

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: DE ÚLTIMA RATIO A PRIMA RATIO CONSTITUTIONAL REVIEW: FROM ULTIMA RATIO TO PRIMA RATIO

José Carlos Moslares<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Pampa

Resumen: El presente artículo versará sobre el análisis del control de constitucionalidad que se desarrolla en nuestro país, analizando en qué instancias entiende nuestra Corte Suprema que el mismo es procedente. Lo que busca es reflexionar sobre si es adecuado o no mantener la idea que el ejercicio del control de constitucionalidad constituye la “*ultima ratio*” o si en realidad es la primera función (jurisdiccional) que debe desarrollar la Corte. Se busca repensar la relevancia del ejercicio de esta función que tiene como principal misión resguardar la supremacía de la Constitución Nacional. El trabajo realiza un relevamiento de la doctrina y la jurisprudencia más relevante de nuestra Corte Suprema sobre el control de constitucionalidad que de algún modo respalda la tesis aquí sostenida.

Palabras claves: control de constitucionalidad, instancia, ejercicio

Abstract: This article will deal with the analysis of the control of constitutionality that takes place in our country, analyzing in which instances our Supreme Court understands that it is appropriate. What it seeks is to reflect on whether or not it is appropriate to maintain the idea that the exercise of constitutionality control constitutes the "ultima ratio" or if it is actually the first (jurisdictional) function that the Court must develop. It seeks to rethink the relevance of the exercise of this function whose main mission is to safeguard the supremacy of the National Constitution. The work carries out a survey of the most relevant doctrine and jurisprudence of our Supreme Court on the control of constitutionality that somehow supports the thesis here sustained.

Key words: Constitutional review, instance, exercise

### *El control de constitucionalidad*

El control de constitucionalidad constituye una de las atribuciones más trascendentes del Poder Judicial atento a que en la misma radica la preservación de la supremacía y soberanía constitucional.

---

<sup>1</sup> tatamosla@gmail.com

En el control de constitucionalidad el poder judicial verifica que los actos y normas que dictan los poderes ejecutivo y legislativo se adecúen y respeten lo dispuesto por la Constitución y en caso de constatar alguna contradicción declarar la inconstitucionalidad del acto cuya validez se cuestiona.

La Corte<sup>2</sup> cuando describe esta actividad lo hace señalando

“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 llevan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”.

El Dr. Bidart Campos (1985) señala que

"La doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales."  
(pág. 205)

Por ello el modo y alcance de su ejercicio adquiere una importancia extraordinaria para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. El control de constitucionalidad en nuestro país es de creación netamente jurisprudencial ya que no fue previsto taxativamente por el constituyente.

En este sentido señala Enrique Petracchi :

“El sistema de control judicial federal de la Argentina fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos y sus leyes de organización también provienen del ordenamiento norteamericano, la eficacia del control de constitucional que deben ejercer los tribunales federales tanto para la tutela de los derechos básicos como para resguardar el orden de competencias nacionales y locales, se resintió por el escaso desarrollo de los medios jurisdiccionales aptos como vehículo de control

---

<sup>2</sup> Banco Comercial de Finanzas S.A. Fallos 327:3117.

constitucional. Sólo en los últimos tiempos y, especialmente en las decisiones de la Corte durante el actual período constitucional se ha llegado a una situación de mayor desarrollo en el campo señalado”. (Petracchi Enrique, 2001, fuente: TR LALEY AR/DOC/12038/2001)

El rol de la Corte como cabeza del Poder Judicial se hace en el marco de la división de poderes, característica distintiva de la forma republicana de gobierno, en el marco de potestades equilibradas y de control recíproco con los restantes poderes.

El Dr. Joaquin V. Gonzalez (2001) enseñaba que: “Reconoce la Constitución en el Poder Judicial una parte de su organismo, sin la cual no existiría como un objeto fundamental del Estado y un medio de hacer efectivos los derechos, declaraciones y garantías que enumera...” (pág. 546).

En el sistema de controles denominado *checks and balances*, el Poder Judicial, con la Corte a la cabeza, realiza un control del regular y razonable ejercicio de las facultades constitucionalmente asignadas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo.

La Corte así lo establece claramente en el caso Patti<sup>3</sup> cuando señaló:

“la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas”

El control de constitucionalidad en la vida institucional de nuestro país ha permitido no sólo obrar como un resguardo efectivo de la supremacía de la constitución nacional sino también como un efectivo freno o control respecto de los otros dos poderes del estado.

