.

No nos es posible crear un “Tribunal constitucional” a la manera europea, con querella de inconstitucionalidad en abstracto (como sucede en la CABA con un sistema bien interesante que se debe estudiar)<sup>32</sup>, pues para ello necesitaríamos modificar la Constitución, pero yo recomendaría que, si alguna vez pasa este mundo político en blanco y negro que vivimos, por otra parte, tan nuestro, y se recupera la racionalidad política, se estudie esa posibilidad.

2. Básicamente, la propuesta es erigir a la Corte como el único organismo de control constitucional federal –“Tribunal constitucional”- y que a ella se pueda llegar cuando alguien sostenga que una ley, en principio aplicable al caso, no deba aplicarse a él por reparo de constitucionalidad, dejando abierta la posibilidad de que ese control pudiera ser anterior o posterior a la decisión (jurisdiccional, entiendo) final. De esa suerte se terminaría con el control difuso y con “Lo azaroso de las decisiones..., además, de una multiplicidad de tribunales que coliden entre sí y explican mejor que cualquier argumento la diversidad política dentro de un Poder del Estado con miles de voces que retumban y, sin embargo, con pretensión de ser organizado verticalmente”. Propicia la derogación y sustitución de la ley 48.

El Dr. MAIER asevera que el control difuso de constitucionalidad no está expreso en la Constitución. No lo estuvo tampoco en la Constitución Federal de los Estados de Norteamérica, aunque aquel país –del cual adoptamos un modelo de Constitución- conoció el *judicial review* en los Estados: se ha recordado que en 1782 el Tribunal de Apelaciones de Virginia decidió en el caso “Commonwealth v. Caton” la inconstitucionalidad de una ley local que le quitaba al P.E. la facultad de otorgar perdones que la Constitución local le confería, o el caso del Superior

---

<sup>32</sup> El doctor MAIER se detiene a examinar el control de constitucionalidad, en relación con las facultades expresas y ausentes, según él nos dice, del Tribunal Superior de Justicia en la ciudad autónoma de Buenos Aires en un análisis que remite a normas del derecho constitucional o público provincial –se refiere, por ejemplo, a lo que en esta nota llamo con autorizada doctrina control atípico de constitucionalidad en algunas provincias, por el efecto derogatorio de la ley que él provoca- y hace ilustradas consideraciones de derecho comparado [V. “El control abstracto de constitucionalidad”, Rev. CONTEXTOS, 2011, 01, p. 8].



Tribunal de Nueva York en 1784 en los autos “Rutgers v. Waddington” en los que se declaró la invalidez de una ley; igualmente, en el caso “Bayard v. Singlenton”, de 1787, la Corte Suprema del Estado de North Carolina declaró inválida una ley contraria a lo que disponía la Constitución Estadual de 1776, entre otros. Y el Fallo “Trevett v. Weedon”, 1786, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya fecha es anterior al de 1803 que es el más citado].

Sin duda, de esa tradición se nutrieron los primeros fallos que establecieron el órgano al que competía el control de la supremacía de la Constitución. García Belaúnde, de Perú, dijo al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1999) que el control judicial –*judicial review* en la tradición norteamericana- estuvo presente en las colonias, existía en la práctica de alguna de ellas, pero, curiosamente, no fue aceptado en la Convención de Filadelfia de 1787, que, de tal suerte, no se pronunció acerca de dicho control. VANOSSI le ha llamado “laguna deliberada” a esta decisión de aquella Convención, que fue llenada por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Y resulta ser una de las tres fuentes de nuestro derecho constitucional [César Enrique ROMERO].

