La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias

Noviembre 2022

Primera edición

Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias

Primera edición

Dosier multimedia

La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias. Dosier multimedia. - Dirigido por Daniel Fernando Soria.

ISBN: 978-987-21196-4-5

SCBA Ediciones

Dirección de Comunicación y Prensa / Instituto de Estudios Judiciales

Idea y dirección
Daniel Fernando Soria

Coordinación
Amós Grajales - Ezequiel Klass

Diseño multimedia
Marcelo Janik - Francisco Chielli

Gestión y edición de contenidos
Marisa Calvi

Colaboración especial
Camilo Fasano - Fernando Fasano - Luisa Mardones

Referencias: = texto = video = audio

Palabras de
Daniel Fernando Soria (*)

En este ciclo de charlas “La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la Administración Pública. Principios y tendencias”, nos propusimos la tarea de reflexionar sobre asuntos de relevancia institucional y hacerlo de una manera integral, acorde con los retos que presenta el estado de derecho en nuestra sociedad.

La idea central fue enriquecer la clásica exposición de programas y de temas, haciéndolo a través de la interdisciplina, la confluencia y el intercambio de las ideas, del contrapunto plural y abierto. Ello, en el entendimiento de que es la manera de tratar esta clase de asuntos que atraviesan varios centros nodales del derecho público.

Merced al invalorable aporte de todos los conferencistas estos objetivos han sido provechosamente logrados.

Hemos asistido a un rico diálogo entre administrativistas, constitucionalistas y procesalistas. Se ha reflexionado con amplitud sobre temas comunes, desde las más diversas escuelas, tendencias y orientaciones. No se ha trabajado en paralelo, sino enfocados en aspectos que concernían, en parte, a todos.

Muchos tópicos relevantes han estado presentes con diversas miradas: al escrutinio constitucional de las normas, la configuración actual del principio de división de poderes, el enjuiciamiento de las omisiones estatales de las agencias administrativas, la tutela judicial en los procesos colectivos y estratégicos, el

escrutinio oficioso de convencionalidad o de constitucionalidad de las normas, la posesión de la última palabra, la objeción mayoritaria, las vertientes dialógicas del control de constitucionalidad.

El análisis comparado, como el enfoque de la emergencia y el juego sobre la limitación de derechos fundamentales en Italia o en el derecho español, también fueron transitados.

Agradecemos a todos los que han participado por sus excelentes exposiciones.

Ellas le dan sentido a la presente obra.

* Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Contenido

Los principios rectores del control judicial de la administración
Juan Carlos Cassagne

El control de constitucionalidad y convencionalidad en sede administrativa
Andrés Gil Domínguez

Control de constitucionalidad y conflicto de poderes
Miguel Berri

Control judicial del procedimiento de formación de las leyes y el examen de la suficiencia deliberativa
Santiago Carrillo

El control judicial de la inactividad administrativa
Carlos Mamberti

Control de constitucionalidad en los procesos colectivos
Leandro Giannini

Tutela de los derechos fundamentales en el contexto de la pandemia
Vitulia Ivone

Actualidad y perspectivas del control de convencionalidad de las leyes
María Gabriela Ábalos

Control de constitucionalidad ¿de oficio o a pedido de parte? Estado de la cuestión
Leandro Safi

La tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en el proceso administrativo
Carlos Balbín

Diálogo constitucional y control judicial: la historia de una idea
Roberto Gargarella

Bases constitucionales del control judicial de la administración en el derecho español
Jaime Rodríguez Arana Muñoz

Los remedios judiciales en casos estructurales: remedios experimentalistas
Mariela Puga

La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales
Víctor Abramovich

Control de constitucionalidad y sus proyecciones sobre el acto administrativo
Patricio Sammartino

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los reglamentos
Carlos Laplacette

Artículo de clausura: Apuntes sobre la revisión de las normas emanadas de otros poderes por la Corte Suprema de Justicia en vía gubernativa
Daniel Fernando Soria

Los principios rectores del control judicial de la administración

Juan Carlos Cassagne [1]

El tema que me han asignado, “Los principios rectores del control judicial de la administración”, requiere partir de un escenario que se da en el derecho público, sobre todo constitucional, pero también administrativo. Ese nuevo escenario está caracterizado por dos fenómenos que de alguna manera aparecen superpuestos como vamos a ver. El primero es, en el orden cronológico, el de los principios generales del derecho público, particularmente del derecho administrativo, que, en el tiempo, si vemos la obra de Laferrière, o de García de Enterría, así como de otros grandes juristas, especialmente el excelente artículo que escribió Jean Rivero hacia 1964, es anterior a todo este proceso que se termina engarzando con el movimiento de los principios, a través del llamado neoconstitucionalismo. Y a esto quiero referirme brevemente en dos palabras porque hay varias opciones para ahondar en este fenómeno: la primera es ir a la filosofía del derecho, y ahí vemos que la mayoría de las obras tienden a clasificar el nuevo constitucionalismo en función de las teorías filosóficas que cada sector sustenta, por ejemplo, los positivistas versus los iusnaturalistas, en particular los iusnaturalistas más modernos (Finnis).

[1] Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (en la especialidad de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Autor de varias publicaciones en su materia.

Ahora bien, en el plan de la dogmática constitucional, la cuestión es distinta, y quien se ha encargado muy bien de esto es Manuel Aragón Reyes en sus estudios sobre el tema. Nos habla en ellos de dos clases de neoconstitucionalismos.

El verdadero se basa en la regulación de la democracia conforme al Estado de Derecho. Este es el único neoconstitucionalismo aceptable y legítimo, porque el otro neoconstitucionalismo constituye en realidad su deformación. Este neoconstitucionalismo se basa en los postulados del Estado de Derecho, en el lenguaje moderno, Estado de Derecho Constitucional y presenta notas importantes que intentaré resumir. La primera, es el reconocimiento de la Constitución como norma suprema de todo el esquema. La segunda, la separación de poderes. En tercer lugar, la Constitución como forma de limitación de poder en beneficio de la libertad y la igualdad de todos en esa libertad. Como consecuencia de esos principios, la independencia del poder judicial en garantía de los derechos de las personas y la forma republicana, federal y representativa de gobierno, en resguardo de la democracia.

***

La Constitución garantiza los derechos fundamentales de las personas y los nuevos derechos sociales individuales y colectivos. Y este esquema, en la evolución doctrinaria y dogmática, conduce al principialismo, que destaca la prevalencia de los principios generales de derecho frente a las leyes. Cualquiera sea la posición filosófica en que se ubica un sistema, las teorías que se adscriben al mismo exhiben una cierta unidad, como se está viendo en Europa, entre los positivistas incluyentes o iusmoralistas, que aceptan la prevalencia de los principios generales y los iusnaturalistas que coinciden, pero con fundamento en el derecho natural, cuando no exista una norma positiva para resolver la cuestión. Esto da lugar a un fenómeno que es muy conocido: la potenciación del papel de los jueces, algo que ha permitido la prevalencia los principios sobre las normas.

Así, frente a los principios, los jueces tienen un gran poder de interpretación, porque se potencia la función del juez en la interpretación del derecho, a través de una técnica nueva que ha surgido, no para reemplazar sino para ocupar el lugar que quedaba vacante y de alguna manera cumplir el rol interpretativo no solo a través de la técnica de la subsunción, que era lo clásico en el sistema positivista, sino mediante la técnica de la ponderación. En cambio, el otro neoconstitucionalismo es falso y se basa en la superioridad del poder sobre el control, la unidad del Estado sobre la separación de los poderes (una deformación de la separación del poder), el entendimiento político sobre el entendimiento jurídico; la democracia directa o plebiscitaria sobre la democracia indirecta o representativa; la voluntad política sobre las leyes; el estado decisionista sobre el Estado de Derecho. En suma, se diluye la supremacía constitucional y el gobierno de la ley pasa a ser el gobierno de los hombres, que es precisamente todo lo contrario a la doctrina del derecho constitucional clásico (expuesta por el doctor Bianchi en muchísimas de sus obras).

***

Actualmente, el campo del Estado de Derecho Constitucional, el verdadero, congrega tanto a los llamado positivistas incluyentes o iusmoralistas, como a los partidarios del iusnaturalismo, tanto del clásico, como el iusnaturalismo llamado por Santiago Legarre, el positivismo iusnaturalista de FINNIS, que sustenta la jerarquía del derecho positivo, en tanto no degenere en grave injusticia, en el que tiene cabida la técnica de los principios generales del derecho. Esta prevalencia de los principios generales del derecho obedece a una característica propia de los principios que es la de ser mandatos vinculantes concebidos como reglas de derecho, aun cuando para un sector de la filosofía del derecho, solamente los principios que están positivados constitucionalmente son los únicos principios generales del derecho superiores a las leyes. Mientras que para otro sector también

existe la posibilidad de aplicar dichos principios cuando provienen del derecho natural ante la carencia de normas o soluciones normativas elaboradas por la jurisprudencia o la costumbre.

Es lo que ha pasado con el principio del control de oficio de la constitucionalidad de las leyes, que no surge expresamente de ningún texto positivo, pues nace de la interpretación constitucional. Entonces, para resumir este planteo inicial, es forzoso reconocer que los principios y las normas, son reglas de derecho y que el carácter vinculante de los principios obliga a los jueces a fallar según ellos, pero no concibiéndolos como mandatos de optimización (Alexy), sino como reglas que obligan a los jueces a utilizarlos en la justificación racional y valorativa de sus decisiones (Vigo). El papel de los jueces no debe confundirse con el de los legisladores. La función judicial se ejerce sobre la base de las dos técnicas fundamentales que acabo de señalar, que son la técnica de la subsunción (siempre que la norma sea precisa y no incurra en grave o extrema injusticia) y la técnica de la ponderación, a la que se acude cuando el principio es impreciso, no está regulado completamente en la norma y es necesario recrearlo a través de la interpretación judicial. Los principios son reglas que contienen mandatos vinculantes, carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas.

***

Para proseguir hablando de los principios, he seleccionado dos fundamentales: el principio de razonabilidad, concebido como un meta-principio y el principio del control de oficio de la inconstitucionalidad. En cuanto al principio de razonabilidad, la razón suficiente predomina como fundamento de todas las decisiones judiciales que apliquen esos principios (Linares). Esa razón suficiente puede ser una razón de esencia cuando la conducta se funda en una norma jurídica expresa o bien una razón de existencia, cuando el fundamento es un mero hecho,

y hay que analizar si ese comportamiento se da o no se da. A su vez hay fundamento de verdad, referido al fundamento axiológico de justicia. ¿Qué es lo que ha pasado entre nosotros? Obviamente no voy a referirme al fundamento del principio de razonabilidad que prescribe el artículo 28, el cual menta algo más que el principio de razonabilidad. En realidad, el artículo 28 se adelantó al derecho constitucional moderno (Constitución alemana y Constitución española), ya que configura el principio de no violación del contenido sustancial de los derechos fundamentales. Las leyes no pueden violar el contenido sustancial de los derechos. Eso es parte de la razonabilidad.

***

Inicialmente, la jurisprudencia de la Corte se basó en el derecho norteamericano, en el principio del debido proceso: tanto el debido proceso adjetivo, como el debido proceso sustantivo. Coincide parcialmente con un aspecto de la técnica de la ponderación, ya que utiliza la metodología del balance, entre costes y beneficios. Este fundamento del derecho norteamericano ha quedado insuficiente frente al avance que ha habido del derecho europeo sobre el principio de proporcionalidad, que ha venido a integrarse dentro del principio de razonabilidad. Hoy tenemos una concepción amplia de la razonabilidad que es comprensiva del contenido sustancial de los derechos, la razonabilidad de la selección, la razonabilidad ponderativa, la cual se superpone con una parte del principio de proporcionalidad que demanda una ponderación racional con base en un balance de conveniencia entre medios y fines; la prohibición de arbitrariedad, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Esta interdicción es tan antigua en el derecho español que Cervantes en El Quijote menciona la Ley del Encaje, creada por la inventiva del juez que traducía un capricho, o la sola voluntad contraria a la razón, a la ley y a la justicia. Cuando más tarde investigué este punto en el derecho francés, comprobé que el citado principio

tenía sus raíces en el antiguo derecho romano. Lo que quiero señalar ahora es que el principio de la interdicción de la arbitrariedad está plenamente afirmado en la Constitución Nacional, en el artículo 19, al prescribir que nadie debe hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. El concepto de ley que utiliza el precepto es el de ley en el sentido amplio: ley en el sentido positivo y ley en el sentido de ley natural.

