



## ¿El Control de Constitucionalidad del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo es un control (in)directo sobre el Poder Ejecutivo? Una aproximación desde la teoría de Habermas.

¿Does the Constitutional Control by the judicial brunch over the legislative brunch is an (in)direct control over the executive brunch? An approach from Habermas's theory

Sebastián La Rosa<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Licenciado en Ciencia Política (UBA), Especialista en Estudios Políticos (UBA) y posgrado en Gestión y Políticas Metropolitanas (FLACSO). Argentina. [Sebastian\\_larosa@yahoo.com.ar](mailto:Sebastian_larosa@yahoo.com.ar)

Cómo citar: La Rosa, S. (2023). ¿El Control de Constitucionalidad del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo es un control (in)directo sobre el Poder Ejecutivo? Una aproximación desde la teoría de Habermas. *POSTULADOS Revista Sociojurídica*, 1(1), 30–36. Recuperado a partir de <https://revistas.ufps.edu.co/index.php/rsl/article/view/4257>

Fecha de recibido: 21 de julio de 2022  
Fecha aprobación: 16 de diciembre de 2022  
Fecha de publicación: 30-11-2023

### RESUMEN

#### Palabras clave:

Control de poderes  
– Poder Legislativo –  
Poder Judicial – Poder  
Ejecutivo – Corte  
Suprema – Control de  
Constitucionalidad –  
Jurgen Habermas

El artículo explora una temática poco usual sobre la relación entre los tres poderes de gobierno en la República Argentina. Particularmente se centra en los controles y contrapesos que hay entre ellos y como directa o indirectamente se pueden relacionar cuando uno controla a otro.

La novedad es que se basa dentro de la teoría de Habermas en su obra *Facticidad y Validez* y través de ella se despierta la reflexión de si cuando el Poder Judicial declara inconstitucional una norma del Poder Legislativo, no está al mismo tiempo haciéndolo sobre el Poder Ejecutivo que pudo haberla reglamentado y, por ende, dando el visto bueno a la norma en cuestión. Nuestro interés es mostrar cómo las acciones declarativas de inconstitucionalidad no solamente accionan sobre el Poder Legislativo, sino también sobre el Poder Ejecutivo en sus facultades parlamentarias (según la Constitución Argentina), que son desde la validación mediante la promulgación de una Ley (a través de un decreto generalmente), como facultades excepcionales de legislar delegadas por el propio Poder Legislativo o por la propia iniciativa de presentar proyectos que podrán devenir en una nueva norma. Para esto nos valemos del caso argentino y su sistema presidencialista.

### ABSTRACT

#### Keywords:

Control of branches/  
Checks and Balances  
– Legislative Branch  
– Judicial Branch  
– Executive Branch-  
Supreme Court –  
Constitutional Control  
– Jurgen Habermas.

The article explores an unusual theme concerning the relationship between the three branches of government in the Argentine Republic. Particularly, it focuses on the checks and balances between them, and how directly and indirectly they interact when one controls the other.

The singularity of this article is that it is based on Habermas's "Theory of Facticity and Value". Through it, the question arose of whether when the Judicial Branch declares unconstitutional a law from the Legislative Branch, it is not also affecting the Executive Branch at the same time, taking into account that the Executive Branch could have regulated that law, thereby giving it "approval".

Our interest is to show how declarations of unconstitutionality by the Judicial Branch not only affect the Legislative Branch, but also the Executive Branch in their parliamentary faculties (according to the Argentine Constitution) which go from validating a law by its promulgation (generally through a regulatory decree) to the exceptional faculties to legislate that the Legislative Branch has delegated, or to the initiative to present bills to Congress that might become laws. To this purpose, we make use of the Argentine case and its presidential system.

### 1. Introducción

El control de constitucionalidad de los jueces, o instituciones del Poder Judicial, sobre las leyes sancionadas por el órgano legislativo es foco de análisis y conclusiones en la obra de Habermas. A partir de allí, varios analistas hacen base en esta relación entre ambos poderes y el cierto aval que el autor mencionado hace al respecto de dicho control (independientemente de ciertos reparos y limitaciones planteados). El presente ensayo analiza la visión de Habermas, desde "Facticidad y Validez" (1992), sobre la cuestión y esboza tentativamente la posibilidad de que también haya un entrometimiento del Poder Judicial indirectamente sobre el Poder Ejecutivo en los sistemas democráticos

presidencialistas. Para esto último traeremos a colación el caso argentino.