3. En las provincias, ese control difuso existe en el orden local y es posible encontrar en algunas lo que la doctrina ha denominado *control atípico de constitucionalidad* [FRÍAS] para referirse a la facultad de los Tribunales Superiores de derogar la ley si se declara repetidamente su inconstitucionalidad: es el caso de Chubut que ha contemplado el efecto derogatorio si se pronuncia por dos veces consecutivas o tres alternadas el Superior Tribunal, luego de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial –artículo 175, Constitución de Chubut [C. Ch.]-. Este efecto que provoca el pronunciamiento del Tribunal –por cuyo motivo podríamos llamar a éste, como lo hizo Kelsen respecto del Tribunal Constitucional, *legislador negativo*-, obviamente, desde la doctrina de la división de los poderes es pasible de críticas. Pero se ha impuesto reitero en algunas constituciones de provincias<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Cito la Constitución de la Provincia del Neuquén: “Supremacía de la Constitución. Art. 16. - Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. / La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de

Al mismo tiempo, suele coexistir ese control difuso con uno concentrado, al atribuir algunas constituciones provinciales –de nuevo cito a la de Chubut- competencia originaria y en pleno al Tribunal Superior para entender en las **acciones declarativas de inconstitucionalidad** –así se las denomina- promovidas en contra de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones cartas orgánicas y ordenanzas municipales “que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan en caso concreto por persona determinada” [artículo 179.1.1, C. Ch.]. Puedo citar en el mismo sentido a la Constitución de Córdoba de 1987, artículo 165,1.a). Y a la de la Provincia del Neuquén<sup>34</sup>.

4. He recordado en una nota anterior este pensamiento del doctor Rodolfo RIVAROLA<sup>35</sup>: *“NECESIDAD DE UN RECURSO PARA MANTENER LA UNIDAD DE LA LEY CIVIL”*: *“La jurisdicción de la Corte Argentina no puede ser limitada a los casos de la Corte de Estados Unidos dada la fundamental diferencia entre las materias de legislación propias al Estado Nacional y de las jurisdicciones locales que media en la comparación de los dos países. La ley del 14 de septiembre de 1863 y su complementaria y reformadora, la N°. 4055, no impiden la creación del recurso estricto de derecho que propongo en el adjunto proyecto. Admitida la posibilidad de este recurso sólo quedará por proponerse la ley de su reglamentación que podrá agregarse al proyecto de reformas”*.

---

Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración”.

<sup>34</sup> Jurisdicción originaria y exclusiva. Art. 241. - El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución...” [Cita parcial].

<sup>35</sup> V. HEREDIA, José Raúl, *“LA UNIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN POR LAS JURISDICCIONES SEGÚN SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL”*, - “A propósito de una ponencia de Rodolfo Rivarola presentada en el Primer Congreso de Derecho Civil”, en el Libro HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL (1927 - 1937 - 1961 - 1969). TOMO I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, año 2009.

La ley que menciona por la fecha de su promulgación, es la 48<sup>36</sup>, cuya derogación propicia el doctor MAIER.

La idea de una única interpretación de la ley es de antigua data, como lo he mostrado en ese trabajo anterior<sup>37</sup>. Recuerdo brevemente, por su pertinencia aquí, que argumentaba RIVAROLA: *“Los códigos nacionales dictados por el Congreso, se encuentran en la condición excepcional de carecer de autoridad suprema en el orden judicial, que decida entre dos interpretaciones posibles de una misma ley”*. (...) *no necesito insistir sobre las consecuencias de esta situación, contradictoria con la unidad de los regímenes de la familia, de la propiedad, de los contratos o de las sucesiones, implicada en la unidad de códigos prescripta por la Constitución. / “Es conocida la insistencia con que de tiempo en tiempo se indica la necesidad de un recurso de casación, lo cual lleva al supuesto de que sería necesario reformar la Constitución. La objeción es válida para un recurso en el cual el tribunal supremo debería pronunciarse sobre la aplicación al caso particular. Entiendo que no sería válida cuando el tribunal supremo debiera decidir entre dos interpretaciones del derecho discutidas en un caso, reservándose para el tribunal local la aplicación conforme a la declaración del texto y sentido preciso de la ley.*