El principio de proporcionalidad se ha impuesto como nueva técnica en el control judicial de la razonabilidad. La razonabilidad es un meta-principio, admite en su seno el principio de proporcionalidad, el cual se divide en tres partes: el criterio de la necesidad, el requisito de la adecuación, y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto.

El criterio de la necesidad orienta hacia la solución que resulte menos restrictiva a los derechos fundamentales. El criterio de la adecuación busca, en cambio, un análisis de la idoneidad de ese medio para cumplir un determinado fin. Y, por último, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a coincidir con parte del control de razonabilidad del debido proceso del derecho norteamericano, constituido por el balance de los costes y los beneficios en función de la relación entre los medios y los fines.

***

Interesa señalar que, en un fallo reciente de la Corte Suprema, en los votos de los doctores Rosatti y Maqueda, se hace una referencia a la falta de relación en cuanto a la adecuación y a la necesidad de exponer las razones esgrimidas para prohibir la presencialidad de las clases en la Ciudad de Buenos Aires. El gran problema interpretativo que subsiste en la jurisprudencia de la Corte todavía, es el análisis de la conveniencia o de la oportunidad de los actos administrativos o de las leyes. Si bien creo que hay una línea que se orienta a afirmar la necesidad de constitucionalizar ese control de conveniencia o de discrecionalidad, la

jurisprudencia del Alto Tribunal se ha negado hasta ahora a admitir esta doctrina basada, como dice Bianchi, en la comodidad de un precedente (Inchausti), la cual debe ser descartada totalmente. ¿Por qué? Porque el precedente Inchausti, si se lo lee bien, contiene razones que justifican la conveniencia, pues cuando expone todos los debates que hubo y el apoyo de las distintas cámaras empresarias a las medidas que se adoptaron, está traduciendo juicios de conveniencia; o sea que la Corte en ese caso hizo un juicio de oportunidad a pesar de una fase desacertada, que se ha extrapolado, extendiéndose como un cliché a la mayoría de los fallos emanados de la cúspide del Poder Judicial.

***

Uno de los aspectos del control que ejercen los jueces es el principio del control ex officio de constitucionalidad de las leyes. Con fundamento en un principio general de derecho sobre el cual (*iuria novit curia*) hace un tiempo nos manifestamos a favor, cuyo fundamento en el ordenamiento positivo constitucional se encuentra en el artículo 31. Por eso me gustaría hacer unas breves reflexiones sobre un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte provincial, que el doctor Soria ha tenido la amabilidad de hacerme llegar y que me pareció de sumo interés.

Allí se resolvió por mayoría de cuatro contra tres, rechazar el recurso de inaplicabilidad de la ley que había interpuesto el Fisco de la Provincia de Buenos Aires, por haberse aplicado el principio *iuria novit curia* de una manera sorpresiva por parte de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata. Y en ese precedente el doctor Soria, en uno de los votos mejor elaborados que he visto (pese a no compartir el resultado del voto), condensó toda la doctrina del control de oficio de la constitucionalidad de las leyes, siendo una de las mejores piezas que le podemos dar hoy a los alumnos para que estudien la cuestión desde el punto de

vista que señala el doctor Soria, que expone una de las posibilidades interpretativas tendiente a limitar el alcance del control de constitucionalidad de oficio.

El voto del doctor Soria se basa fundamentalmente en que hay que dar una prevalencia al derecho de defensa y al principio de congruencia, pues si no se ha planteado el tema en las instancias precedentes, no se venía planteando ni nunca se planteó, y además, no se le da un traslado previo como, en este caso, aconseja el doctor Vanossi, para mitigar los defectos que puede haber en la violación de la garantía en la defensa en juicio, creo que sobre esa base, ese voto traduce una postura muy razonable, aunque no la comparto por las razones que voy a dar seguidamente.

***

El doctor Soria sostiene en su voto que, en esos supuestos, se produce una renuncia de derechos. El juicio se caratula “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Necotrans y otros sobre apremio” y fue resuelto el 25 de febrero de 2021. En concreto, la disidencia del doctor Soria se basó en que hubo una renuncia por parte de la demandada a invocar la inconstitucionalidad de la norma tributaria de derecho local (del Código Tributario) que no había sido planteada en el pleito y que la Cámara Contencioso Administrativo de Mar del Plata utilizó para fundar la decisión que acogió la defensa de prescripción de la acción. Se trataba de determinar si el tributo estaba prescripto conforme a la regulación del derecho local o si tenía que prevalecer la regulación del Código Civil como la Corte lo viene estableciendo en sus últimos precedentes. Al respecto, mi opinión coincide con la del doctor Bianchi, en el sentido que no debe presumirse la renuncia a la Constitución.

La Constitución es la norma suprema y debe prevalecer en estos casos, porque en realidad como bien señala el doctor Bianchi, la renuncia a la Constitución no puede suponerse por constituir una cuestión de orden público. Los jueces están obligados a otorgar primacía a la Constitución. Sé que es una materia muy opinable, pero pienso que es una de las pocas garantías que nos quedan para mantener al tope el principio de legitimidad, el bloque de derechos fundamentales y, especialmente, los principios generales básicos que conforman el Estado de Derecho.

El control de constitucionalidad y convencionalidad en sede administrativa

Andrés Gil Domínguez [1]

La idea es analizar tres bloques.

En primer lugar, cómo se construyó el control de convencionalidad, o las tipologías o modalidades del control de convencionalidad.

En segundo lugar, cómo esto impacta en nuestro modelo/paradigma constitucional.

Y, en tercer lugar, cuáles son hoy las proyecciones, no tanto desde el punto de vista académico, sino desde el punto de vista de la aplicación funcional de este control de convencionalidad en el ámbito de la administración pública.

Como punto de partida es importante distinguir entre el control de convencionalidad externo y el interno. El control de convencionalidad externo es aquel que realizan los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Y presenta tres tipologías o tres formas de manifestación.

[1]Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Director General de AGD Consultora. Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Corresponsal de la Unión de Juristas de Cuba y la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo. Fue Huésped Ilustre de la Ciudad de Quito (Ecuador), 2007. Es Profesor Adjunto Regular de Elementos de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Profesor Titular Interino de Elementos de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UBA), Profesor Titular Regular de Derecho Constitucional de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor de la Maestría de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Salamanca (España), profesor de la Maestría en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es autor de numerosos libros y publicaciones sobre derecho constitucional y ha brindado conferencias, ponencias y disertaciones sobre la materia.

El primero es el control de convencionalidad externo reparador, que es cuando uno de estos órganos (pueden ser la Corte Interamericana de DDHH, la Comisión Interamericana de DDHH o el Comité de DDHH) resuelve un caso, y dicta una decisión jurisdiccional convencional. La Corte Interamericana de DDHH a través de una sentencia, cuando resuelve un caso donde se ha planteado la denuncia de una víctima o un grupo de víctimas contra un Estado respecto del incumplimiento o violación de los DDHH de la Comisión Americana. O la Comisión Interamericana o el Comité de DDHH, cuando emiten un informe particular, frente a la denuncia de una o varias víctimas, haciendo recomendaciones a los Estados para que estos reparen la violación detectada, en ese caso en particular.

La segunda modalidad del control de convencionalidad externo es política; y se manifiesta a través de informes que los órganos de control presentan respecto de las situaciones de los Estados parte, en cuanto a qué han cumplido y qué les falta cumplir, a los efectos de dar plena satisfacción a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que estos órganos tienen como cometido interpretar y aplicar.

Y la otra manifestación del control de convencionalidad externo es el control de convencionalidad externo preventivo, que se manifiesta cuando los órganos de aplicación e interpretación dictan resoluciones generales en forma de observaciones generales, donde desarrollan de manera abstracta el contenido de los derechos que están en los instrumentos sobre los DDHH, ya sea conceptualmente, aplicándolo a determinados supuestos o vinculándolos con otros derechos; que si bien no están en los instrumentos internacionales sobre los DDHH, son una consecuencia del ejercicio de los derechos consagrados.

Por eso vemos que la Corte Interamericana de DDHH ha dictado la observación general número 24, que habla sobre Matrimonio Igualitario, Identidad de Género, Expresión de Género; cuando el género ni siquiera es una de las

categorías protegidas establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. O también la Corte Interamericana ha dictado la opinión consultiva 22 o 23 sobre Protección y tutela del medio ambiente, extendiéndola a los animales no humanos. Este ejercicio de control de convencionalidad externo en sus distintas variables no solamente tiene un sentido de otorgarle vigencia a estos instrumentos mediante lo que podríamos decir en generar un control concentrado; porque los únicos órganos que están habilitados para realizar este control de convencionalidad externo son los órganos de aplicación e interpretación de los instrumentos.

***

Más allá de la función específica otorgada, y de hacer efectivos los derechos y garantías contemplados en los instrumentos internacionales, estas decisiones convencionales, emergentes de esta clase de control en sus distintas modalidades, hace que se construya un *corpus iuris* de sentido, contenido y alcance de los derechos que están en los instrumentos internacionales y de los derechos conexos a los derechos existentes en los instrumentos internacionales. Y si bien en el ámbito internacional de protección regional o universal hay un debate o una discusión sobre cuál es el efecto vinculante de cada una de estas manifestaciones (sentencias, informes particulares, etc.); una vez emitidas en términos de establecer el alcance del contenido de los derechos, todas las manifestaciones desde la perspectiva argumental tienen la misma jerarquía. Ingresan a una suerte de parámetro de regla de reconocimiento convencional, en donde lo que importa no es el órgano que la emitió, sino el contenido que le otorgan a los derechos.

La Corte Interamericana de DDHH especialmente, a través de su jurisprudencia, y a partir de la existencia de este control de convencionalidad externo concentrado empezó a construir “pretorianamente” el concepto de control

de convencionalidad interno que debe ser aplicado por los Estados parte. En primer lugar, estableciendo que, el sentido de una creación de un control de convencionalidad interno, era darle un efecto útil a los DDHH consagrados en los tratados de DDHH. Porque la cantidad de casos que pueden arribar a la Corte Interamericana de DDHH para ser resueltos en satisfacción de los derechos es mínima, comparada con las violaciones que se pueden registrar en los Estados parte.

La forma de darle una tutela efectiva, convencional a estos derechos, es que en sede interna, en los Estados, se empezara a desarrollar un control de convencionalidad por los órganos internos que, aplicando el tratado más las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana de DDHH, le diese a los DDHH una ampliación en su eficacia y, de alguna manera, la obtención de este efecto útil del que siempre habla la Corte Interamericana de DDHH; teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales sobre DDHH no son instrumentos, no son herramientas estáticas, inmutables, sino que son instrumentos vivos que se deben adecuar a las necesidad sociales en cuanto a demanda de DDHH, y que las interpretaciones, la jurisprudencia, las decisiones convencionales hacen que, justamente, tengan esta dinámica de adecuación a las demandas sociales. Por eso el control de convencionalidad que deben desarrollar los órganos internos de los Estados no solamente deben tener en cuenta la letra, el texto del instrumento, sino también las interpretaciones que el mismo se hace. Deben tener en cuenta que estas interpretaciones reflejan una dinámica social en términos de incorporar nuevas demandas en DDHH y que este control debe priorizar la perspectiva de la aplicación del principio pro persona.

Esta construcción jurisprudencial que ha hecho la Corte Interamericana de DDHH (que, si bien en principio estuvo dirigida a la Convención Interamericana, pero que después lo amplió a otros instrumentos) y que en una definición o

concepción amplia puede decirse que existe control de convencionalidad externo por parte de todos los órganos, y que el control de convencionalidad interno debe hacerse por todos los órganos de un Estado respecto de aquellos tratados de DDHH de que este sea parte. En esta construcción jurisprudencial la Corte Interamericana de DDHH ha sostenido que el control de convencionalidad interno puede ser reparador, esto es, anulando, invalidando normas actos y conductas que sean contrarias a la Convención Americana o los instrumentos internacionales sobre los DDHH; pero también es posible que este control de convencionalidad interno, tenga una faz constructiva, en donde lo que sea realice sea, no una invalidación de una norma, sino la interpretación de varias interpretaciones, o la necesidad de buscar la interpretación de todas las posibles de esa norma en la aplicación de la misma, que sea más adecuada.