Como metodología de investigación partimos de los siguientes aspectos: una finalidad aplicada cuyo objetivo principal es la aplicación práctica de la temática abordada. Un alcance temporal de tipo diacrónico. Una profundidad expositiva, donde las variables estudiadas son analizadas entre sus mutuas influencias. Una amplitud microsociológica, dado el alcance geográfico relevado. Un carácter metodológico cualitativo, debido a los actores analizados. Por último, sus fuentes son tanto primarias como secundarias. Además, la obtención de datos fue mediante documentación existente (expuesta en las referencias



bibliográficas) y la experiencia personal del autor de haber trabajado en el Poder Legislativo argentino y en los poderes legislativo y ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Examinando particularmente los capítulos VI y VII de la obra citada, analizamos el marco que el autor observa para entender el control constitucional judicial por sobre el órgano deliberativo; y así desarrollar su posición respecto a si el constitucionalismo puede mediante un órgano de derecho intervenir sobre un órgano democrático a manera de complemento positivo. De alguna manera, como ve Prono, complementar el derecho con la democracia; o lo intelectual (elitista) con lo representativo, no sin antes ver los problemas o riesgos que a veces conlleva pararse de un lado o de otro.

## 2. Reflexión. División de poderes y función legislativa.

Desde la sociología habermasiana observamos a la política deliberativa como concepto procedimental de la democracia. La misma está encaminada en la producción legítima de derecho y la razón ponedora de normas. Obviamente esto en un marco de división de poderes donde la

*... formación democrática de la voluntad de los ciudadanos autointeresados (...) constituye sólo un elemento dentro de una constitución que tiene por fin disciplinar el poder estatal mediante dispositivos normativos (como son los derechos fundamentales, la división de poderes, la vinculación a la ley, etc.)<sup>4</sup>*

Pero la división de poderes democráticos tiene en su génesis la posibilidad de conflictos cuando las competencias de cada uno (dependiendo de lo estipulado en las cartas magnas) chocan con las de otro igual.

Con respecto a cierto conflicto de poderes manifiesta: *que la desconexión de la regulación o control políticos respecto del complejo parlamentario y la emigración de los correspondientes temas de los espacios y esferas de opinión pública no es algo que se produzca sin resistencias (p. 399)*. Más adelante complementa:

*...la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en situación de división de poderes (...) no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho.<sup>5</sup>*

Cuando habla de los órganos parlamentarios, Habermas destaca la importancia en la génesis de la política deliberativa partiendo de Bobbio<sup>6</sup>, *cuando se garantiza en ella la participación política del número mayor posible de ciudadanos interesados, la regla de la mayoría para las decisiones políticas (p. 380)*.

O cuando posteriormente dice que *La generación de poder legítimo mediante política deliberativa representa (...) un procedimiento para resolver problemas (...) a fin de programar la regulación de los conflictos y la persecución de fines colectivos (p. 96)*.

## 3. Control constitucional.

Habermas empieza analizando al mencionado control entendiendo que *con el concepto procedimental de democracia esta idea cobra, empero, la forma de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma (p. 405)*. De manera más amplia nos explica que:

*...las instituciones del Estado de derecho (...) tienen el sentido de una contrarregulación mantenedora de la complejidad. Pues entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto la contrarregulación normativa que representan las instituciones del Estado de derecho puede compensar esas restricciones comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que están sujetas la política deliberativa y la transformación del poder comunicativo en poder administrativo. Se plantea la cuestión de en qué medida la facticidad social de esos inevitables momentos de inercia, aun cuando venga ya tenida en cuenta en la estructura constitucional e instituciones del Estado de derecho, representa un punto de cristalización para complejo de poder ilegítimos, autonomizados frente al proceso democrático. Se 4) plantea especialmente la cuestión de en qué medida el poder que se concentra en los grandes subsistemas funcionales sociales, en las grandes organizaciones y en las administraciones estatales, anida también en la infraestructura sistémica de los circuitos de poder regulados normativamente, sin que se cobre conciencia de ello, y con qué eficacia la circulación no oficial de este poder no legitimado penetra en la circulación del poder regulada en términos de Estado social.<sup>7</sup>*

Es particularmente en el Capítulo VI que Habermas observa metodológicamente, desde distintos enfoques de la ciencia social, el desarrollo y análisis de la cuestión y desde ahí critica, sostiene y trata de concluir proposicionalmente. Él mismo hace un juego de pros y contras para determinar qué camino tomar en pos de lograr una síntesis.