Pretendía que el Código Civil, único, sancionado por el Congreso, tuviera una única interpretación en todo el país: *“...toda ley civil supone una administración de justicia que deberá aplicarla. Toda aplicación supone a su vez unidad de interpretación o entendimiento. Aquélla exige una jerarquía judicial que termine en un tribunal supremo, y se pronuncie sobre la variedad y con ella la*

---

<sup>36</sup> La Corte, nos recordaba el Profesor César Enrique ROMERO, no sesionó públicamente hasta octubre de 1863; antes, sus miembros prepararon los anteproyectos de las leyes 48, 49 y 50, las tres promulgadas en setiembre de 1863. [V. César Enrique Romero, Temas Constitucionales y Políticos, Edición del autor, Córdoba, 1971, pp. 63 y ss.].

<sup>37</sup> Escribió ALBERDI en LAS BASES: Los artículos de la Constitución, decía Rossi, "son como cabezas de capitales del derecho administrativo". Toda constitución se realiza por medio de leyes orgánicas. Será necesario, pues que haya un poder legislativo permanente, encargado de darlas. Tanto esas leyes como la Constitución serán susceptibles de dudas en su aplicación. Un poder judicial permanente y general será indispensable para la República Argentina.

incertidumbre sobre el sentido de interpretaciones de la ley, que resulta de sus aplicaciones por el criterio individual de diversos jueces o tribunales”.

#### 5. La Corte Suprema en nuestro tiempo ha podido decir:

“...Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía./ Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal...”<sup>38</sup>

Aunque convendrá no perder de vista que, posteriormente, dejó dicho:

“Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central federal que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central federal que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*<sup>39</sup>. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces -

---

<sup>38</sup> In re "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus". 03-05-2005; T. 328 P. 114

<sup>39</sup> *Stare decisis*: “El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, que significa, en traducción flexible, ‘estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está

como los franceses-, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores”. [“CASAL”]<sup>40</sup>.

## VI. EL DERECHO ES SOLO EL ORDEN DEL ORDEN SOCIAL

Doy ahora alguna explicación para el título principal de estas notas.

La responsabilidad de los profesionales del Derecho en la organización y desorganización del país es innegable. Tuvieron relevancia siempre, claramente desde 1810 en adelante. Alberdi, en Las Bases, se quejaba de la educación ideada por Rivadavia frente a las tareas que él entendía debían emprenderse para engrandecer nuestros países. Necesitábamos desarrollar industrias, el comercio, la navegación, construir caminos de hierro y contábamos para ello con clérigos, militares y abogados como resultado de aquella educación, afirmaba.

Y la afirmación del doctor MAIER acerca de la responsabilidad actual de los juristas, me ha traído a la memoria este pasaje de aquel Tucumano:

“Quiero suponer que la República Argentina se compusiese de hombres como yo, es decir, de ochocientos mil abogados que saben hacer libros. Esa sería la peor población que pudiera tener. Los abogados no servimos para hacer caminos de hierro, para hacer navegables y navegar los ríos, para explotar las minas, para

---

quieto’. [‘Cfr. Cueto Rúa, Julio César, El “Common Law”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957), p. 89. A veces se altera el orden de las palabras y se formula la doctrina como *stare decisis et non quieta movere*. Véase, por ejemplo, Moschzisker, Robert, “Stare Decisis in Courts of Last Resort”, 37 Harvard Law Review 409, 409 (1924)”. [“El Black’s Law Dictionary define así el adagio citado: “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”. Black’s Law Dictionary, West, St. Paul, Minn., 1990, sexta edición, s.v. “stare decisis”]. [Véase *Stare decisis* y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos, por Santiago Legarre, Visiting Professor, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University. Artículo basado en la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía de las ramas del mundo jurídico, en homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos, Universidad Nacional de Rosario, 31 de marzo y 1º de abril de 2005].

<sup>40</sup> “Casal, Matías E. y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa 1681-“, sent. del 20/9/2005.

labrar los campos, para colonizar los desiertos; es decir, que no servimos para dar a la América del Sur lo que necesita”.