***

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH ha establecido que el control de convencionalidad interno en principio correspondía al Poder Judicial en las modalidades que cada Estado haya adoptado para el control de constitucionalidad; por eso el control de convencionalidad externo es concentrado, pero el control de convencionalidad interno puede ser difuso, concentrado, dual o paralelo o mixto. Asimismo, estableció que este control de convencionalidad interno debía ser de oficio, y obligando a que si existía un control de constitucionalidad difuso, que no era de oficio, se transformara en de oficio. Le otorgó el rol de órgano interno en primer lugar para el ejercicio de este control de convencionalidad interno, exclusivamente para el Poder Judicial, pero posteriormente lo amplió a partir del caso "Gellman dos vs Uruguay" a todos los órganos internos de los Estados. Con lo cual, en la concepción del control de convencionalidad interno, instaurado por la CIDH, el Poder Legislativo, Judicial y

Ejecutivo, tiene la obligación de ejercer el control de constitucionalidad interno aun de oficio.

***

Ahora bien, esta construcción realizada por la CIDH tiene un reflejo particular en nuestro modelo; porque no solo nuestro Estado ha ratificado a la Convención Americana y a otros instrumentos internacionales sobre los DDHH, sino que, con motivo de la Reforma Constitucional de 1994, se incorporó el art. 75 Inciso 22; quizás el elemento más importante de esa reforma en donde se le otorga jerarquía constitucional a ciertos instrumentos sobre DDHH, compartiendo con la Constitución su supremacía. Se da la posibilidad de un procedimiento de mayorías agravadas al otorgarle jerarquía constitucional a otros instrumentos.

Eso ya sucedió tres veces. Se establece que dicho instrumento tiene jerarquía constitucional, son complementarios, no derogan el artículo alguno en la primera parte, y poseen todas estas características en las condiciones de sus vigencias. Nuestro modelo que es el de Estado constitucional y convencional de derecho por imperio de esta norma, ha incorporado dentro de su funcionamiento el control de convencionalidad interno, estableciendo como regla de reconocimiento convencional a, hoy por hoy, catorce instrumentos internacionales más todas aquellas disposiciones que a través de la aplicación e interpretación que hagan los órganos, emitan con respecto a la textualidad de estos instrumentos internacionales.

Nosotros tenemos constitucionalizado un control de convencionalidad interno que responde al diseño de la CIDH, pero que es preexistente al mismo, y que tiene determinadas características de funcionamiento por lo menos en términos del *corpus iuris* establecido que no es un *corpus iuris* fijo, sino que puede ampliarse, y que tiene ciertas características o notas, con relación a la Constitución,

como estas dos fuentes que se retroalimentan, que dialogan en la conformación del estado constitucional de derecho.

***

Ya entrando en el tercer punto tenemos que la construcción de control de convencionalidad interno por parte de la CIDH, receptada por la reforma constitucional de 1994, no solamente se direcciona o debe ser ejercida por el Poder Judicial, sino también por la Administración Pública.

Aquí aparece un interesante debate, una necesaria resignificación de la administración pública. Ferrajoli en su última obra *Iura paria* (lo bueno que tiene Ferrajoli es que a través de los años va resignificando sus propios significados, ampliando y corrigiendo) señala con mucha certeza que la división de poderes pensada por Montesquieu, en pleno siglo XXI necesariamente tiene que ser revisada, porque esa división de poderes hoy en el parlamentarismo donde Poder Legislativo y Ejecutivo son primos interpares, y en el presidencialismo, donde hay hiperpresidencialismo en varios modelos, ya no es tal división. Segundo porque han aparecido los derechos económicos sociales, culturales y ambientales que demandan de la administración prestaciones que antes no estaban ni siquiera imaginadas; y en tercer lugar porque surgieron poderes económicos, corporativos, mediáticos, que están por fuera de la división de poderes, pero que tienen un peso, no sé si igual, pero bastante preponderante. Por eso Ferrajoli dice que la administración tiene que ser pensada hoy no solamente cumpliendo funciones de contralor de los demás poderes, sino fundamentalmente funciones de gobierno, funciones de desarrollo pleno de derecho.

Entonces, de la conjugación de lo que propone Ferrajoli sobre esta relectura de los poderes, más el control de convencionalidad interno de la administración, es

donde podemos empezar a analizar qué nuevas pautas tienen que regir a la administración pública teniendo como norte muy claro la convencionalidad. En primer lugar, en la emisión de las normas: cada vez que emite normas, la administración debe hacerlo ejerciendo el control de convencionalidad, ya sea normas de carácter general o normas de carácter particular. Segundo, de oficio, haciendo un control de convencionalidad administrativo que la lleva a depurar o derogar todas aquellas normas emitidas por la administración que sean contrarias a la convencionalidad. En tercer lugar, realizando en el ejercicio de la administración pública interpretaciones conformes a las leyes vigentes en términos de convencionalidad.

***

En el ámbito del estado constitucional y convencional de derecho las leyes no son aquellas que estructuran la existencia y la sustancia de los derechos. Los derechos existen porque están en la Constitución y en los tratados sobre los DDHH; las leyes son garantías primarias que persiguen satisfacer estos derechos, pero no los construyen ni los definen. Por eso, ante el ejercicio de convencionalidad interno por parte de la administración, cuando exista una ley, una situación de determinación de derechos o de concreción de derechos (esto es una situación de derechos en donde no hay otro derecho que choque con este derecho, solamente hay un derecho que hay que concretar, que hay que desarrollar), en esa situación con ley, sin ley, o contra ley, la administración está facultada hoy ejerciendo el control de convencionalidad para dar satisfacción a los derechos como política pública o a los derechos de una situación particular corriendo la ley o haciendo interpretaciones de esa ley, a los efectos de garantizar la convencionalidad. Esto bajo ningún punto de vista puede implicar que se viola la división de poderes, porque de esta manera lo que está haciendo la administración pública que cumpla

con esta función es satisfacer obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino, y dar encarnadura sociológica del modelo de estado constitucional y convencional de derecho, especialmente de la fase convencional del artículo 75 inciso 22.

La administración pública también debe ejercer control de convencionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, no ya en el ámbito de las garantías debidas del proceso administrativo sancionador, sino también de la sustancialidad de los derechos en juego, producidos, ampliados por la convencionalidad interpretada.

Muchos son los desafíos que le quedan a la administración pública, construidos sobre un derecho legislativo endogámico, de estado legislativo de derecho, creador de sus propias instituciones, de sus propias justificaciones. Desafíos enormes, pero que no son doctrinarios sino de práctica, de eficacia, de demandas sociales traducidas en derechos que son acuciantes en un país con un 40% de pobres, con una macroeconomía totalmente desarreglada y con un futuro incierto. No se trata solamente de cuestiones doctrinarias, no se trata solamente de cuestiones de dogmática constitucional y convencional. Que la administración pública comience a realizar un control de convencionalidad interno de todas sus funciones, habla o se refleja en una mayor satisfacción de los derechos, pero quizás, en un horizonte de una sociedad o una comunidad más igualitaria, con menos desigualdades estructurales y con un poco de futuro para nuestros hijos e hijas.

Control de constitucionalidad y conflicto de poderes

Miguel Berri [1]

El conflicto de poderes es una institución que en la Argentina de hoy puede definirse como típica del derecho público provincial y municipal; pero ha surgido de un conjunto de conflictos en nuestro país al inicio del proceso constitucional. Es muy importante comenzar a expresar, a los fines de definir la fluidez de esta institución, cómo se proyecta en la Argentina, y cuál es su relevancia en el ámbito institucional internacional, aunque la fuente no sea del derecho nacional.

Podemos decir que el proyecto de Alberdi toma en 1852, las bases de toda la organización del poder judicial y especialmente lo que se refiere a la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación, del artículo 3, sección 2, apartados 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Pero además de definir esa competencia que hoy tenemos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, Alberdi en el marco del capítulo "Gobiernos de Provincia" incorpora también otra competencia en la Corte Suprema de la Nación, que es la que se expresa en el artículo 127, dice que: "las provincias no pueden hacer la guerra unas a otras; y sus quejas serán sometidas a la Corte de la Nación, quien las dirimirá". Es decir, serán dirimidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entonces, aparece otra competencia distinta, cuyos orígenes están mejor explicados en el considerando quinto del fallo

[1]Abogado. Especialista en derecho constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular de derecho constitucional 2 de la UNNOBA y profesor asociado de la USADA. Subsecretario de Ejecución de Créditos Fiscales y Tributarios de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

"Provincia de La Pampa con provincia de Mendoza sobre posesión de aguas y regulación" con la disidencia del doctor Fayt. En este considerando Fayt expresa que esa jurisdicción no tiene su fuente en la Constitución de los Estados Unidos, sino en el proceso histórico de la República Argentina y cita todos los comentarios de los constitucionalistas de principios del siglo XX: Perfecto Araya, Montes de Oca, Gonzáles Calderón, y fundamentalmente a Joaquín V. Gonzáles, quienes dicen que el país necesitaría una especie de árbitro que resolviera los problemas que podían tener las provincias entre sí, de una manera distinta a la jurisdicción originaria y exclusiva, referida en el artículo 117. Fayt y los constitucionalistas citados consideran que conocer y decidir es distinto de dirimir.

***

El proyecto de Alberdi tiene suma importancia en la Constitución de 1853, conjuntamente con la importancia que tiene la Constitución de los Estados Unidos. Como bien sabemos, la constitución de 1853, es muy limitativa con relación a la autonomía de las provincias. Muchas disposiciones fueron modificadas, desarrolladas o suprimidas por la Convención de 1860. Algunas tienen relación con la temática que estoy desarrollando. Por ejemplo, el artículo 5, decía que las constituciones provinciales debían ser aprobadas por el Congreso de la Nación. El artículo 41 sometía a los gobernadores de las provincias a juicio político por el Congreso de la Nación; es decir, que el Congreso podía destituir a los gobernadores de las provincias. El artículo 64, inciso 11, que es el antecedente del 75 inciso 12 actual, no establecía la reserva de las jurisdicciones provinciales, según si las cosas o las personas caían bajo sus respectivas jurisdicciones como dice en la actualidad. A su vez el artículo 98, referido a la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, establece este tipo de conflictos como una competencia originaria de la

Corte Suprema de la Nación, designándolos de tal manera, como los conflictos de poderes que se sucedieren internamente en alguna provincia; es decir, los conflictos de los poderes públicos dentro de alguna provincia, serían resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuando se produce la guerra entre la Confederación y la provincia de Buenos Aires, esta aplica fuertemente la necesidad de mayor autonomía de las provincias. Como resultado se produce el "Pacto de San José de Flores" que trae como consecuencia la revisión de la Constitución. Se enfrentarían dos grupos: el de Vicente López, Bernardo de Irigoyen, Cané, etcétera ("Club de La Paz"); y el otro, formado por juristas y analistas importantes como están Cruz Obligado, Mármol, Mitre, Vélez Sarsfield ("Club Libertad"), que resultara finalmente triunfante.

El grupo "Club Libertad" lleva adelante la revisión de la Constitución de 1853. Agregan los conceptos de autonomía y quitan de la Constitución de 1860 la competencia originaria y exclusiva en materia de conflictos entre los poderes públicos de una provincia.

***

En 1873 se reforma la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Dicha reforma trae como consecuencia que el "Club de La Paz" pudiera ser representado en esa convención constituyente y pudiera discutirse la existencia de conflicto de poderes. La Corte tendría competencia originaria y exclusiva en los conflictos de competencia entre los poderes públicos; ya no se hablaría más de conflicto de poderes, sino de conflicto de competencias entre los poderes públicos.

La defensa específica –dada fundamentalmente por Vicente López y Ocantos- argumentaba que de esa manera se garantizaría una instancia más para resolver el conjunto de problemas que habían tenido las provincias, y no llegar con ello, a la intervención federal.

Obviamente esta predicción no fue la predicción razonable para esos años, porque de 1873 a 1879, la provincia de Buenos Aires fue intervenida en varias ocasiones; pero, sin embargo, Faustino Legón, un constitucionalista de una primera época, diría que el objetivo del derecho muchas veces se veía como una esperanza hacia el futuro, y que en definitiva pudo verificarse el funcionamiento de la institución.