La problemática relación entre la administración de la justicia y el proceso legislativo, tiene en la jurisdicción constitucional un punto metodológico institucionalmente aprehensible, donde vemos la presencia de una teoría de la Constitución. Habermas señala tres aspectos en esta problemática relación de competencias: El primero donde lleva la disputa de paradigmas y aquí utiliza el caso del Tribunal Constitucional alemán cuyas funciones compiten con la actividad legislativa, derivando en una especie de intervencionismo judicial. El segundo va de la mano de discusiones metodológicas que se centrará, de manera crítica, en la teoría de los valores respecto a la indeterminación del derecho. En cuanto al tercero, utilizando el caso norteamericano, mediante una comprensión republicana (necesitada de ser renovada) de protección del proceso democrático, prepara el camino para la comprensión de los procesos políticos de forma articulada a la teoría del discurso y posteriormente en la teoría de la democracia.

## 4. Aspectos

### 4.1 Primer aspecto

En el primer aspecto, desde la afirmación de que el Poder Judicial tiene carácter intervencionista sobre el Poder Legislativo, el

<sup>4</sup>p. 373-374

<sup>5</sup>p. 311

<sup>6</sup>Bobbio N. (1985) *El Futuro de la Democracia*, Barcelona.

<sup>7</sup>p. 406

ejemplo principal es el control de constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional de Alemania. Habermas al analizarlo comienza tímidamente a desconfiar si realmente la mencionada intervención es positiva. Aquí ve la colisión de poderes ya que el judicial se toma funciones del legislativo que posee la legitimidad democrática. Habla de un control abstracto de las normas que deviene en una revisión de las mismas para determinar si lo aprobado por el Parlamento es conforme a los principios de la Constitución y por ende no colisiona con el sistema de derechos primario.

El autor se pregunta si es digna la consideración del Tribunal respecto al resultado normativo del proceso parlamentario; pensando si no es el propio Poder Legislativo el que tendría que imponerse un autocontrol mediante mecanismos institucionales internos como el caso de una comisión especial legislativa a crear conformada por expertos. Esto sería una ventaja ya que dicho autocontrol generaría que la deliberación y producción de leyes tengan en cuenta el sistema de derechos y no vaya en contra de los principios constitucionales lo que *contribuiría quizá a aumentar la racionalidad del proceso de producción legislativa* (p. 314).

Lo amplía posteriormente a este concepto: *La lógica de la división de poderes (...) en términos de teoría del discurso, sugiere configurar autorreflexivamente al poder legislativo, al igual que a la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad* (p. 314-315). Inmediatamente habla de una cierta diferencia que se establece a manera de jerarquía, puesto que:

*El legislador no dispone a su vez de la competencia de comprobar si los tribunales en su negocio de aplicar el derecho se han servido exactamente de las razones normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley.*<sup>8</sup>

De cierta manera, parece concluir que todo tipo de control de la norma pertenece al legislador.

Sin embargo, luego empieza a tomar partido a favor de la instancia de control constitucional por parte de un Tribunal, y cita a Kelsen<sup>9</sup> (en su controversia con Schmitt) quien estaba a favor de su institucionalización, tanto por razones políticas como por razones de la teoría del derecho, porque el sentido de este Tribunal no es el contenido de la norma sino la constitucionalidad de su producción. Y le da al Poder Judicial una cuota de actor externo imparcial que ordena las cuestiones políticas y/o partidarias de las que son permeables los otros dos poderes:

*Como precisamente los casos más importantes de vulneración de la Constitución el Parlamento y el gobierno son partidos en pugna, lo recomendable para dirimir esta disputa es recurrir a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que de ningún modo esté implicada ella misma en el ejercicio del poder*

*que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y gobierno.*<sup>10</sup>

El propio Habermas prosigue viendo óptima esta apreciación sobre tal control al expresar de manera general:

*Cualquiera sea la postura que se adopte respecto a la cuestión de la institucionalización adecuada de esa interpretación de la Constitución que concierne directamente a la actividad del poder legislativo, no cabe duda que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente.*<sup>11</sup>

El mismo positivismo, refiere, habla de la *vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador político* (p. 319).