Así lo deja claramente resuelto la Corte<sup>4</sup> cuando, analizando si un decreto dictado por el gobernador de Salta podía declarar la inconstitucionalidad de una ley, señaló

“...es claro que, cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de

---

<sup>3</sup> Fallos 316:2940

<sup>4</sup> Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta s/ Recurso de Hecho, 8 de Noviembre de 1967. Id SAIJ: FA67009992

las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede”.

En la medida en que este control se ejerce efectiva y permanentemente por parte de la Corte se garantiza plenamente no solo el equilibrio entre los poderes sino la forma republicana de gobierno misma.

Se ha definido la tarea de la Corte como un “poder constituyente en sesión permanente” afirmación que se deriva del rol de interprete final de la Constitución que a través de una interpretación dinámica de la misma que surge de sus fallos propugna la plena vigencia de ella y de los derechos y garantías individuales allí contenidas.

Este rol de control o contrapeso asignado al Poder Judicial, mediante el cual puede analizar la legalidad, razonabilidad y constitucionalidad de las normas y actos (u omisiones) de los demás poderes se ejerce de manera permanente a través de la función de la judicatura y específicamente a través del control de constitucionalidad.

Este control a mi entender, no es el ejercicio de un “poder jurídico” sino el ejercicio de un “poder político” de naturaleza jurídica que deja de lado o inaplica una norma dictada por un órgano político.

La Corte ya fija una pauta interpretativa clara acerca de los alcances de los derechos y garantías individuales, lo que opera *per se* como un límite a los poderes del estado, en el caso Siri<sup>5</sup> cuando determinó: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias,...”.

Las funciones de la Corte las podemos clasificar en dos, una función institucional de clara naturaleza jurisdiccional como cabeza del poder judicial y por otro lado lo que parte de la doctrina clasifica como función política caracterizada por el control de constitucionalidad.

Este tipo de control es el que ha generado a mi entender, injustificados cuestionamientos sobre todo desde los dos poderes restantes, ya que implica en su ejercicio invalidar, dejar sin efecto decisiones tomadas por los poderes en ejercicio de sus competencias.

Este cuestionamiento tiene que ver con la supuesta falta de legitimación de este poder con respecto a los demás poderes atento que tanto la cabeza del poder ejecutivo como los integrantes del poder legislativo son elegidas directamente por el pueblo.

Este argumento, falaz a mi entender, no tiene sustento.

---

<sup>5</sup> Fallos: 239:459

Esto ha llevado a que se caracterice al rol del poder judicial como el ejercicio de un poder “contra mayoritario” que avanza sobre los demás poderes y pareciera desconocer la legitimidad representativa que poseen ellos.

Nada más errado, a mi entender, que pretender deslegitimar el ejercicio de la función jurisdiccional realizado por el poder judicial con el argumento que sus integrantes no han sido elegidos por el voto popular, como lo son los miembros de los restantes poderes.

La Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup> da respuesta a este cuestionamiento al momento de tratar la reforma judicial, donde se planteaba la legitimidad del Tribunal para declarar la constitucionalidad o no de una norma señalaba:

“La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos:328: 175), Y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.”.

Jorge Berchloc señala

“Esa función naturalmente política, en tanto ejercicio de poder en confrontación con otro poder del mismo rango institucional, implica nada menos que controlar, contradecir, y bregar con los poderes políticos investidos de legitimidad – consenso, autoridad- por el sistema político democrático, y aquí si coincide en general la doctrina que ésta resulta ser la función más importante y fundamental, en términos institucionales, que ejerce o debería ejercer la Corte Suprema” (Berchloc Jorge, 2010:308)

En estos últimos años hemos podido observar lo que denomino un proceso de consolidación del rol institucional de la Corte que tiene que ver con la plausible decisión de tomar un papel activo y hasta de iniciativa en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente asignadas que

---

<sup>6</sup> Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) si acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13) . R. 369. XLIX

a su vez se vieron reforzadas por el abandono de la Corte de posturas enquistadas en ella que no han hecho más que obrar en desmedro de sus funciones.

Ejemplo de mis afirmaciones lo constituye el apartamiento paulatino de doctrinas como la de la existencia de cuestiones políticas no justiciables, que de algún modo inhibían la competencia de la Corte permitiendo que las potestades asignadas a los demás poderes del estado se ejercieran prácticamente sin control alguno.

Se debe incluir en esta política de iniciativa en materia de su jurisdicción el reconocimiento del control de constitucionalidad de oficio que la Corte<sup>7</sup> ha elaborado de una manera tal de ejercer su función de guardián de la supremacía constitucional aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor jerarquía, en este caso la Constitución, dejando de lado la de rango inferior.