La Constitución de 1873 mantiene actualmente la norma con respecto a la competencia originaria y exclusiva de la Corte, y suma otra, la de los conflictos municipales, que copia de manera muy parecida lo que establece el artículo 127 de la Constitución respecto de la jurisdicción dirimente.

***

Posteriormente llega la Reforma de 1934. Aquí se discute nuevamente si esta institución o este mecanismo debía ser incorporado en la Constitución. Para ello se trae una obra de Luis V. Varela, quien decía que los jueces no podían terminar juzgando los conflictos de los poderes públicos, y que además la institución no había dado un resultado razonable. Sin embargo, los constituyentes de 1934, incorporan este concepto nuevamente en el ámbito de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y aquí nos encontramos con el conflicto de poderes en sí mismo.

Pero, ¿cómo podemos definir el conflicto de poderes? El conflicto de poderes es un mecanismo institucional, que convierte a la Corte en tribunal Constitucional a los fines de resolver un conflicto o una controversia entre autoridades públicas respecto de la invasión de sus competencias otorgadas por la Constitución por parte de otro poder público. Creo que de esta manera se describe el conjunto de propiedades que tiene el concepto del conflicto de poderes.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires lo ha sostenido de manera permanente en su jurisprudencia.

Hay un ejemplo muy interesante de la Provincia de Mendoza referido por Aída Kemelmajer de Carlucci. Se trata del caso "Intendente de General Las Heras", en el cual el supremo tribunal mendocino dijo que cuando "se avoca al conocimiento de conflictos internos entre autoridades municipales, obra como tribunal político, por cuanto el proceso no se traba entre particulares ni versa sobre derechos relativos a las personas o bienes, sino por el contrario las partes son autoridades públicas". La Corte de Mendoza comienza a funcionar como un tribunal político que resuelve las atribuciones de cada uno de los poderes respecto de una potestad otorgada por la Constitución y sus partes no tienen una pretensión de naturaleza patrimonial, sino que son poderes públicos que deben resolver una situación de invasión de su competencia de uno por parte de otro.

***

Ahora nos preguntamos: ¿Cómo se va a instrumentar el conflicto de poderes en la provincia de Buenos Aires? En una primera etapa, según el código vigente, en los artículos 689 y 690 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, donde se estipula claramente que el conflicto de poderes no constituye una demanda regular del tipo procesal, sino que es una denuncia. ¿Y por qué una denuncia? Porque lo que está sucediendo es que un poder es denunciado por otro poder; es decir, sus atribuciones otorgadas por la Constitución han sido invadidas.

Una vez hecha la denuncia (se habla de denuncia porque actúa como tribunal constitucional que va a considerar la regularidad del acto o el contenido de ese acto con relación a las atribuciones otorgadas por la Constitución), la Corte pedirá con

todo un fundamento, todos los antecedentes al poder que ha sido denunciado, y éste los va a remitir pudiendo fundar algún tipo de defensa respecto de la situación que ha traído como consecuencia, la iniciación del conflicto.

La Corte resolverá a quién corresponde la atribución, y si corresponde declarar la invalidez del acto, o la inconstitucionalidad de la norma que ha sido impugnada a través de este mecanismo.

Creo que hacer un breve recorrido por la Jurisprudencia de la Corte de Buenos Aires es muy interesante respecto de este tema.

***

Tenemos el caso "Presidente de la Cámara de Diputados sobre conflicto de poderes": se trataba de una diputada de apellido Cantero que había pedido licencia. La Cámara hizo asumir y prestar juramento a un diputado de apellido Russo. Los miembros del partido político que constituían una alianza con esa lista, y le seguían a la diputada Cantero y al diputado Russo, impugnan la asunción por una violación a la ley de paridad de género ante el Poder Judicial. El juzgado en lo Contencioso Administrativo en primera instancia dispone una medida cautelar por la cual dice que en lugar del diputado Russo tiene que asumir la diputada Larrosa, y luego dicta sentencia. En ese ínterin, el Presidente de la cámara de Diputados plantea un conflicto de poderes respecto del Poder Judicial porque un juzgado estaba tomando atribuciones que eran propias de la Cámara, como la toma de juramento de este diputado violándose el principio de paridad de género establecido por la ley. La Corte estableció que no hubo conflicto porque estaba en el ámbito del Poder Judicial, y se hallaban de por medio todas las instancias recursivas que podían existir, mientras un órgano judicial entendía en la materia.

Otro caso es el del Presidente de la Junta Electoral de la Provincia, respecto de la obligación que le otorgara la ley para constituir la nómina de los jurados en la incorporación del Juicio por Jurados en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. La Junta Electoral consideró que la Legislatura había invadido el ámbito de sus atribuciones establecidas por el artículo 63 de la Constitución de la Provincia. Como consecuencia de ello plantea el conflicto de poderes, y la Corte se lo rechaza porque en el artículo 63, se establecen claramente no solo las facultades que pretendía la Junta Electoral, sino otras que le podía otorgar la ley. Era razonable que esas facultades estuvieran en el marco de la Junta Electoral.

También existe otro ejemplo a través del caso "Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, contra Juzgado de Faltas del Consumidor N° 2 de La Plata": Barletta Valeria sobre denuncia contra IOMA. La señora Barletta había sido dada de baja ante el IOMA por falta de pago y cuando quiso volver a afiliarse no se lo permitieron porque tenía una enfermedad preexistente. A raíz de ello acude a Defensa del Consumidor, realiza el planteo y el Juzgado de Faltas decide que IOMA deje sin efecto la resolución y se abstenga de continuar con esa conducta, de lo contrario darían notificación al fiscal de turno.

***

Ante lo expuesto, la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires plantea un conflicto de poderes, porque no solo se habían invadido los poderes de la autoridad pública de IOMA (que es un ente autárquico), sino también la esfera del Poder Judicial, ya que el Juzgado de Faltas no es un Juzgado que pertenezca al Poder Judicial, sino que es un órgano administrativo destinado a resolver un proceso sancionatorio.

El voto del doctor Soria es un voto muy interesante porque hace un deslinde muy claro de aquellas medidas que podía tomar la Municipalidad, con relación a lo que se refiere la Ley de Defensa del Consumidor. Esta ley establece como organismos de aplicación a los municipios y en algunos casos también podrían actuar los juzgados de faltas, pero en ningún caso al estar abierto el procedimiento administrativo; ya que esta señora, que impugnaba la resolución del IOMA, tenía todos los recursos administrativos posibles: el recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio; la suspensión de los efectos del acto administrativo; el recurso contra la decisión del acto del directorio del IOMA; la apelación contra el acto del directorio del IOMA; o una acción de amparo también con una medida cautelar respectiva.

Lo interesante, más allá del rechazo, porque había un desborde de la competencia por parte del Juzgado de Faltas de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la Plata, es que se reconduce, en cierto modo, el proceso; porque se dejan 60 días, durante los cuales esta persona mantiene la afiliación, hasta tanto pueda ejercer el derecho de defensa ante los órganos correspondientes. Además de hacerse una clara división de lo que es materia del derecho de defensa del consumidor y la situación del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires.

***

Como último ejemplo les comparto el caso denominado “Gobernador de la Provincia de Buenos Aires plantea conflicto de poderes”. Uno de los puntos que se ha sostenido históricamente respecto del conflicto de poderes, es que el veto y luego el control de constitucionalidad, podían servir como un mecanismo con relación a lo que podía ser una desavenencia entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (situación más puntual que se tomaba en cuenta sobre todo en la discusión en Francia, en la Revolución Francesa).

El problema en este caso es que la Cámara de Diputados, a través de un legislador, crea en el proyecto de ley de presupuesto, un conjunto de cargos, categoría 19,5 en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y la ley se sanciona. El Poder Ejecutivo la veta, y el Poder Legislativo insiste sobre la sanción de la Ley.

Los argumentos del Poder Ejecutivo en el veto eran que se había violado lo dispuesto en el artículo 103 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece expresamente que la iniciativa legislativa en materia de gastos, le corresponde al poder Ejecutivo. Sin embargo, la Legislatura, a través de una norma que había sido iniciada en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Provincia, insiste, y la alternativa que le queda al Gobernador, es plantear un conflicto de poderes con la Legislatura, por parte de lo que era la invasión de su facultad de tener iniciativa exclusiva en esa materia.

***

Así se da un debate muy interesante entre el doctor Soria y el doctor Hitters. El doctor Soria sostiene que el conflicto de poderes tiene una sustanciación razonable en los artículos 689 y 690, además de que se obliga al dictamen del Procurador de la Provincia de Buenos Aires en la materia, y que, si el acto que invadió los poderes del otro poder, que es un acto legislativo y que claramente surge del cotejo de la Constitución con el acto llevado a cabo, hay una incompatibilidad clara en el ejercicio de ese poder. Ello tendría que traer como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

El doctor Hitters plantea que el procedimiento no es adecuado, en virtud de haber un marco de conocimiento muy restringido que no es propio del control de constitucionalidad.

La Corte resuelve en definitiva lo que vota en primer lugar el doctor Soria, que yo creo que era lo más razonable, ya que cuando está abierta la jurisdicción, el control de constitucionalidad es una competencia propia, inherente que tienen los jueces, y que hoy pueden llevar a cabo hasta de oficio. Con lo cual, si estamos hablando de una distribución de competencias, y un conflicto de esas competencias por invasión de un poder con relación a otro, y la situación no se refiere a cuestiones de trámite legislativo como ausencia de quorum u otra naturaleza, es del cotejo de normas que fluye que la iniciativa solamente correspondía al Poder Ejecutivo.

***

Resulta claro que existe un conflicto de poderes, que la Legislatura en ningún caso podría haber sancionado esa ley porque ninguna de las cámaras tenía competencia para la iniciativa.

Les menciono otro ejemplo muy interesante porque en la Provincia de Buenos Aires no existen los DNU. Se trata del caso dado por el decreto 1960 del año 2001 durante la gobernación de Ruckauf. En esa oportunidad la Corte recibe la notificación por parte del Gobernador, donde éste les dice que ha dictado ese decreto. Tenía todo un contenido de carácter legislativo, es decir, estaba ejerciendo funciones de naturaleza legislativa: "para sus conocimientos y efectos. La Corte por una resolución (1925) declara la invalidez del decreto y dice que ella es la guardiana de la Constitución y último interprete de la Constitución de la Provincia".

En este caso es no hay causa o controversia. La Corte en sí misma, al momento que toma conocimiento de ese decreto, y sin caso, como dice la Constitución en el artículo 161 inc.2, resuelve de oficio.

En definitiva, el conflicto de poderes ha sido un instrumento muy útil en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, resolviendo sobre todo materias no solo

entre los poderes públicos provinciales, sino también entre los municipios, y dentro de los municipios, y entre la provincia y los municipios.

La Corte de la Nación en algún momento toma esta doctrina del conflicto de poderes que surge del derecho público provincial. Hay un caso donde se plantea de manera tenue el conflicto de poderes: "caso Aerolíneas Argentinas" o "caso Fontela". Había un amparo de un juez de primera instancia, un juez que había decretado una medida cautelar por la cual se impedía la privatización de Aerolíneas, y mientras la mayoría de la Corte habló de per saltum, la minoría, en ese momento, Nazareno y Moliné O´Connor, hablaron de un conflicto de competencias. No establecieron expresamente conflicto de poderes. Esta situación se reitera en otros casos.

Otro ejemplo es "Unión Obrera Metalúrgica", donde ya cambia la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y dice que se trata de un conflicto de competencias típico del artículo 24 inciso 7mo, del decreto ley 1285/58, que es la ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Aquí la Corte entiende esta situación como un conflicto de competencias dentro del marco de esa atribución. Para mí era una extensión muy llamativa que le daba la ley con respecto a la competencia entre jueces de distintas jurisdicciones.

Por último, el "Caso Rodríguez", que refiere a la privatización de los aeropuertos. La Corte considera que se trata de un conflicto de poderes. Luego el "conflicto de poderes" aparece en algunos fallos de la Corte en obiter, pero no en el marco de la forma que tiene en el sistema del derecho público provincial y municipal.

Podemos decir que el "conflicto de poderes" no ha sido tomado del derecho argentino, pero figura en la constitución de Checoslovaquia, en la de Viena de 1920, en el artículo 91 de la Ley Fundamental de Bonn, en el 134 de la Constitución Italiana, y en varios países de América Latina.