Pero el país se constituyó y construyó sobre la base de esa trilogía, clérigos, militares y abogados. Para no retroceder más, solo subrayo que desde 1983 a la fecha todos los presidentes han sido abogados y, con alguna aislada excepción, lo fueron también los que disputaron con ellos la presidencia. Los profesionales del derecho igualmente son numerosos en el Congreso y en las legislaturas provinciales.

Como lo señaló el doctor QUIROGA LAVIÉ en una conferencia, en cambio, no hay abogados al frente de las Universidades Nacionales.

No es una característica solo de nuestro país que desde el Derecho se nutran los cargos públicos. Aunque es cierto que debemos hacernos cargo de la afirmación del doctor MAIER respecto de la afectación grave de nuestra vida institucional, por esa misma razón, es decir, por ser una suerte de cantera para ocupar los cargos públicos.

Con todo, creo que habría que introducir aquí la sabia reflexión del doctor Pedro J. FRÍAS. En una celebrada conferencia nos dijo: “El Derecho no lo puede todo”. Y reseñó “todo lo que el Derecho no puede”. Occidente, agregó, le pide demasiado al Derecho.

Argentina es un país con instituciones débiles. Su sistema de partidos políticos se ha quebrado. Impera el pragmatismo en quienes gobiernan y en sus opositores. Es decir, se ha quebrado un sistema de valores. “El Derecho es solo el orden del orden social, no todo el orden social”, nos dijo también el doctor FRÍAS.

Reconocemos la evolución, en el interior del Estado liberal de Derecho, hacia un Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho. Hay un programa constitucional de desarrollo humano con justicia social y equitativa distribución regional de la riqueza –inciso 19, artículo 75, C. N., la nueva cláusula del progreso-, con protección del ambiente y los derechos de usuarios y consumidores –artículo 42-. Los jueces solo no podrían hacerlo realidad, pero ellos deben velar porque la Constitución se cumpla. Las medidas urgentes pueden coadyuvar para ello, aunque sea cierto que pueden cometerse excesos.

Y, digo de la responsabilidad del poder y de los dirigentes políticos en general específicamente en el ámbito del Derecho Penal, hoy en el centro de la escena en Occidente: se les reclama a los jueces penales que resuelvan lo que las políticas públicas ausentes deberían hacer. Se les achaca excesivo “garantismo” y blandura en la aplicación de la ley penal, exigen la prisión preventiva como medida generalizada y condenas severas de prisión Y se ha enseñoreado el fenómeno que he caracterizado como *histeria, esquizofrenia e inflación legislativa*.

El Derecho Penal no puede si hay un desorden social que proviene de políticas ausentes o erróneas. Los jueces penales no pueden si los políticos hacen demagogia junto a las víctimas en apariciones masivas por los medios para responsabilizarlos de la “inseguridad ciudadana; si los juicios penales se hacen hoy rápidamente por los medios y cuando la sentencia llega no resulta compatible con los que ya ellos han sentenciado; si los gobernantes y opositores critican las sentencias que ni siquiera han leído antes. Y denuncian jueces con nombre y apellido como los responsables de los delitos.

Cierto: tenemos responsabilidades mayúsculas los profesionales del Derecho por lo que nos ha pasado y nos pasa en lo institucional, en el desorden jurídico. Pero el derecho no lo puede todo. Es solo el orden del orden social. Lo digo con FRÍAS: “Manfred Mols nos recordaría que la legitimidad es necesaria para la gobernabilidad, porque es la que retiene a los descontentos dentro del sistema político. Y la legitimidad está tan disminuida como la gobernabilidad misma. La conciencia de legitimidad se consolida con gobiernos que se apoyan y respetan y hacen respetar el derecho. Pero al derecho no hay que pedirle demasiado, porque es sólo el orden del orden social, no todo el orden. En la sociedad actual hay problemas que dependen de la cultura moral, acosada por un relativismo para el que todo es igual”<sup>41</sup>.