De todos modos retoma sus temores dejando en claro que las leyes sancionadas muestran la evolución de las sociedades y la visión del mundo de la vida y los valores de aquel:

*... dentro del sistema jurídico significa un aumento de poder de la Justicia y una ampliación del ámbito de las decisiones judiciales (...) tiene que aplicar a problemas del presente y del futuro una mirada que propiamente habría de estar dirigida al pasado, es decir, a la historia institucional del orden jurídico (...) es lo que también teme Ingeborg Maus<sup>12</sup>, la Justicia se interfiere en competencias legislativas para las que tiene ninguna legitimación democrática; por otro lado, fomenta y confirma una estructura flexible del derecho que viene a favorecer la autonomía del aparato estatal, de suerte que la legitimación democrática del derecho también se ve socavada por este lado.*<sup>13</sup>

Pero citando a Bockenforde<sup>14</sup>, el cual al analizar la capacidad concretizadora de hacer derecho de ambos poderes y su correlato con la legitimización de ambos para hacerla, manifiesta:

*Quien en lo que respecta a la formación del derecho quiera mantener la función determinante del Parlamento, y quiera evitar la progresiva reestructuración del edificio constitucional en favor de un Estado jurisdicción del Tribunal Constitucional, habrá de atenerse también a que los derechos fundamentales (...) sólo son derechos subjetivos de libertad frente al poder del Estado no simultáneamente normas principios objetivos (obligatorios) para todos los ámbitos del derecho.*<sup>15</sup>

Aunque Habermas, continuando con este juego de pros y contras, toma el temor de Sustain<sup>16</sup> de que:

*... la cuestión de si el inevitable recurso a tales normas de fondo*

<sup>10</sup>p. 316

<sup>11</sup>ibidem

<sup>12</sup>Maus I. (1989) *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts: Rechts theorie* 20, pp. 191-210.

<sup>13</sup>p. 319

<sup>14</sup>Bockenforde (1991) "Grundrechte als Grundsatznormen", en *Id. Recht, freiheitsstadt Frankfurt M*, pp 189 ss.

<sup>15</sup>p. 322-323

<sup>16</sup>Sustain C. R. (s/f) "After the Rights Revolution", p. 157.

<sup>8</sup>p. 315

<sup>9</sup>Kelsen (s/f) *¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 25

*no abre al Tribunal Constitucional la puerta para una creación de derecho de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático.*<sup>17</sup>

#### 4.2 Segundo aspecto.

Respecto al segundo aspecto, siguiendo el caso alemán, remarca la presencia de una teoría de los valores desarrollada por el propio Tribunal cuando se habla de la legitimidad de su jurisprudencia; como un orden concreto de valores (p. 327) más allá de un sistema de reglas. Tomando nuevamente a Bockenforde, critica nuevamente junto a la concepción Schmittiana de “tiranía de los valores” aseverando que la asimilación de los principios jurídicos a éstos es el problema (orden deontológico versus orden teleológico). Así, esta jurisprudencia de valores arroja el problema de legitimidad de las decisiones propias del poder legislativo elegido por la mayoría del pueblo en manos del judicial; que es refrendada por Perry<sup>18</sup> cuando refiere a que: el judicial review es deliberadamente una institución contramayoritaria (p. 332). Y prosigue fundamentando esta visión cuando leyendo a Maus<sup>19</sup> observa que el legislador se legitima siguiendo los mandatos procedimentales de la Constitución a la vez que por la efectiva voluntad popular que le antecede, pero no por las leyes simples que él mismo pone (p. 335).