Control judicial del procedimiento de formación de las leyes y el examen de la suficiencia deliberativa

Santiago Carrillo [1]

El tema que tengo asignado no es sencillo; pero me reconforta que ninguno de los temas que están planteados para este ciclo de charlas lo es. Tengo que abordar el control judicial del procedimiento para la sanción de las leyes, con una perspectiva singular e interesante, que se refiere al examen de la suficiencia deliberativa de los parlamentos y legislaturas en el procedimiento para la sanción de las leyes. Eso me impone, más o menos, dividir la charla en 3 partes. La primera, a grandes rasgos, refiere a las características generales del control de constitucionalidad argentino, en su visión más clásica o tradicional. Son todas cuestiones que conocemos pero que necesito reafirmar para sobre esos conceptos, poder elaborar las ideas que siguen.

Como contrapunto con esa tradición -esta sería la segunda etapa- revisaremos ciertos fallos de la Corte Suprema y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que permiten un replanteo de los alcances, intensidad y objeto de control de constitucionalidad; especialmente respecto al procedimiento para la sanción de las leyes. Y, por último, como cierre, propondremos un primer acercamiento a algunos conceptos poco explorados en nuestra doctrina constitucional; como por ejemplo *"racional law-making"* y *"legisprudence"*, que son

[1]Abogado. Juez federal en lo Contencioso Administrativo; Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires; Investigador en proyectos de Ciencia y Técnica; Profesor de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Fue Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la vocalía del Dr. Daniel Fernando Soria y Miembro de la Comisión de la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires.

institutos que maneja el derecho constitucional europeo moderno, derivados de ciertas tendencias alemanas, que resultan interesantes para replantear las bases del análisis en esta materia. No para importarlas pretendiendo su aplicabilidad directa; porque esas metodologías de control -vamos a verlo durante el desarrollo- tienen un fundamento histórico e institucional propio y responden a la realidad de un sistema de control de constitucionalidad concentrado -con competencia diferente al control difuso que tenemos nosotros- como es el del Tribunal Constitucional Federal Alemán; o a la singular posición institucional que ocupan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Europea de Justicia en el marco de la Unión Europea. Sin embargo, encontraremos componentes y elementos técnicos que nos permitirán, aunque sea, asomar la cabeza a otras realidades para desde ahí poder identificar tópicos que se podrían mejorar dentro de nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad.

Para eso vamos a usar también como excusa un trascendente fallo de la Suprema Corte de Justicia: el de la Procuradora General contra la provincia de Buenos Aires del 2019 donde se discutió la validez constitucional de la ley que introdujo reformas al Ministerio Público de la provincia.

***

Paso entonces a la primera parte de la exposición que se refiere a la fisonomía de control de constitucionalidad en la Argentina.

Es fundamental arrancar recalcando que tenemos un modelo presidencialista fuerte, y a pesar de las intenciones de la reforma constitucional del 1994, sigue siendo un sistema presidencialista fuerte. Esto responde a nuestra historia constitucional, así que tampoco es el momento de hacernos un replanteo sobre el punto. Pero es un dato interesante porque se advierten marcadas

diferencias entre el control de constitucionalidad de los actos regulatorios emitidos del Poder Ejecutivo, aun en situaciones de emergencia, con relación a las leyes, sobre todo en cuanto a las exigencias o los estándares de debido proceso adjetivo y de su justificación racional.

Luego, nuestro sistema de control está basado en el art. 3° de la Constitución de los Estados Unidos. Sabemos que es un control difuso, en un sistema de organización judicial están y que hace base, principalmente, en la idea de la supremacía constitucional y de la separación de los poderes. Bajo ese ropaje, todos los tribunales federales tienen la posibilidad de ejercer un control de compatibilidad de los estatutos infraconstitucionales con las disposiciones de la Constitución.

Por supuesto, por el diagrama federal de gobierno, las provincias, quienes se reservan para sí su derecho público y su organización institucional, también tienen conferido ese control de constitucionalidad bien acotado o limitado a aquellas materias que son propias de su derecho público o las cláusulas de los códigos del 75 pero excluyéndose la materia federal. Esto es importante porque hace al diagrama que el artículo 31 de la Constitución Nacional estipula en términos de organización.

Ese sistema de revisión judicial “fuerte”, con capacidad de hacer prevalecer las instituciones federales por sobre las provinciales y con la aptitud para auto-investirse en intérprete último y final de la Constitución es un diseño “hamiltoneano”, si ustedes quieren, cuando es evidente que en el desarrollo del derecho constitucional norteamericano también hay otras posibilidades que no son solo esa propuesta propia de las ideas de Alexander Hamilton, que hay espacio para una visión más propia de Madison donde las instituciones dialogan en lugar de imponerse la una a la otra frente al conflicto.

¿En qué consiste el control de constitucionalidad de los actos legislativos? Es básicamente un confronte de contenido sustantivo de los actos legislativos con relación a las cláusulas constitucionales.

Ese confronte puede funcionar -si se quiere linealmente- por apelación al propio contenido semántico de la cláusula constitucional referida al derecho debatido. Pero también -y de modo más generalizado- en el espectro más amplio que otorga el art. 28 CN que funciona pivoteando sobre un criterio de razonabilidad. Y básicamente ese criterio de razonabilidad da cuenta en la jurisprudencia argentina acerca de si la limitación establecida al derecho por el Congreso socava la esencia misma de ese derecho. Es decir, si lo aniquila y a la vez si los fines perseguidos por el legislador son lícitos.

***

Esto es a muy grandes rasgos y haciendo una generalización, el contenido del control de razonabilidad. Periféricamente se pueden encontrar casos en los cuales se aborda un escrutinio acerca de si la elección del medio empleado es la más adecuada.

Pero por cierto que el control de razonabilidad que ejercen los tribunales argentinos dista mucho de la rigurosidad técnica y metodológica que puede tener el test de proporcionalidad que realizan los tribunales europeos.

Una cuestión que también es muy importante es que ese control de constitucionalidad se refiere a circunstancias que pueden estar vinculadas al sistema federal o a la división de poderes no invocado por un Estado federado sino por particulares. Pero ahí actúa de modo moderador el sistema de legitimación procesal que ha diseñado la jurisprudencia de la Corte a lo largo de su historia siguiendo básicamente las aguas del standing establecido en la jurisprudencia

federal norteamericana pero que tiene un giro paradigmático en el caso "Halabi" y la interpretación que hace la Corte de le reforma constitucional y cómo la legitimación del caso judicial adquiere ribetes que aún se están definiendo, o sea es un período que vamos transitando.

***

Obviamente dotado de ese contraste sustantivo -aquí comienzo con el punto que me interesa- el sistema de control de constitucionalidad argentino es pasible de críticas vinculadas a la sustitución de la racionalidad del legislador con legitimidad democrática directa por la de los jueces, que tienen una legitimidad democrática indirecta.

Si abordamos la cuestión desde la óptica de análisis del constitucionalismo moderno -"social o democrático"- de Larry Kramer, Mark Tushnet o Jeremy Waldron entre otros, vamos a encontrar argumentos fuertes en cuanto a la necesidad de revisar aquella idea clásica que predica que una Corte Suprema es "la intérprete última y final de la Constitución" porque lo que requiere la sociedad democrática en la actualidad –creo- es un diálogo, que se puede lograr a través de eventuales reenvíos, en la misma sentencia que declara la inconstitucionalidad; o la postergación de los efectos invalidatorios del precepto a resultas de que el Congreso revea la solución adoptada en la norma -que finalmente resulta descalificada- generando un concepto más moderno: "diálogo institucional". Hay muchos autores que abordan estos tópicos; entre nosotros lo hace Gargarella y podemos encontrar visiones acotadas o parciales referidas a estas posibilidades también en la jurisprudencia.

Con todo, esa peligrosidad del escrutinio judicial, en Argentina, en buena medida se desvanece, pues en la práctica enfrenta la auto-restricción de los jueces

en el caso concreto. La doctrina del *self-restraint* limita el activismo judicial y se fundamenta básicamente en la noción de que la inconsistencia o la imprevisión del legislador no puede ser presumida y que, consecuentemente, cabe aceptar apriorísticamente que la delimitación del escenario fáctico que llevó a legislar ha sido adecuadamente elaborada por el Congreso. Ese les diría que es casi un límite infranqueable en la jurisprudencia porque no tenemos -salvo algunas excepciones que vamos a ver después- abordajes que ingresen con profundidad a analizar sobre qué bases fácticas, con qué información y con qué pasos procedimentales, el Congreso adoptó una decisión.

Conceptualmente, el *self-restraint* impone entonces a los jueces la idea de que deben mantenerse en su esfera y no avanzar sobre los poderes propios de los otros departamentos de Estado; a menos que se detecte una violación grave y manifiesta a un derecho o garantía constitucional.

***

El cenit de la deferencia hacia el proceso legislativo y hacia la determinación del alcance que el Congreso les confiere a sus propios poderes, es el caso “Polino”. Este precedente es un caso muy importante -y bastante trágico, por cierto- pero tal vez explicable. Se trataba de la impugnación a la validez de la ley que convocó a la reforma constitucional del año 1994, básicamente porque habiendo tenido modificaciones en la cámara revisora, en lugar de volver a la cámara de origen, como dispone la Constitución Nacional, el Congreso la envió directamente al Poder Ejecutivo para ser promulgada con fuerza de ley, cosa que el Presidente de la Nación hizo. Eso generó que diputados que habían actuado en la cámara de origen tuvieran la imposibilidad de revisar aquellas alteraciones que habían sido incorporadas por el Senado en el texto original. Esto es, evidentemente, una

infracción constitucional grave y manifiesta a un procedimiento específico reglado en la Constitución.

La autorrestricción de la Corte en ese caso es difícil de aceptar porque la disidencia del tribunal, en minoría, puso énfasis en que se violaron las posibilidades de esos legisladores de ejercer sus mandatos. Por lo tanto, aún a resultas de la evolución jurisprudencial norteamericana en materia de *"standing to sue"*, en estos casos debería reconocerse legitimación procesal, habilitando el escrutinio sobre un procedimiento constitucional que está reglado. Debo destacar: no estamos hablando acá de eventuales discrecionalidades en el contenido sustantivo de la norma; sino de una infracción al procedimiento impuesto por la propia Constitución; en ese caso, el funcionamiento de la bicameralidad.

Avanzando en esto y también superando precedentes de estricta o absoluta deferencia, hay un par de casos que son importantes y se refieren a los actos de la vida interna, los *"interna corporis acta*" del Parlamento. En este sentido se pueden referenciar algunos pocos precedentes -tampoco muchos- como por ejemplo el caso "Bussi". Allí la Corte invalidó la decisión de la Cámara de Diputados de incorporar a un diputado electo sobre la base de su inhabilidad moral. Sin rodeos, lo que hizo el Alto Tribunal fue hacer prevalecer la voluntad popular en la elección del representante por sobre las condiciones reglamentarias que la propia cámara consideraba que una persona debía cumplir en términos morales para poder ingresar. Pero lo importante y trascendente acá es que despejó el recurso instintivo a invocar la "cuestión política no justiciable", frente a actos específicamente internos del Congreso.

Lo mismo ocurrió en el caso "Binotti", que parece un caso muy menor porque se refiere a las condiciones reglamentarias para los acuerdos del Senado, en el que se denegó el acuerdo a un postulante a general de Ejército. Aquí la Corte también

detectó infracciones al reglamento del propio órgano senatorial e invalidó la decisión sobre esta base.

En el marco de la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, hay poco, excepto un caso que se llama "Pichetto" del año 2010. Allí se dictó una medida cautelar que suspendió la validez de una decisión del presidente del Senado que se refería a la integración de la comisión de control de los decretos de necesidad y urgencia.

Así que estos precedentes permiten vislumbrar que la jurisprudencia transita un camino lento, pero, si se quiere, bien marcado, en punto a que, bajo ciertas condiciones, es decir, verificada una infracción palmaria a procedimientos reglados o establecidos en la Constitución o excepcionalmente -porque "Binotti" es una única excepción que refiere en el reglamento de las Cámaras- se franquea el escrutinio judicial a ese tipo de acto público.

