

# Entrevista al profesor Néstor Pedro Sagüés

## CIRCULO DE ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Realizada por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y  
Fausto Salinas Lovón, el 21 de junio de 1990 con ocasión  
del Congreso de Derecho Constitucional  
llevado a cabo en Lima.

### PRIMERA PARTE

**D&S:** Nuestra primera inquietud esta referida a los mecanismos que existen para el control constitucional. En la Argentina hay un sistema difuso a través del Poder Judicial, parecido y a la vez distinto del norteamericano. Nosotros quisiéramos saber cuales son las diferencias de la opción argentina con el sistema norteamericano, cual es su conveniencia, y si no sería mejor pasar a un sistema de control concentrado.

**N.P.S.:** Vamos a hacer un distinción previo. Argentina tiene un Poder Judicial federal y veintidós poderes judiciales provinciales. La estructura estándar -porque hay variaciones- contempla tres instancias por provincia. Por un mecanismo que se llama "recurso extraordinario federal", los fallos de una Corte Suprema Provincial pueden ser apelados ante la Corte Suprema Federal, siempre que hubiere una violación de la constitución o a una norma de derecho federal. Es decir, hay una escalera para trepar de las instancias provinciales a las instancias federales.

En términos generales, hasta este año el sistema era crudamente desconcentrado o disperso; según la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, cualquier juez, incluso un juez de paz lego, tenía el derecho y deber de ejercer el control de constitucionalidad.

Digo que *era así*, porque cada provincia tiene un orden judicial que puede o no coincidir con el general, y en la mayoría de los casos ha sido así, hasta que en 1990 la provincia de Tucumán creó un Tribunal Constitucional que da lugar a un sistema de control constitucional muy parecido al peruano, en el sentido que es mixto, dado que por un lado la jurisdicción ordinaria sigue conociendo del control de cons-

titucionalidad y por otro lado existe un Tribunal Constitucional que tiene competencia para acciones declarativas de inconstitucionalidad con efectos derogatorios erga omnes, a la inversa de los jueces, cuyos fallos solo tienen efectos para el caso concreto.

El sistema habitual en Argentina es entonces parecido al norteamericano, pero en Estados Unidos la jurisprudencia se maneja con un esquema subconsciente de Common Law, con un papel más creativo y con el sistema de estar a lo decidido (*stare decisis*) donde los fallos de la Corte tienen una eficacia vinculante importante. No obstante, en la Argentina la jurisprudencia de la Corte Suprema creó la llamada "eficacia vinculante aunque condicionada de sus fallos". La Corte dijo: primero, los fallos son moralmente obligatorios para los jueces inferiores de todo nivel; segundo, no solo resultan moralmente obligatorios, tienen fuerza institucional; tercero, llegó a sancionar, a apereibir a los jueces que se habían apartado del criterio de la Corte, sin dar razón valedera. En concreto, el sistema es el siguiente: los fallos de la Corte Suprema deben en principio ser acatados; para apartarse del criterio sentido por la Corte hay que dar razones valederas. Ultimamente ha habido interesantes apartamientos cuando la Corte Suprema, por tres votos contra dos, consideró inconstitucional el castigo penal de la mera tenencia de estupefacientes. Muchos tribunales del país se han resistido a ese criterio y han seguido castigando de acuerdo a la Ley Penal, y han dado razones para ello. Lo mismo ocurrió cuando la Corte consideró inconstitucional no permitir el divorcio vincular, muchos tribunales se apartaron de esa directriz por entender que el divorcio era competencia legislativa y que la Constitución no decía nada.

Ahora, los puntos a favor del sistema difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad son los siguientes: el juez prontamente puede decidir una cuestión de inconstitucionalidad; no tiene que esperar un fallo del Tribunal Constitucional; esto permite que centenares de jueces puedan visualizar los problemas constitucionales desde diferentes perspectivas; permite una mayor espontaneidad y creatividad en la lectura de la Constitución. Pero la sociedad contemporánea está exigiendo dos valores que antes no se reclamaban tan intensamente: IGUALDAD y SEGURIDAD JURIDICA, valores que no están muy bien protegidos por el sistema desconcentrado. El valor igualdad porque en una provincia se puede afirmar que una norma es inconstitucional, y en otra se puede afirmar totalmente lo contrario. Por otro lado puede haber inseguridad porque hasta que se pronuncie la Corte Suprema en un sentido, las instancias inferiores pueden expresarse de modo contradictorio produciéndose una situación de indefinición. Ante esta situación la sociedad está avanzando hacia sistemas más igualitarios y consecuentemente más seguros, y eso, sin que nadie lo perciba, esta llevando las cosas a un estado en el que algún día alguien dirá que es necesario uniformar el criterio de constitucionalidad. Sin embargo, pienso que todavía no están dadas las cosas para establecer un Tribunal Constitucional separado de la Corte Suprema al estilo del Perú, España o Alemania; probablemente la etapa intermedia sería asignar a la Corte Suprema el monopolio del control constitucional, como en el caso de Uruguay.