Sin embargo, citando a Ely<sup>20</sup>, es cuando observa una concepción paternalista del Poder Judicial puesto que:

*(...) una desconfianza, muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estado de ánimo. Conforme a esta concepción la jurisdicción creadora de derecho, que ejerce el Tribunal Constitucional, se justificaría tanto por la distancia de éste respecto a la política, como por la superior profesionalidad de sus discursos profesionales.*<sup>21</sup>

Amplía explicando que, los discursos jurídicos tienen una racionalidad mayor que los legislativos, pero que no deben sustituirlos porque fundamentan las normas y exigen la inclusión de los afectados del proceso político contextual.

#### 4.3 Tercer aspecto.

Finalizando, el tercer aspecto toma el caso de los Estados Unidos y la visión republicana de los padres fundadores que se refleja en la protección del derecho por parte de los jueces instaurada en la génesis de dicha sociedad, que ve en la autodeterminación del pueblo su soberanía, y allí es cuando solamente puede actuar contra el proceso legislativo el Tribunal: *(...) de ello se sigue que los jueces constitucionales sirven a esa posibilidad prestando su asistencia al mantenimiento de ese engagement popular iuris-generativo (p. 340) y siguiendo esta lógica se sirve de Michelman<sup>22</sup> para comenzar un debate más. Esta*

*visión republicana choca con la liberal cuando los derechos republicanos no son otra cosa que determinaciones de la voluntad política prevaleciente, mientras que para los liberales algunos derechos se fundan en un derecho superior basado en una razón transpolítica o en la revelación... (p. 345) como lo explica el anterior autor citado ya en otra obra.*<sup>23</sup>

#### 5. Las conclusiones de Habermas.

Con todo este juego de pros y contras, Habermas comienza a encontrar líneas de empatía entre las dos visiones que por un lado refuerzan la figura judicial o constitucional (estado de derecho) frente la importancia de la política deliberativa en supremacía del legislativo (soberanía popular y democracia) y por otro buscan identificar más los derechos individuales (preferencias) que por sobre la comunidad (valores).

Prosiguiendo la línea de búsqueda de reciprocidad entre ambas, es que el autor refuerza la importancia de la deliberación en el proceso democrático y a su vez la necesidad de cuidar y encaminar la misma, a la manera de un republicanismo renovado. Y es entonces donde propone una solución al conflicto que genera el control del judicial por sobre el legislativo y el administrativo.

*La deliberación se refiere a una cierta actitud hacia la cooperación social, a saber, a la actitud que consiste en la apertura a dejarse persuadir por razones relativas a los derechos de los otros al igual que a los derechos de uno mismo (p. 347).* Aquí se ve, dice el autor, la fuerza legitimadora de la deliberación que genera una sana disputa de opiniones que llevarán al ejercicio del poder político. Allí, la acción del Tribunal será proteger la producción normativa de la ausencia de una política deliberativa fuente de toda legitimidad y que deviene en muchos casos de la opinión pública. El Tribunal no es crítico ideológico, es, según Ackerman<sup>24</sup>, *mediador entre ideal y realidad (p.351).*

En “Tiempo de Transiciones” (2001), Habermas insistirá al decir: *temo que son fundamentos pragmáticos y circunstancias históricas los que otorgan un criterio acerca de cómo debería articularse la tarea del control normativo en un contexto determinado.*<sup>25</sup> De esta forma es el autor que encuentra fundamentaciones empíricas y normativas para dar coexistencia a la facticidad y validez del problema desarrollado en este ensayo.

#### 6. ¿Es el control constitucional al Poder Legislativo una intromisión también al Poder Ejecutivo?, el caso argentino:

Si bien Habermas en “Facticidad y Validez” refiere el problema del control constitucional por parte del poder judicial respecto al poder legislativo (y podemos decir tibiamente al poder

<sup>17</sup>P. 326

<sup>18</sup>Perry M. J. (1988), *Morality, Politics and Law*, Oxford, pp. 152 ss.

<sup>19</sup>Maus I. Op. Cit pp. 197 s.

<sup>20</sup>Ely J. H. (1980) *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Mass., p. 100.

<sup>21</sup>P. 339

<sup>22</sup>Michelman F. I. (1988) *Law's Republic: The Yale Law Journal* t. 97, p. 1525.