***

En términos estrictos, respecto del proceso de sanción de las leyes, me interesa "Nobleza Piccardo" de 1998 porque revierte la lógica de "Polino". Se trata también de una infracción al procedimiento constitucional en el sentido que la cámara origen no tuvo la oportunidad de expedirse en el juego de la bicameralidad con relación a la incorporación de modificaciones por la cámara revisora. Pero en este caso, la Corte sí declaró la inconstitucionalidad de la ley y esquivó afirmar que aquello vinculado al procedimiento para la sanción de las leyes constituye una cuestión política no justiciable.

En el marco de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hay un caso que es fundamental desde este punto de vista: "O'Connor", del año 2009. Hay que aclarar que "O'Connor" está vinculado a una ley

medida o ley ad hoc; esto es la declaración de utilidad pública de un bien específico a los efectos de su expropiación (esta es una distinción que el Dr. Soria ha explicado profusamente en precedentes en los que aborda temas constitucionales referidos a expropiaciones o medio ambiente). Pero, sin embargo, y aún en una materia donde tradicionalmente la jurisprudencia es deferente con relación al juicio de oportunidad expresado por la Legislatura, en ese caso la Suprema Corte invalidó la ley en términos constitucionales con el argumento referido a que la situación fáctica descripta -la emergencia habitacional de una serie de familias indigentes- no era tal. O sea, no abrió juicio sobre si estaba bien o mal que la legislatura provincial expropie en favor de los particulares un predio de tercero privado; sino que simplemente le alcanzó con constatar que aquello que afirmaban los fundamentos que informaron el proyecto de ley, carecía de una constatación concreta, específica y acreditada. Claro, en el juicio no solo se acreditó esa deficiencia, sino que a través de una diligencia de constatación se acreditó la falsedad del aserto. Frente a esas circunstancias, se declaró la inconstitucionalidad de la ley, resultado que implicó la revisión del complejo decisorio. No solamente -en términos estrictos- por violación de pasos procedimentales, sino por omisión de tener una situación fáctica constatable.

En el año 2010 hay una suerte de atenuación - ¿o reversión? - de lo que dijo la Corte en “Binotti”. El caso “Thomas”. El precedente tiene un contexto institucional y político muy singular porque está vinculado al procedimiento para la sanción de la Ley de Servicios Audiovisuales y los debates y discusión pública que suscitó. Aquí la Corte fue terminante en el sentido que la revisión de lo actuado por las cámaras en la labor de las comisiones (se cuestionaba que no se habían cumplido ciertos plazos reglamentarios) constituye una cuestión reservada al funcionamiento de cada una de las cámaras y denegó la existencia de un caso judicial susceptible de instar su intervención, con la base en que el legislador accionante no tenía un

agravio concreto que lo diferenciara del resto de la ciudadanía y que su actuación, en todo caso, quedaba circunscripta al ámbito de la cámara, donde impera el juego democrático de las mayorías.

Este escenario de tenues avances en espectro del control de constitucionalidad surge en un precedente curioso en el año 2019. En la causa "Procuradora General contra Provincia de Buenos Aires" -en la que se debatió la constitucionalidad de la Ley 14.442- la entonces Procuradora General ante la Suprema Corte de la Provincia, introdujo un agravio referido a que el ordenamiento legal en cuestión no había cumplido en su proceso de sanción con estándares mínimos de deliberación legislativa. Y hace referencia a que del acta de la sesión respectiva surge que el escueto debate que tuvo lugar en el recinto se hizo rápidamente; una suerte de "aprobación exprés".

Hay una serie de otros cuestionamientos sustanciales vinculados a la estructura mínima del Ministerio Público, la filosofía constitucional que inspiró la reforma del año 1994, etc. Pero, igualmente, la Suprema Corte tomó el argumento y lo trató. El tribunal parte de las dificultades que conlleva generalizar estas cuestiones, aunque sin omitir poner de resalto la anomalía constitucional que implicaría aceptar la aprobación de mandatos legislativos sin ningún marco de deliberación. La Suprema Corte puntualizó que frente a planteos semejantes requieren valorar el contenido de la norma y de ese modo poder estimar si la insuficiencia deliberativa incide sobre la razonabilidad. Y acá hay una interesante vinculación que une un espacio de deliberación -que presupone en la tarea legislativa acuerdos y consensos- con el estándar de razonabilidad del producto, del contenido específico de la ley.

Algunas precisiones que brinda este relevante fallo: la materia sobre la que versa la regulación es importante porque hay que considerar los derechos que entran en juego y sus grados de aceptación; el contexto en el que se da ese

tratamiento, es decir, si se trata de una norma de emergencia, temporal, o si se trata de una legislación permanente; meritar aquellas cuestiones que hagan a reformas constitucionales o afectación de situaciones subjetivas. Son muchas las aristas que debe considerar un tribunal para poder determinar si se configura un déficit constitucionalmente constatable respecto de la insuficiencia deliberativa, que se traslade como vicio congénito a la razonabilidad de esa ley.

***

Esto desemboca en algunas novedades que me interesa mencionar. En Alemania se ha gestado una construcción dogmática, de base pretoriana, denominada *"rational law-making"*; desarrollada al pulso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

Hay un caso paradigmático y muy conocido: "Hartz IV". En "Hartz IV", el Tribunal Constitucional Federal alemán descalificó una ley del Parlamento que establecía subsidios y ayudas a personas indigentes, no sobre la base de la insuficiencia económica del subsidio público, sino haciendo foco en que la determinación de esa ayuda no respondía a un procedimiento constatable; y por ende implicaba un ejercicio de discrecionalidad absoluta, sin referencia metodológica alguna. Exigió, consecuentemente, una especificación del escenario que se pretendía regular y la justificación de los elementos adoptados para legislar racionalmente. Exigió al Parlamento el desarrollo previo de procedimientos idóneos que le permitieran explicitar una finalidad de prognosis, a fin de poder establecer la racionalidad de su producto. Y es particularmente interesante que el Tribunal Constitucional interpreta la objeción como una precondición para poder realizar el test de proporcionalidad definido en su propia jurisprudencia -y que entre nosotros es bien conocido por los trabajos de Robert Alexy.

Fijemos la atención en que el Tribunal alemán efectúa el siguiente razonamiento: no tengo interés en imponer una decisión sustancial que reemplace la del Parlamento. Pero, si el Parlamento no acompaña su ley con un bagaje documental y procedimental idóneos, esa circunstancia limita la propia competencia constitucional para verificar la validez de la ley en el confronte con la Ley Fundamental de Bonn.

Estas doctrinas se han expandido en Europa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha ingresado -con mayor o menor énfasis- en el ámbito interno material de la creación de la ley. Es muy difícil sacar parámetros preestablecidos de esto, pero uno detecta que, en general, están en el trasfondo de estos razonamientos judiciales los programas de reforma regulatoria que aun siendo *soft law* -o sea no vinculantes en forma estricta para los parlamentos- en general los Estados procuran adoptarlos de modo exigible para las administraciones públicas, aunque raramente para los parlamentos. Pero siempre esos condicionamientos de racionalidad procedimental, de análisis costo-beneficio y de evaluación de impacto regulatorio, aparecen en la definición y diseño de trámites legislativos que procuran dotar a las decisiones públicas de información científica y técnica, de modo de poder expresar una justificación constatable de las medidas que adoptan.

Como propuse al inicio, puede resultar interesante conocer estos distintos enfoques y así comenzar a entenderlos para verificar si encontrarnos un lenguaje que nos resulte útil -por compatible con nuestro sistema constitucional- para ampliar el espectro de discusión, en procura de soluciones alternativas que permitan incrementar la calidad de nuestra democracia.

El control judicial de la inactividad administrativa

Carlos Mamberti [1]

A mí me corresponde desarrollar algunas ideas sobre el control judicial de la inactividad administrativa. A ese fin y para poner el tema en contexto, cabe señalar que el control judicial de la inactividad administrativa se ha estudiado y se lo sigue haciendo desde una óptica garantista. Es que desde la irrupción del constitucionalismo se ha visto al Estado, a través de la administración, como un eventual agresor de los derechos y garantías individuales. El constitucionalismo se presenta como un sistema que tiene por objetivo fundamental preservar esos derechos y garantías. Basta recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Ciudadano y del Hombre, de agosto de 1789, donde se decía que una sociedad sin derechos y sin una división de poderes no tenía una Constitución.

Dentro del orden constitucional aparece la administración pública dotada de potestades, de porciones del poder que corresponde al Estado, que contribuyen a visualizar a la administración como una entidad que actúa y a unos ciudadanos que se defienden. Por eso la historia del derecho administrativo y de la justicia administrativa, en buena medida, es una historia que analiza el esfuerzo permanente por someter el poder del Estado de forma plena a la ley y al control judicial. En este contexto es en el que se inscribe la temática bajo examen.

[1]Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular Interino de Derecho Administrativo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular Regular en la asignatura Derecho Administrativo I de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Así es que la justicia administrativa, inicialmente, fue concebida para preservar al ciudadano contra una administración vista como un instrumento de agresión, circunstancia que derivó en una falta de soluciones eficaces para el control de la inactividad. Sin embargo, las bases políticas y sociales del Estado moderno han recibido profundos cambios, que han derivado en una sustitución de principios y valores que determinan la necesidad de actualizar esa visión.

Hoy no se concibe la vida moderna sin una intervención importante del Estado. Con esto no estoy propiciando una idea política, digo que, frente a la vida privada, se necesita indispensablemente de una coordinación y de una intervención importante y razonable por parte del Estado.

***

Es decir, no alcanza con una administración que no incurra en una vía de hecho, que no actúe con transparencia en una licitación o que no garantice la defensa en un procedimiento disciplinario; se necesita también que asegure la provisión de agua potable o la recolección de residuos, entre muchas otras cosas.

Por ello es que el principio de legalidad dejó de ser un mero límite para el poder. La Corte Suprema de la Nación lo ha señalado con bastante precisión hace ya veinte años en el caso “Asociación Benghalensis” : “el Estado no solo debe abstenerse de intervenir en el ejercicio de los derechos individuales si no que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio” [2].

Es evidente el cambio. El nuevo paradigma ilumina este capítulo del derecho administrativo y del control judicial. Por eso la protección jurisdiccional de los derechos contra los actos y las omisiones de la administración es un tema de

[2] Fallos 323:1339.

actualidad permanente, que proviene de una expansión de la actividad administrativa y de una mayor presencia del Estado que, como lógica consecuencia, también multiplica las posibilidades de incurrir en omisiones o funcionamientos inadecuados.

El control judicial de la inactividad administrativa, sin duda, se inscribe en el principio de buena administración que se refleja como una forma de ejercicio del poder que se caracteriza por rasgos como la eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana y el Estado de Derecho. Principio que en nuestro país no está expresamente consagrado, como se observa en algunas constituciones europeas, pero de cuya existencia dan cuenta varias instituciones que configuran o integran nuestro derecho administrativo. Por ejemplo: el objetivo de que todo procedimiento administrativo alcance una rápida y eficaz decisión, contemplado en normas provinciales y de la Nación o el deber que la Constitución Nacional impone en sus artículos 42 a las autoridades de proveer a la calidad y eficiencias de los servicios públicos, son reglas que se inscriben en el principio de buena administración o buen gobierno y resultan aplicables al problema de la inactividad.

Por lo tanto, podríamos decir que resulta incoherente y obviamente intolerable, que un Estado a cargo de tantas responsabilidades se encuentre inactivo en algún segmento de las competencias u obligaciones que desde distintos planos del ordenamiento jurídico se le impone.

***

Desde otro ángulo, cabe también destacar, que la inactividad no pocas veces es fuente de corrupción administrativa. Así, por ejemplo, los funcionarios o empleados con competencia en materia de licitaciones o contratos que dejan de

hacer algo relativo a sus funciones, supuesto especialmente captado por el artículo 10 del decreto n° 1023/2001 del Poder Ejecutivo nacional y el artículo 9 de la Ley provincial 13.981, evidencia un campo de inacción que debe estar sometido al control judicial.

Como se puede apreciar, cuestiones de naturaleza muy diversa y de importancia superlativa se ponen en juego cuando se profundiza el estudio del control judicial de la inactividad administrativa.