La Corte en el fallo citado señala que el control de constitucionalidad de oficio no implica un desequilibrio de poderes ya que no es razonable entender que cuando las partes piden la inconstitucionalidad de una norma no hay un avance sobre los demás poderes y cuando esa declaración es de oficio si se produce un exceso o avance sobre los demás poderes.

También ha coadyuvado a este proceso la reforma constitucional del año 1994 donde aparecen nuevos actores con legitimación procesal para la salvaguarda y tutela de derechos como el defensor del pueblo y las asociaciones reconocidas por el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

La Corte ha utilizado argumentos similares cuando en ejercicio de su “jurisdicción negativa” decidía abstraerse del conocimiento de determinadas causas, alegando la existencia de “cuestiones políticas no justiciables” o como en el caso Polino<sup>8</sup> atacando la falta de legitimación de los actores atento su carácter de legisladores nacionales y que para habilitar el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales “requieren que este requisito de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes”.

La “confusión” ¿dónde radicaba? En la interpretación equivocada de los arts. 100 y 101 (actuales 116 y 117) de la Constitución Nacional donde hace referencia la competencia de la Corte sobre el conocimiento de causas, o casos, dejando de lado las acciones declarativas ya que se entendía que las mismas por no tratarse de causas como si la función jurisdiccional

---

<sup>7</sup> Fallos 306:303

<sup>8</sup> Fallos 317-341

sólo se debiera ejercer en relación a las pretensiones que persiguen acciones de condena o reparatorias.

No puede de ningún modo limitarse el ejercicio de la función jurisdiccional cuando pese a no haberse producido perjuicio alguno sea necesario desentrañar el significado y alcances de una norma y así determinar sus alcances y dar certeza acerca de la existencia o no de un derecho. Esto no solo disminuye la litigiosidad sino también permite hacer efectivo el ejercicio de garantías constitucionales como la de seguridad jurídica.

La ampliación de derechos, afirma Victor Bazan, que deriva de la reforma constitucional necesariamente implica

“...la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, en función de lo cual la normativa infraconstitucional debe ser examinada a la luz de la norma básica y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con cotización homóloga a ésta, para verificar si supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad” (Bazan Victor, 2009:6)

El constituyente en la última reforma de la Constitución Nacional al regular la figura del amparo se admite el mismo contra todo acto que en forma actual o inminente afecte derechos o garantías constitucionales y faculta a que el juez en el marco del amparo pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo.

A partir de la reforma con el reconocimiento amplio del amparo y las facultades jurisdiccionales en el marco del mismo operan como un elemento que potencia de algún modo el rol activo asignado a los jueces para la tutela efectiva de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

Dicho rol activo encuentra su fundamento en el avance del neoconstitucionalismo que pone a la Constitución como centro y donde pivotea todo el ordenamiento jurídico y donde la interpretación y aplicación de principios por sobre el modelo anterior que limitaba la labor de los jueces a aplicar taxativamente las normas.

Así, al destacar las características del neoconstitucionalismo, Arballo señala:

**“...y la argumentación es función y territorio de los jueces.** El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que ve al Poder Judicial en un rol central y preponderante. Contrapone al juez “boca muda de las palabras de la ley”, meramente adjudicador, con un juez activista y constructivista.”.(Arballo Gustavo, 2020:13)

La “expansión normativa” de derechos fundamentales y el rol protagónico que asumen los

jueces necesariamente implican un ejercicio más amplio y permanente tanto del control de constitucionalidad como el de convencionalidad.

*Control de constitucionalidad como última ratio*

La Corte Suprema se ha reconocido siempre como intérprete final de la constitución, plasmado en “la Constitución dice lo que la Corte dice que dice la Constitución”.

Sin embargo esta frase, que pareciera tan categórica, pierde su contundencia cuando la Corte a la hora de determinar que la declaración de (in) constitucionalidad de una norma solo procede como *ultima ratio*.

En este sentido traemos a colación lo señalado por Ferreyra (2004):

“La doctrina judicial de la CSJN en materia de declaración de inconstitucionalidad se orienta sobre criterios rectores en virtud de los cuales el material normativo producido por los órganos del Estado se presume constitucional; el pronunciamiento de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del ordenamiento en vigor de manera que, en caso de duda, debe optarse por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez”. (pág. 21)

Destaca el autor citado que la Corte ha sido muy restrictiva para ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas dictadas por los demás poderes

“Llamo la atención, por ahora, que si el más alto Tribunal de Justicia de la Argentina, como sucede actualmente, concentra su actividad jurisdiccional en el control intraorgánico proveniente del examen de constitucionalidad de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores...cuesta trabajo entender bajo qué marco y bajo qué condiciones puede ser racionalmente ejercido el control de constitucionalidad interorgánico”.