<sup>23</sup>Michelman (1989) *Conception of Democracy in American Constitutional*

<sup>24</sup>Argument: *The case of Pornography Regulation: Tennessee Law Review* 96, pp. 446 s. 24Ackerman B. (1954) *The Storrs Lectures; Discovering the Constitution: Yale Law Review* 93, pp 1013-1072; cf también: id., *We The People*, Cambridge, Mass., 1991.

<sup>25</sup>Citado por Prono, Op. Cit.

ejecutivo), los casos son circunscriptos al tribunal Constitucional alemán y a la Suprema Corte norteamericana<sup>26</sup>. Pero teniendo en cuenta la relación doctrinaria de la última con la República Argentina en lo que respecta al sistema normativo y el compartir el sistema democrático presidencialista<sup>27</sup>, nos abre la puerta a encontrar correlatos para entender y ampliar el conflicto del control constitucional de la producción de leyes.

Entendemos por sistema presidencial, representado en este caso por el modelo estadounidense, lo que Sartori (1994) muestra citando a Neustadt: *los Padres Fundadores no crearon un gobierno de poderes separados sino, en cambio, - un gobierno de instituciones separadas que comparten el poder -. Pero Jones lo corrige: - tenemos un gobierno de instituciones separadas que compiten por el poder compartido -*.

Agregamos con Schleiter y Morgan Jones (2007): *“Pero para cambiar las políticas y la legislación, las constituciones presidenciales exigen una negociación entre la asamblea, que controla algunos procesos del poder legislativo, y el presidente, que tiene algunos poderes legislativos constitucionales”*.

Gran parte de la base jurídica norteamericana es producto de la obra “El Federalista” (Hamilton, Madison y Jay), particularmente el Artículo N° 78, más allá de que autores varios destacan una raigambre de la tradición inglesa al respecto. Allí se ve que ninguna sanción legislativa (o decreto ejecutivo) puede ir en contra del poder superior del pueblo, y de ser así es necesaria la intervención judicial controlando a los poderes.

*“No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...) por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del poder cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre ellos dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la ley de los mandatarios.”*<sup>28</sup>

En el caso de la Argentina<sup>29</sup>, ella expresa explícitamente la supremacía constitucional en su Art. 31° y las atribuciones del

Poder Judicial en el Art. 116°: *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”*. Luego delegará en sus códigos procesales los mecanismos para alcanzar una declaración de inconstitucionalidad por intermedio de todo juez. Pero por sobre todo debe destacarse, en lo que nos interesa, el Artículo 43:

*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

A esto hay que aclararle que fue la jurisprudencia quien creó esta previsión normativa tomando como antecedente el sistema norteamericano que se desprende del conocido fallo norteamericano de 1803 “Marbury vs. Madison”, donde se marca claramente la supremacía de constitución por sobre la ley. El constitucionalista argentino Bidart Campos (2004), explica a la misma como una herramienta hábil para lograr que todas las normas jurídicas inferiores se adecuen a lo prescripto por la Constitución. En síntesis, lo reconoce como la base inexorable de toda la estructura normativa que sobre este se construye y debe integrarse armónicamente.

*En la República Argentina, el sistema de control es jurisdiccional difuso, en oposición al control de constitucionalidad europeo-continental que se caracteriza por la existencia de un único tribunal u órgano creado para tales fines, que cumple la función de resolver toda cuestión atinente a la inconstitucionalidad, con un efecto erga omnes de su decisión.*<sup>30</sup>

Al intervenir el Poder Judicial mediante su control constitucional de las normas aprobadas por el Poder Legislativo, lo que hace es transformarse en un validador. Pero indirectamente, también, controla al Poder Ejecutivo a cargo de la administración de gobierno, no solamente al Legislativo; puesto que la ley sancionada tiene incorporada una fuerte validación final del Ejecutivo ya que tiene el poder constitucional de vetar (total o parcialmente<sup>31</sup>) o avalar la misma mediante su promulgación y posterior reglamentación<sup>32</sup>. Y por más que el Legislativo pueda insistir con el tratamiento de una Ley vetada este deberá tener una mayoría en la/s cámara/s pocas veces posible de concretar. Siguiendo este razonamiento, en caso de si un Ejecutivo avala una norma, no vetándola y promulgándola, también el control