En consecuencia, es válido inquirir respecto a cuáles son los fundamentos que están en la base del referido control, interrogante frente al cual no dudo en afirmar que son los mismos que dan sustento al control de la actividad administrativa. Aparece en primer orden, entonces, el principio de legalidad por el cual la administración se encuentra positivamente vinculada al ordenamiento jurídico y a los principios del derecho que enriquecen o perfeccionan las soluciones normativas, particularmente en el campo del derecho administrativo.

También el principio de la tutela judicial efectiva, garantía constitucional que no se debilita para los ciudadanos cuando litigan contra la administración, sea por su actividad o inactividad.

En tercer término, debemos señalar el principio del sometimiento pleno de la administración a la justicia, o sea el juzgamiento de la actividad o de la inactividad de la administración sin restricciones. Para decirlo de otro modo, un proceso judicial en el cual las partes se enfrentan en igualdad de condiciones, en particular con una administración pública que se somete al escrutinio judicial despojada de las potestades y prerrogativas que caracterizan su accionar en el ámbito que le es propio.

Finalmente, hay un cuarto fundamento que habitualmente no se menciona cuando se analiza el problema de la inactividad administrativa pero que, en mi opinión, cobra importancia para vislumbrar de qué modo se afecta la legalidad

cuando aquella se aletarga. Me refiero a los principios de eficacia y eficiencia, que, como ya lo he dicho, se contemplan en varias normas provinciales, tales como (entre otras) la Ley 13.767 de Administración Financiera y Sistema de Control de la Administración General de Estado Provincial[3] o el Decreto N° 59/2019 del Poder Ejecutivo provincial que reglamenta la Ley 13.981 de Contrataciones del Estado[4]; y, en un plano superior y general, el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto impone a las autoridades el deber de proveer a la protección, entre otros derechos, al de la "calidad y eficiencia de los servicios públicos", dado que, en coincidencia con Matta, considero que ese precepto ha establecido un nuevo paradigma para la administración, que no queda acotado a la noción de servicio público, sino que se extiende a todas las actividades que aquélla realiza [5]. En definitiva, la inactividad, omisión o demora de la administración es ilegal porque quebranta el cumplimiento de los principios referidos. Así como la actividad por vía de actos administrativos es ilegítima cuando éstos no reúnen los elementos esenciales para su existencia, la inactividad también lo es porque significa ineficacia e ineficiencia.

No se puede perder de vista que estos principios constituyen mandatos normativos que los jueces, al ejercer el control de la inactividad administrativa, deberían aplicar con cierta dosis de rigor para hacer actuar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por omisión, si es que realmente se desea propender al efectivo cumplimiento de los cometidos públicos, pues la actividad administrativa no puede ser ilegal ni ineficaz. La legalidad exige eficacia.

Hecha la introducción precedente, importa considerar cómo ha evolucionado el tema que nos convoca en el derecho público. Creo, en este aspecto, que mucho se ha avanzado en el plano normativo, jurisprudencial y doctrinario,

[3] Art.4 inc. "a".

[4] Art.3.

[5] Matta, Ismael, *Las nuevas tecnologías en la organización administrativa*. En: *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires: Ediciones RAP, pág. 331.

especialmente en la provincia de Buenos Aires desde la reforma de la Constitución provincial del año 1994. En mi opinión, en el plano normativo, contamos con un sistema de justicia que contempla diversas soluciones para el control de la inactividad administrativa. Por cierto, hay cuestiones que se deben mejorar, hay algunos aspectos que pueden ser objeto de crítica, pero, en términos generales, entiendo que desde que empezaron a aplicarse (por vía jurisprudencial primero) los nuevos elementos estructurales de la justicia administrativa que introdujo la reforma constitucional del año 1994 y, particularmente, desde que se implementó el fuero contencioso administrativo y la codificación contenida en la Ley 12.008, en diciembre de 2003, mucho se ha progresado. No obstante, lo cual hay que implementar mejoras y corregir algunos problemas.

***

Uno de los problemas es la inactividad que se produce en el procedimiento de selección y designación para cubrir cargos vacantes del Poder Judicial. A nadie pasa por alto lo difícil que es reflexionar sobre el control judicial de la inactividad administrativa cuando tenemos en el Departamento Judicial La Plata, el principal de la provincia en el fuero Contencioso Administrativo, cuatro juzgados y solo dos jueces, con el agravante que uno de los juzgados lleva casi una década vacante. Resulta entonces paradójico, cuando se analiza el control judicial de la inactividad administrativa, que no se pueda resolver la pasividad en la cobertura de los referidos cargos. Circunstancia que me lleva a recordar un hito fundamental en el control judicial de la inactividad administrativa, que se relaciona con la puesta en funcionamiento del fuero especializado a partir del 15 de diciembre de 2003, dado que ello ocurrió por una condena judicial derivada de la omisión en que había incurrido la provincia de Buenos Aires, respecto a la manda constitucional de

ponerlo en marcha antes del 1° de octubre de 1997. Fue así que la Suprema Corte de Justicia, en el célebre precedente que promovió el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta el mandato expreso y concreto de la Constitución, ordenó darle cumplimiento fijando un plazo para ello[6].

Importa recordar que, con la reforma del año 1994, implementada en la fecha arriba indicada, se pasó de una justicia revisora de actos impugnados por parte interesada, o sea un proceso con una única pretensión posible, a otro proceso en el que se admite una variedad de pretensiones. Ello, porque la Constitución define a la justicia contencioso administrativa, a diferencia de como lo hacía con antelación a la reforma[7], como la que conoce y resuelve los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas.

***

A partir de esta definición cabe traer a consideración un distingo que ha hecho la doctrina científica entre actividad formal y material, teniendo en cuenta el distinto tipo de relaciones jurídicas que se traban entre los particulares y la administración en los diferentes campos de actuación que presenta el ejercicio de funciones administrativas. Destaco esto por la conveniencia de sistematizar cuál es la actuación o la omisión que está sujeta a juzgamiento. Así, entonces, se puede decir que la actuación u omisión se refleja en cuatro categorías. A saber: a) la expedición de actos individuales y actos de alcance general, en el plano de la

[6] SCBA Causa B-64474, "Colegio de Abogados de la Provincia de Bs. As. c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo", sent. de 19-03-03. El fuero comenzó su actividad el 15 de diciembre de 2003.

[7] La Constitución de 1934, en el artículo 149 inciso 3°, establecía entre las atribuciones de la Suprema Corte, la siguiente: "Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio".

actividad formal; b) las vías de hecho que configuran actividad material; c) la falta de tratamiento de peticiones o recursos o el letargo en los procedimientos administrativos, supuesto de inactividad formal; y d) el incumplimiento de prestaciones o deberes establecidos en normas, actos individuales o contratos y acá estamos frente a la inactividad material.

Un ejemplo de inactividad formal se presentaría, si en el marco de un contrato de obra pública el contratista solicita la redeterminación de precios conforme al régimen vigente y la administración comitente no resuelve la solicitud.

Diferente sería que una bonificación salarial establecida en la ley a favor de los agentes públicos no se pagara o que un plan de vacunación establecido por ley no se cumpliera. Aquí se estaría ante un caso de inactividad material.

Esta clasificación, por cierto, no tiene por objeto limitar el alcance del control judicial sino sistematizar categorías que permitan enfocar con precisión qué puede ser materia de control judicial cuando la administración permanece inactiva, dado que este cuadro puede dar lugar a un variado número de pretensiones, que se suman al tradicional silencio negativo, tales como la resarcitoria, la de reconocimiento o restablecimiento de derechos e incluso la declarativa de certeza.

***

Frente al problema de la inactividad formal, la legislación vigente proporciona a los particulares un interesante menú de pretensiones, que, operado con eficacia y precisión, otorga realmente una protección judicial interesante.

Una de las técnicas contempladas en el Código Procesal Contencioso Administrativo es el bien conocido silencio negativo, primera invención que proporcionó el derecho administrativo de origen francés, cuando el proceso contencioso administrativo estaba definido como un proceso de juzgamiento de

actos, diseñado sobre la base de la decisión previa (la decisión *prealable*) y por la cual tenía un carácter meramente revisor de lo que se había actuado, formalmente y a través de un acto emanado de la administración activa.[8] Indudablemente, el silencio significó un notable avance porque en ese esquema no se podía acceder al tribunal si no se contaba con un acto. Bastaba que la administración no resolviera para que nadie pudiera acceder a la justicia. Sin embargo, era un sistema donde no se podían impugnar omisiones ni hechos, solo se juzgaban actos.

La figura del silencio se incorporó al derecho argentino a través de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el año 1889, bajo el nombre de retardación. Años más tarde, el Código Procesal Administrativo sancionado en el año 1905, conocido como Código Varela, reguló la figura de la retardación que se mantuvo vigente hasta el 15 de diciembre de 2003, momento en que entró a regir la actual codificación.

Esta técnica, regulada en el artículo 16 del Código Procesal Contencioso Administrativo bajo la denominación silencio administrativo, ya no funciona como una válvula de escape frente a un proceso que solo permite el juzgamiento de actos; es un mecanismo que opera como sucedáneo de una de las varias pretensiones que se pueden articular en el fuero especializado, esta es, la que tiene por objeto la anulación de un acto administrativo (de alcance individual o general). Es uno de los medios que la legislación procesal confiere a quien por vía de petición o de recurso procura un pronunciamiento de la administración, por ende, opera en el plano de la inactividad formal, o sea, en el procedimiento administrativo.

El silencio encuentra fundamento en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades y en la correlativa obligación de resolver las peticiones que corresponde a la administración pública, reflejada, esta última, en las normas de

[8] Denominación que recibe el conjunto de órganos que ejerce la función administrativa propiamente dicha y que se diferencia de la jurisdicción contencioso administrativa articulada en el seno mismo del Poder Ejecutivo.

procedimiento a través de los principios de oficialidad y obligatoriedad de los plazos.[9]

Así, en todos aquellos casos en que las personas necesiten de la emisión de un acto para hacer efectivo o perfeccionar un derecho que les corresponda, si el acto no se dicta se frustra el derecho. Por lo tanto, si resolver en tiempo y forma concreta el principio de buena administración, no resolver configura una omisión antijurídica.

La interpretación y la evolución de esta técnica, en mi opinión, ha sido inequívocamente progresista. La jurisprudencia y el Código Procesal Contencioso Administrativo han receptado las soluciones más eficientes para su aplicación.

***

Lo primero que corresponde destacar, y esto es un concepto bastante consolidado en jurisprudencia y doctrina, es que el silencio es un remedio procesal, no es un acto administrativo. Claramente hay consenso de que es una ficción o una presunción establecida por la ley, siempre en un sentido negativo. Por ello, la jurisprudencia es firme en caracterizar al silencio como un mecanismo que permite impugnar lo que debió ser la actividad formal de la administración pero que esta no produjo, sin cumplir para ello con los privilegios procesales de que aquella goza frente a la deducción de una pretensión anulatoria. Me refiero, concretamente, al agotamiento de la vía administrativa y al cumplimiento de los plazos de caducidad. Así, cuando se configura el silencio del modo que prescribe la ley, la acción judicial quedará expedita para el interesado, quien podrá ejercerla en el momento que considere oportuno. Por esa misma razón, la Suprema Corte ha dicho que la situación de silencio a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo, no

[9] Arts. 48 y 71 del decreto ley 7647/70.

genera un halo de presunción de legitimidad[10]. Es una técnica que opera a favor de los particulares y no exime a la administración del deber de resolver, que permanece. En ese sentido, también ha señalado el Supremo Tribunal que la administración no se puede escudar en la configuración del silencio y no resolver un reclamo o una petición.[11]

***

Una mirada especial, propia de época, nos obliga a interrogarnos sobre cómo aplicar el silencio negativo ante la extensa suspensión de los procedimientos y plazos administrativos dispuesta por el Decreto de necesidad y urgencia N° 167/20, dictado en el marco de emergencia sanitaria declarada por el Decreto de la misma naturaleza N° 132/20. En mi opinión, la descomunal prolongación de la medida y el cambio de las circunstancias sanitarias (podría considerarse el fin del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio –ASPO- como un punto de inflexión), han transformado a la suspensión en un medio irrazonable e incompatible con la garantía de la defensa de la persona y sus derechos que la Constitución provincial asegura en todo procedimiento administrativo, conclusión a la que se debe necesariamente arribar, si se tiene en cuenta que la emergencia, como estado de excepción, no suspende las garantías constitucionales, sino que autoriza una regulación más intensa de los derechos durante un lapso acotado de tiempo que, en situaciones de normalidad, resultaría inaceptable.