Así mismo no creo que hoy sea viable en Argentina otra solución intermedia como la costarricense, donde el control constitucional está en una sala de la Corte Suprema. A

la postre deberemos pensar en un Tribunal Constitucional, pero el conservadurismo de la sociedad argentina, que es un conservadurismo en buena medida por desinformación, recién está abriendo las ventanas y con el auge del Derecho Procesal Constitucional, está recibiendo influencias extranjeras que a la larga llevarán a erigir un órgano concentrado (el Tribunal Constitucional), que pueda dar igualdad y seguridad.

**D&S:** Quisiera un comentario suyo sobre el artículo 8 de la hoy derogada Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía la elevación hasta la Corte Suprema de todos los procedimientos en los cuales los jueces peruanos ejerzan el control de constitucionalidad. En el Perú algunos sectores sostienen que dicho precepto era violatorio de la Constitución, específicamente del artículo 236, y otros señalan que no lo es.

Para ello es útil saber que en el Perú la administración de Justicia esta jerárquicamente organizada.

**N.P.S.:** En una primera lectura le diría que eso es inconstitucional porque la Constitución no impone la consulta y un mecanismo como ese está convirtiendo en concentrado a un sistema difuso. Sin embargo, una opinión mas amplia debe tomar en cuenta el papel que la colectividad jurídica asigna a la Ley respecto de la actividad jurisdiccional; es así que en Costa Rica, por ejemplo, la Constitución no dice nada respecto del efecto erga omnes de los fallos de la Corte, ni de que estos puedan derogar leyes, frente a lo cual ha sido la Ley la que ha establecido tales efectos, y ello le ha parecido muy normal a la comunidad jurídica. Teniendo en cuenta este ejemplo, respecto del caso planteado, yo le diría que se trata de una cuestión opinable, pero respecto de la cual cabe sostener válidamente el criterio de la constitucionalidad del citado artículo 8 puesto que no se trata de una aberración constitucional. Se trata de una norma que busca equilibrar la libertad judicial con la seguridad jurídica, tiene una apoyatura axiológica razonable y no parece afectar

derechos personales. Además, es posible aplicar el principio "in dubio pro legislatoris", que se inclina por la constitucionalidad del precepto legal cuando la inconstitucionalidad es dudosa, mas si como en el presente caso no se constriñe la libertad del juez.

**D&S:** ¿Cómo se ven desde la Argentina y como ve Néstor Pedro Sagüés las alternativas concentradas y las mixtas como la peruana?

**N.P.S.:** En general los Tribunales Constitucionales parecen ser el último grito de la moda, algo así como las vedettes del Derecho Procesal Constitucional. Además inmodestamente se presentan, como en España, de esta manera: o existimos nosotros o no hay control de constitucionalidad. Esto no es así porque ¿dónde quedaría por ejemplo el control constitucional norteamericano? Lo que sucede es que hay una fuerte presión académica en favor de los tribunales constitucionales, pero hay cuestionamientos muy serios que no nacen de la teoría sino de la experiencia: por ejemplo, hay acusaciones al Tribunal austriaco y al Tribunal alemán de hacer interpretación "gubernativa" u "oficialista" de la ley, es decir, de interpretación de la ley y de la Constitución en favor del gobierno. Por otro lado, se les acusa de falta de independencia frente al Ejecutivo y frente a los Parlamentos. En este caso, la madre del borrero está en el propio Kelsen, que ideó un Tribunal Constitucional equidistante del Ejecutivo y del Legislativo, pero que a la vez seguiría la evolución política de ambos por su composición decidida con el Parlamento. Otros tribunales parecen pecar de excesiva proximidad política y esto es un problema que se da también en países desarrollados. Me ha tocado presenciar la decisión de nombrar jueces constitucionales en base a acuerdos de tres para el partido x, dos para el partido z, y otros para el partido tal; esto puede ser una muestra de pluralismo político, pero no sé si será una muestra de independencia frente al poder político. Hay otro problema de orden sociológico: el grado de soberbia de ciertos magistrados consti-

tucionales. Algunos pecan de obsecuencia, otros de arrogancia; hay que advertir que tienen la facultad de abolir o derogar normas. Se trata de nueve o diez señores que pueden dejar sin efecto la actividad legislativa del parlamento, que pueden hacer polvo sus decisiones. En definitiva creo que el Tribunal Constitucional se presenta con pompa, con todas las marquesinas prendidas, pero no es oro todo lo que reluce. Tal vez es necesario hacer un balance crítico de todos los tribunales constitucionales, en todos los sentidos.

## EXPERIENCIA JUDICIAL ARGENTINA

**D&S:** Quisiéramos que nos contara Usted algunos de los aspectos que han influido en la Argentina para hacer de la jurisprudencia un elemento capital del mundo jurídico.