<sup>26</sup>Para entender mejor la fuerza de la Corte Suprema norteamericana podemos ver en De Luca (2011): *“In addition, the Supreme Court historically has played a crucial role in the working of U.S. presidentialism, acting as arbiter in conflicts between the executive and the legislature. The combination of the Court’s recognition as an arbiter of interbranch conflict and its significant institutional prestige has resulted in the Court operating as a third branch of government.”* M. De Luca, “Presidentialism”, en Badie, Bertrand, Dirk Berg-Schlosser, y Leonardo Morlino (editors), *International Encyclopedia of Political Science*, Thousand Oaks, CA: Sage Publication, pp 3.

<sup>27</sup>No ampliamos la relación que lógicamente se encontraría también para con los sistemas semipresidencialistas.

<sup>28</sup>Hamilton, Madison y Jay (s/f), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económico, México, N° 78.

<sup>29</sup>Su última reforma constitucional fue en 1994.

<sup>30</sup>Hocsman H. (s/f), *El Control de Constitucionalidad Argentino*, Revista Doctrina. [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/control\\_constitucionalidad.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/control_constitucionalidad.htm)

<sup>31</sup>Depende el caso y la constitución particular.

<sup>32</sup>“Los principios de “separación de poderes” y “frenos y contrapesos” tampoco contemplaban un poder ejecutivo con iniciativa legislativa; sin embargo en la actualidad éste es considerado el principal promotor de la legislación relevante.” De Luca (1998) en: “Los Ejecutivos” dentro de H. Orlandi (compilador), *Las Instituciones Políticas de Gobierno*, EUDEBA, Bs. As., pp. 171.

constitucional del Judicial recae indirectamente sobre éste que participó en la validación (final) de la misma. Y más aún todavía, si el proyecto devenido en ley fue de autoría del propio Poder Ejecutivo.<sup>33</sup>

El autor señala de manera general, al hablar de división de poderes, la relación entre la administración (Poder Ejecutivo) y la legislación (no estrictamente en su cumplimiento, sino en su creación) y aquí es nuestra hipótesis donde empieza a tener eco: *“Quedó abierta la cuestión de cómo una práctica interpretativa que procede en tales términos reconstructivos puede optar dentro de los límites de la división de poderes propia del Estado de derecho sin que la administración de justicia invada competencias legislativas (y con ello entierre también la estricta vinculación de la administración a la ley)”*<sup>34</sup>

Luego, como ya hemos hablado anteriormente, en la controversia citada por el autor de Kelsen contra Schmitt, entendemos como el judicial se aleja de la política impregnada en los otros dos poderes y por ende toma las determinaciones constitucionales de controlar.<sup>35</sup>

El Poder Judicial, debemos tener en cuenta, también controla directamente al Ejecutivo cuando interviene utilizando el mismo control de constitucionalidad en la validación de los actos o decretos de gobierno.<sup>36</sup>

## 7. Conclusiones

Nuestro interés es mostrar como las acciones de declaración de inconstitucionalidad no solamente accionan sobre el Poder Legislativo, sino también sobre el Poder Ejecutivo en sus facultades parlamentarias (acorde a la Constitución particular), que son desde la validación mediante la promulgación de una Ley (mediante decreto generalmente), como facultades excepcionales de legislar delegadas por el propio Poder Legislativo<sup>37</sup> o por la propia iniciativa de presentar proyectos que podrán devenir en una nueva norma. Para esto nos valemos del caso argentino con su sistema presidencialista.

Nosotros consideramos, respecto a sanción de normas, al Poder Ejecutivo como otro de los actores claves en su producción por

las capacidades que venimos mencionando.

Por otro lado, sumando a la discusión, tomando el caso de que si llegara el Ejecutivo a tener un fuerte oficialismo que le permita controlar la/s cámara/s, se entendería que la sanción de una norma tuvo el visto bueno de antemano por parte del oficialismo para su aprobación.<sup>38</sup>

Esto nos permite concluir que en la división de poderes, y en los conflictos generados en la dinámica entre ellos (frenos y contrapesos), cuando de constitucionalidad de normas sancionadas por el Parlamento se trata, no es una injerencia o posicionamiento sobre un poder sino sobre el total del espectro de poderes de un sistema democrático.