También de FRÍAS: “Porque la única novedad del siglo XX, cuando han caído las utopías revolucionarias, es el Estado de Derecho. Y como el Estado no está en su apogeo (J. Freund), crece la responsabilidad del derecho. El Estado ya

---

<sup>41</sup> LA CRISIS ARGENTINA.

no es ni empresario ni comerciante, escasamente benefactor. La tendencia es a esperarlo todo del derecho. Es su grandeza, pero también su debilidad. ¿Por qué? Porque el derecho no es más que el “orden del Orden Social, no todo el Orden”. Cuando el Orden Social está desgarrado por el narcotráfico, la subversión, la corrupción, la injusticia, el poder hegemónico, el derecho ayuda a restablecer el Orden pero no basta. No basta porque provee las normas y las decisiones que la aplican, pero el desgarramiento del Orden Social depende de conductas que se apoyan en valores. El derecho no es el “ethos” y el “ethos” son los valores vividos en la vida emotiva de la gente. El derecho hunde sus raíces en el “ethos” que es anterior al derecho. El Orden Social hace remisión a los valores, más que a las normas, aunque también a las normas. Cuando la sociedad está desgarrada por la subversión o por la corrupción o cualesquiera de los otros males posibles, el descreimiento social se traduce en “anomia”...”<sup>42</sup>

## **VI. ALGUNAS CONCLUSIONES**

Creo que el amparo y la tutela anticipada urgente –dicho de modo sintético– son instrumentos que permiten algunas respuestas en tiempo útil de parte de los jueces. Las respuestas desde el Derecho a los problemas individuales, económicos, culturales y sociales, lo sabemos, tardan demasiado. Los soldados heroicos y anónimos de la jurisprudencia –como los llamaba MORELLO–, esto es, los abogados, a veces consiguen obtener decisiones oportunas que además hacen justicia en el caso concreto.

Yo no me imagino que un odontólogo me dijera que el dolor que padeciera, que justificara mi visita –uno de los peores, según sabemos todos–, tendría solución en unos tres o cuatro años. Si nos situamos como pacientes, entonces, es posible que advirtamos la necesidad de realizar todos los esfuerzos para brindar soluciones eficaces. Hay que confiar en los abogados que peticionan ante las autoridades y en los jueces que deben responderles. No veo posible una receta común.

---

<sup>42</sup> LA SEGURIDAD JURÍDICA.



En cuanto al control difuso de constitucionalidad, estimo que pertenece a la cultura de la Constitución –tanto como es ajeno a ella el Consejo de la Magistratura-, aunque no esté en su texto, porque es el desarrollo de la interpretación de la Corte a lo largo del tiempo y compatible con el modelo que hemos seguido y con la jurisprudencia que a su respecto ha acuñado a su vez la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.

No haría obligatoria una única interpretación de nuestras leyes o de la misma Constitución –como lo hizo la Constitución de 1949-. Yo prefiero decir que cada juez **es** el Poder Judicial y que no está subordinado a ningún tipo de opinión o doctrina, emanada de sus pares o de jueces colocados en jerarquía orgánica superior. De otro modo, se aniquila su independencia.

Los jueces, mediante el control difuso, pueden atajar al poder –también a los poderes económicos- a tiempo y, además, ello se compadece mejor con el régimen federal de gobierno que adoptó en la letra el artículo 1° de la Constitución de 1853/60.

Tal vez se me permita recordar este pensamiento de ALBERDI:

“...Para todos los sistemas tenemos obstáculos, y para el republicano representativo tanto como para otro cualquiera. Sin embargo estamos arrojados en él, y no conocemos otro más aplicable, a pesar de nuestras desventajas. La democracia misma se aviene mal con nuestros medios, y sin embargo estamos en ella y somos incapaces de vivir sin ella. Pues esto mismo sucederá con nuestro federalismo o sistema general de gobierno; será incompleto pero inevitable a la vez”.