**N.P.S.:** Los avances jurisprudenciales, que no son frecuentes pero sí significativos, han sido producto de varias circunstancias. Por un lado son una resultante del sistema de control difuso de constitucionalidad, donde cada juez puede decir algo, DEBE decir algo, no puede silenciarse ante una articulación de inconstitucionalidad. Por otro lado, están los abogados que han planteado de manera inteligente las causas que las sentencias avanzadas son el resultado de postulaciones audaces. En tercer lugar, difícilmente es imaginable que un juez en la Argentina, vaya a ser sancionado por hacer una postulación jurídica novedosa o que algún abogado tenga la ocurrencia de acusar a un juez por prevaricato o por una situación similar. Sin embargo, esto no impide que haya ciertas travesuras judiciales que han alertado sobre la excesiva audacia judicial. Por ejemplo, a un juez se le ocurrió ordenar al Poder Ejecutivo que suspenda la negociación de la deuda externa en Washington. Mas aun, arrestó al Presidente del Banco Central a su llegada a la Argentina; esto obligó a que se imaginara un nuevo instituto jurídico, que es la APELACION

PER SALTUM o la AVOCACION PER SALTUM, es decir, un dispositivo según el cual la Corte Suprema puede capturar un proceso en cualquier estado en que se encuentre, ya sea conociéndolo por apelación o por avocación. Esto puede ser claro ante los riesgos del sistema donde el juez puede ser demasiado creativo o demasiado imprudente. Es cierto también que los jueces han resuelto medidas demasiado novedosas y también criticables; pero frente a ello los tribunales de alzada nunca han pensado en sancionar a los jueces. Lo más que han hecho es anular o revocar sus fallos, pero no se han tomado medidas disciplinarias. Sin embargo, últimamente ha habido interesantes fallos que incluso en algunos casos se han prestado a ciertos "contrabandos ideológicos" muy criticables; ello también ha alertado sobre los riesgos de un activismo judicial que incluso no respondía a la ideología jurídica de la Constitución. Hay que reconocer, asimismo, que las Universidades han aplaudido las innovaciones jurisprudenciales, de tal modo que un juez siempre refugiado en lo ya dicho no sería bien visto. Es también una cuestión de status profesional. También la Corte Suprema, ante los prolongados períodos de facto, asumió un rol que lo dijo de una forma muy interesante al puntualizar que la misma era un Tribunal Constitucional, aunque no se la llame así, y en circunstancias de

receso de uno de los poderes del Estado, como el Legislativo, tocaba a esta Corte una mayor actividad en el control de los actos del Ejecutivo. La Corte confesó que debía controlar más, lo cual es muy sano y auspicia un mayor desarrollo del Derecho.

**D&S:** Doctor Sagües, nos interesaría conocer más de cerca la experiencia argentina de utilización del criterio de razonabilidad en la judicatura, en especial, en los supuestos que plantean los estados de excepción.

**N.P.S.:** La pauta de razonabilidad se aplica, como Usted sabe, a todo el sistema jurídico, y bien dice Bidart Campos cuando señala que la razonabilidad es la frontera de lo constitucional: una solución irrazonable es inconstitucional. La base de esto está en que una Constitución que busca alcanzar la justicia no puede tolerar respuestas injustas, y una norma irrazonable es una norma injusta, por lo que estaría fuera del sistema jurídico. Al respecto hay una cuestión adicional que es importante mencionarla: la irrazonabilidad puede ser sobreviniente; puede ocurrir que el cambio de las circunstancias haga inconstitucional una norma inicialmente constitucional. Un ejemplo sencillo, en Argentina, fue el siguiente: en el año 1976 el Gobierno cambió el índice de indexación de la deuda laboral se indexaban de

acuerdo al costo de vida y lo modificó para que se indexara de acuerdo al incremento del salario industrial. Durante los primeros meses el incremento del salario se mantuvo al mismo nivel que el del costo de vida, pero en un momento el incremento del salario quedó atrasado, y la norma comenzó a pecar de inconstitucional; eso es lo que llamamos inconstitucionalidad por modificación de las condiciones de vida, es decir, una irrazonabilidad sobreviniente. Dentro de los estados de excepción, la Corte señaló que el control de razonabilidad debe ser doble, es decir, de causalidad o conexidad, como una evaluación de proporcionalidad. La primera, por ejemplo, advierte que si el Estado de sitio fue decretado por invasión extranjera o terrorismo, el Poder Ejecutivo no puede detener a alguna persona por plagio, por defraudación o por acaparación. La evaluación de proporcionalidad deriva de una estricta relación entre el medio empleado y el fin perseguido: por ejemplo, si hay una conmoción exterior que motivó la adopción del estado de sitio y durante ella no conviene la publicación de un diario porque sus opiniones (falso tremendismo) pueden acrecentar la tensión, es proporcional que por ese motivo se prohíba su publicación; sin embargo, no lo es, si pasada la conmoción se mantiene la prohibición; aquí hay que hacer un análisis prudencial en el momento y lugar dados.