Razonamos que la misma validación que Habermas desarrolla del control de constitucionalidad sobre el Poder Legislativo nos parece de igual uso para con el Poder Ejecutivo.

## Bibliografía de referencia

- Bidart Campos Germán (2004) Compendio de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar.
- De Luca Miguel (1998) “Los Ejecutivos” dentro de H. Orlandi (compilador), Las Instituciones Políticas de Gobierno, EUDEBA, Bs. As.
- (2011) “Presidentialism”, en Badie, Bertrand, Dirk Berg-Schlosser, y Leonardo Morlino (editors), International Encyclopedia of Political Science, Thousand Oaks, CA: Sage Publication.
- D. Farrel Martín (2015) Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, N°2.
- García José Francisco (2003) El Control de Constitucionalidad en el federalista y los Fundamentos de una Sociedad Libre, Revista Chilena de Derecho, Vol. 30 N° 3, pp. 491-514, Sección Estudios.
- Habermas Jürgen (2005) Facticidad y Validez, sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Editorial Trotta S.A. Cuarta edición.
- Hamilton Alexander, Madison James y Jay John (2001) El Federalista, Fondo de Cultura Económico, México, N° 78.
- Hocsman Heriberto (s/f). El Control de Constitucionalidad Argentino, Revista Doctrina. [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/control\\_constitucionalidad.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/control_constitucionalidad.htm)
- Jiménez Segado Carmelo (2013) El poder judicial y la defensa de la constitución en Carl Schmitt, Revista de Estudios Políticos (nueva época), N° 161, julio-septiembre, pp. 41-67.
- Prono Santiago (2012) Los Jueces ¿frente? A la Democracia – Habermas y la justificación del control judicial de constitucionalidad. Revista de Filosofía Argumentos, Año 4, Nro. 7.
- Sartori Giovanni (1994) Ingeniería Constitucional Comparada. Una Investigación de Estructuras, Incentivos y Resultados, FCE, México DF.

<sup>33</sup>Podemos recordar a Pasquino (2004) en Nuevo Curso de Ciencia Política cuando refiere que los parlamentos no hacen sólo leyes y las leyes no son hechas sólo por los parlamentos.

<sup>34</sup>p. 311. El subrayado es nuestro.

<sup>35</sup>Al respecto sobre esta controversia Farrel dice: “El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen durante la vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar ha arrojado significativas contribuciones teóricas a la teoría general del derecho. La teoría normativista de Kelsen resuelve las situaciones normales, aquellas que constituyen la regla; mientras que la teoría decisionista de Schmitt resuelve las situaciones anormales, aquellas que constituyen la excepción.” Farrel M. D. (2015) Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, N°2.

<sup>36</sup>Para una mejor profundización práctica recomendamos Silvero Salgueiro J. (s/f), Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo, Universidad de Palermo.

<sup>37</sup>En este caso tendríamos un Poder Ejecutivo que gracias a su mayoría parlamentaria o situaciones excepcionales, logra que el Poder Legislativo le delegue facultades propias del mismo. En el caso argentino se destaca la reciente derogada Ley 25.561/2002 “Declarase la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”.

<sup>38</sup>Acá solamente esbozamos que al tener un partido gobernante mayoría parlamentaria, es lógico que las leyes que se aprueben tengan (o debieran tener) el visto bueno de la mesa técnica-política del Ejecutivo.

- Schleiter Petra y Morgan-Jones Edward (2007) Semipresidencialismo: decisiones constitucionales y consecuencias políticas. Revista Debate Vol. XIV, Nro. 2, II.
- Silvero Salgueiro Jorge (2006) Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo. Panel del SELA “controles sobre el Ejecutivo”. Universidad de Palermo. [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006\\_pdf/Jorge\\_Silvero.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Jorge_Silvero.pdf)

### **Agradecimientos**

El autor agradece a Tomás Ainchil, M. Justina Boustani y Eugenia Capalbo por la colaboración en la confección del resumen en inglés.