Así se puede citar como un ejemplo de esta visión “reduccionista y limitadora” del ejercicio del control de constitucionalidad lo señalado por los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en su voto concurrente en la causa “Rinaldi”<sup>9</sup> quienes señalaron “esta Corte ha dicho siempre que la inconstitucionalidad es una vía extrema a la que sólo debe acudir en ausencia de otra alternativa que permita una solución justa manteniendo el ordenamiento vigente”.

La Corte ha señalado<sup>10</sup>:

---

<sup>9</sup> Fallos: 330:855

<sup>10</sup> CSJ 793/2012 (48-B)/CS1 BOGGIANO ANTONIO el ESTADO NACIONAL- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL si PROCESO ADMINISTRATIVO - INCONST. VARIAS.



“se debe considerar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: otros). 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros).

Sin perjuicio de los fallos citados, la Corte Suprema en el caso “Editorial Rio Negro” parece revertir su postura de entender al control de constitucionalidad como el más excepcional remedio y lo hace en pos de asegurar la libertad de expresión.

Así sentencia que

“El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique”<sup>11</sup>.

Es en esta conclusión donde puedo avizorar que es la misma Corte que entiende que no debe ser tan concluyente su postura de ultima ratio, máxime cuando están en juego libertades tan fundamentales que hacen a la existencia misma del sistema republicano de gobierno.

### *Conclusiones*

El trabajo busca poner en debate si este apego de la Corte Suprema a la idea de sostener que el análisis de la constitucionalidad o no de una norma implica la *ultima ratio* no constituye aferrarse a una doctrina que desnaturaliza la función primigenia del Máximo Tribunal, el cual es preservar la supremacía de la Constitución.

A mi entender resulta claro que lo primero que debe asegurarse, desde todos los poderes del estado, es la vigencia plena de los derechos y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos.

Ello no será posible si la misma Corte entiende y expresa, que su función jurisdiccional al momento de analizar la constitucionalidad o no de una norma es de carácter residual, es decir si es lo último que debe hacer es declarar la inconstitucionalidad de una norma aún cuando la misma implique una clara contradicción con lo que la misma Constitución pretende asegurar.

---

<sup>11</sup> Fallos 330:3908

Lo que puede parecer un juego de palabras, esto es la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio, no deja de ser un innecesario e injustificado freno, a mi entender, en el ejercicio de funciones que la misma Constitución le da.

Fortalecer el ejercicio del control de constitucionalidad resulta imprescindible para mantener vigente la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico y una efectiva vigencia de los derechos y garantías individuales.

Entiendo que el ejercicio armónico de las distintas funciones del poder debe escapar a la lógica de que quien accede al cargo por el voto popular se encuentra “súper legitimado” por sobre quien accede al mismo por mecanismos que la misma Constitución establece, y que toda observación que se haga a aquellos importa un ataque al sistema republicano de gobierno.

El diálogo entre los poderes, la armonía en el ejercicio de sus funciones, la tolerancia y el respeto en el disenso implican el debate pero también la reflexión que permite la maduración y consolidación de manera democrática de las instituciones.

Por ello brego, deseo y anhelo que empiece a revertirse esta doctrina de ultima ratio para que la defensa de la supremacía de la constitución deje de ser la *ultima ratio* para pasar a ser la *prima ratio*.

### *BIBLIOGRAFÍA*

Arballo, Gustavo (2020): “Memoria y balance del neoconstitucionalismo” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 18, n°2

Bazan Victor (2009): “¿La Corte Suprema de Justicia Argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?” Cuestiones Constitucionales, Núm. 20, enero-junio  
Fuente: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5860/7765>.-

Berchloc Jorge (2010) “Constitución de la Nación Argentina y normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Tomo 4. Ed. Hammurabbi

Bidart Campos, (1981) Germán "Manual de Derecho Constitucional Argentino". EDIAR, Bs.As.

Ferreya Raúl Gustavo, (2004) “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunal” ponencia publicada en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n.º 47

Gonzalez Joaquin V. (2001) “Manual de la Constitución Argentina, Actualizada por Humberto Quiroga Lavie”. Ed La ley, pág. 546.-

Petracchi, Enrique, (2001) fuente: TR LALEY AR/DOC/12038/2001