La segunda técnica que opera en el plano de la inactividad formal de la administración es el amparo por mora, la que también considero ha tenido un desarrollo jurisprudencial favorable para su eficacia.

[10] SCBA Causa B.55506. "Mequia de Redolfi", sent. 10/10/2012).
[11] SCBA Causa B.64199, "Transportes Servicor SA c/Municipalidad de Lomas de Zamora", sent. 10/12/2003.

Recordemos que por ser un breve proceso que tiene por objeto la obtención de una orden judicial de pronto despacho, el juez no sustituye a la administración, no se pronuncia sobre los derechos reclamados en el procedimiento administrativo, como sí ocurre en varios supuestos en que se configura el silencio negativo. Simplemente impone a la autoridad demandada el deber de pronunciarse en un procedimiento que se encuentra pendiente.

Es una buena opción frente al silencio pues, en aquellos casos en que el juez no puede sustituir a la administración, tal como ocurre en los procedimientos iniciados de oficio, en los que no es posible asignarle al silencio un efecto positivo o negativo.[12]

Desde otro punto de vista también es una buena opción cuando el particular necesita conocer los fundamentos que podría invocar la administración en un eventual acto de contenido negativo, dado que, por vía de silencio, quien es parte de un procedimiento administrativo puede demandar al Estado, pero corre con la desventaja de no conocer las razones que *in pectore* puede tener este último.

En orden a su admisibilidad, la Suprema Corte provincial ha reconocido una amplia legitimación para quienes actúan en un procedimiento administrativo. Así, en la causa "Merlo Ocampo" [13], superando una interpretación restrictiva de la Cámara de Apelación de La Plata, que calificó un reclamo por seguridad y recolección de residuos realizado por la actora en su condición de vecina y contribuyente, como petición en los términos del artículo 14 de la Constitución Nacional que no obliga a resolver a la administración, el Alto Tribunal, haciendo una correcta interpretación del artículo 10 de la ordenanza general N° 267/80[14], y en armonía con los artículos 13 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 15 de la Constitución provincial, señaló que esos preceptos produjeron cambios en

[12] Por ejemplo, en un sumario disciplinario o en una licitación pública.
[13] SCBA Causa A.73905, "Merlo Ocampo", sent. 10/7/2019.
[14] Norma que reproduce parcialmente el art. 10 del Decreto Ley N° 7647/70.

cuanto al acceso a la justicia, facilitándolo mediante una amplia legitimación.

Cabe destacar que, en el precedente supra referido, la Suprema Corte ratificó que el amparo por mora es una opción independiente del silencio, frente a un repetido intento de la autoridad administrativa de invocar la inexistencia del deber de pronunciarse cuando aquel se ha configurado.

***

Finalmente, en este análisis, hay que recordar que esta pretensión procesal puede ser articulada para obtener un pronunciamiento que obligue a la autoridad competente (habitualmente el Poder Ejecutivo) a expedir los reglamentos que resulten necesarios para la aplicación de una ley. Destaco esta posibilidad porque es frecuente, en las leyes en las que el legislador ordena o autoriza a la administración a dictar normas complementarias de desarrollo, que estas no sean dictadas y, por ende, la ley se torne de hecho inaplicable. En consecuencia, ante la eventual omisión, y luego de que el o los particulares interesados en el dictado de la reglamentación reclamen su expedición, mediando el procedimiento administrativo que los tenga como parte legitimada, podrán promover una demanda de amparo por mora para que el juez conmine a la administración a tal fin.

La Suprema Corte de Justicia, en la causa "Sociedad de Fomento de Cariló c/Municipalidad de Pinamar"[15], en el marco de un amparo común y antes de que entrara en vigencia la actual codificación procesal, admitió la posibilidad de condenar al municipio a que dictara las normas reglamentarias de una ley que protege el ambiente en la localidad de Cariló.

Por cierto, la inactividad administrativa puede continuar luego del dictado de

[15] SCBA Ac. N° 73996, sent. 29/5/2002.

la sentencia (lo que ocurre con cierta frecuencia) pero esta no se puede ejecutar en los términos del artículo 63 del Código Procesal Administrativo por la propia naturaleza del proceso, en el que no se reconoce un derecho al actor sino que se le ordena a la administración que actúe en el marco de su propia competencia, circunstancia frente a la cual las sanciones conminatorias previstas en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial[16] constituyen una herramienta eficaz.

En síntesis, el amparo por mora tiene como virtud la sencillez de su trámite, mediante el cual, en pocos días, se puede obtener una orden judicial para que la autoridad responsable despache las actuaciones administrativas pendientes.

***

Ahora bien, si la inactividad formal de la administración encuentra remedios eficaces en los hasta aquí detallados, la inacción material no es tan sencilla de superar para quien, con derecho, espera del Estado una prestación concreta.

En este campo de la inactividad administrativa es donde se encuentra el núcleo de los problemas. Existen obstáculos e insuficiencias en el plano normativo que impiden obtener una rápida y eficaz solución judicial frente a las omisiones antijurídicas, a la par que otras instituciones, como las esporádicas intervenciones del Defensor del Pueblo, resultan insuficientes para una ciudadanía que requiere (tal vez en exceso) la presencia del Estado en todos los órdenes de la vida social y económica y que, finalmente, pocas cuestiones éste atiende eficaz y eficientemente.

En el plano normativo el control judicial de la inactividad material administrativa sufrió un importante revés de manos del legislador con la sanción de la ley 13.101, que, haciéndose eco de injustificados temores a una proliferación

[16] Aplicable por reenvío del art. 77 del CPCA.

de demandas, suprimió el artículo 17 del Código Procesal Administrativo, norma que, como proyección lógica del artículo 166 de la Constitución provincial, establecía una especial pretensión procesal para los casos originados por la omisión o incumplimiento de una específica y determinada prestación. Es decir, el legislador suprimió un segmento de los casos originados por inactividad de la administración, no obstante haber puesto el constituyente en un nivel de paridad el control judicial de esos casos con los ocasionados por la actuación administrativa.

***

Esta pretensión procesal, que solo exigía un reclamo con un plazo de noventa días para su resolución y con eventual configuración de silencio automático[17], fue suprimida -como dije- por la Ley 13.101, norma a través de la cual se introdujeron varias reformas al Código Procesal aprobado por la ley 12.008, con la clara intención de restringir el acceso a la justicia, que en la especie garantizan los artículos 15 y 166 *in fine* de la Constitución provincial. Así, entonces, se eliminó la referida pretensión prestacional con el objeto de reconducir los casos originados por la inactividad material de la administración hacia un esquema revisor de actos, similar al que se había intentado dejar atrás con el texto original de la Ley 12.008, tal como parece confirmarlo el artículo 18 inciso "d", también reformado por la Ley 13.101, mediante el cual para deducir la pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derecho siempre se requiere un acto definitivo que agote la vía administrativa.

La regulación normativa impuesta por la mencionada reforma es claramente regresiva, dado que inactividad material no significa falta de respuesta en plazo a una solicitud formalizada por parte interesada, es por el contrario un puro y simple incumplimiento de prestaciones que no requieren actos de aplicación. Es la no

[17] Sin solicitud de pronto despacho.

realización de una obligación impuesta de manera concreta por la ley, por un reglamento, por un acto o por un contrato de una prestación material, supuestos todos estos, en los que no habría razón para transitar o agotar la vía administrativa. En mi opinión, la inactividad material en estos casos permite tener por configurado un caso sin necesidad de formular un reclamo en sede administrativa, tal como ocurre con la pretensión resarcitoria no vinculada a la de anulación de un acto o como sucede en otras áreas legales, en que la afectación de un derecho por la inactividad del sujeto obligado en la relación jurídica de que se trate -la administrativa pública en este análisis- determina por sí la existencia de un conflicto que permite demandar directamente a este último.

***

Dicha problemática, desde mi óptica, requiere de soluciones normativas, los remedios heroicos, como el amparo (así lo califica Luqui)[18] o las medidas autosatisfactivas que, en algunos casos han dado solución a prestaciones de salud o de la seguridad social, resultan claramente insuficientes para la lucha contra la inactividad administrativa. Es que, por fuera de esas situaciones, que tienen especial protección en normas de rango superior, la codificación procesal de la provincia de Buenos Aires ocasiona fuerte incertidumbre para el justiciable afectado por las omisiones antijurídicas.

Algunos órganos del fuero especializado han admitido la procedencia de las demandas directas cuando aparezca configurado un caso y, por el contrario, han exigido la voluntad expresa o presunta (silencio negativo) de la administración cuando aquella circunstancia no se presente con claridad.[19]

Lo expuesto evidencia un cuadro de imprecisión jurídica, incompatible con la

[18] Luqui, Roberto E. *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo II, pág. 183.
[19] CCALP Causa N° 9158 "Aballay", sent. 12/5/2009, Causa N° 9300, "Grosso", sent. 20/8/2009; e/o.

garantía constitucional de la tutela judicial efectiva que asegura el artículo 15 de la Constitución provincial, incertidumbre que habitualmente inclina al justiciable a recorrer prolongadas y estériles reclamaciones en sede administrativa, con el único fin de evitar un eventual pronunciamiento desfavorable respecto a la admisibilidad de la pretensión.

En consecuencia, una sutil modificación de la legislación procesal administrativa, que admita las demandas directas contra la provincia, municipios y otras personas jurídicas en ejercicio de funciones administrativas por la omisión antijurídica de prestaciones específicas y determinadas, con la opción para el interesado de formular un previo reclamo en sede administrativa, si así lo desea o entiende necesario por no resultar clara la configuración del caso, proporcionaría certeza a todos los operadores jurídicos y, por cierto, afianzaría la justicia. Obviamente, el diseño de esta pretensión requiere modificar los artículos 14 y 18 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

No puedo dejar de señalar la necesidad de introducir también una pretensión ejecutiva de actos individuales incumplidos por la propia administración, es decir, una vía procesal breve y simple que permita obligarla a ejecutar lo que esta última ya decidió a favor del interesado. Actualmente el sujeto afectado por la inejecución de un acto administrativo favorable notificado y consentido, no tiene otro remedio que deducir una pretensión de reconocimiento de derecho, para lo cual debe formular el reclamo administrativo al que ya me he referido, y si no obtiene una respuesta favorable o luego de configurar el silencio, deberá cursar un proceso ordinario con el único e innecesario objeto de que un juez declara que el acto de que se trata debe ser cumplido o ejecutado por la administración.

La pretensión ejecutiva que propicio encuentra fundamento en la fuerza obligatoria del acto administrativo, característica de este que establece el artículo

110 del Decreto Ley 7647/70 de la provincia de Buenos Aires y que la doctrina científica reconoce, aun ante la ausencia de prescripción legal, una vez que el acto se ha perfeccionado, por la presunción de legitimidad de que goza, condición a partir de la cual el acto es inmediatamente eficaz, creando en el destinatario de este (sea el Estado o el particular) la obligación de cumplirlo.[20]

***

Por último, y desde un punto de vista extraño al control judicial pero tocante al problema de la inactividad administrativa, dado que no es razonable esperar que veinte jueces (varios recargados de causas) resuelvan el problema de la inacción administrativa, considero indispensable repensar una técnica desatendida por la doctrina y prácticamente no legislada en nuestro país: me refiero al silencio positivo.

Es que ante la indiferencia administrativa, varias naciones (algunas cuya producción jurídica es fuente permanente de inspiración para la doctrina y la legislación vernácula) han introducido significativas modificaciones en cuanto al principio que rige los efectos del silencio.[21] Así, con el claro propósito de simplificar las relaciones entre la administración y los ciudadanos y romper la inercia de aquella, se ha invertido el principio general y una vez configurado el silencio vale como admisión de lo peticionado, tal lo que ocurre, por ejemplo, en España,

[20] La necesidad de una pretensión ejecutiva en la justicia administrativa está examinada y tratada por nosotros en *La pretensión ejecutiva de actos administrativos incumplidos por el Estado. Necesidad de su legislación* (Anales *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, n° 43, Año 10. 2013, pág.57, ed. La Ley).

[21] En la Provincia de Buenos Aires el art. 79 del Decreto Ley 7647/70 prevé como único efecto el negativo o denegatorio; en la Nación el art. 10 de la Ley 19549 prevé el efecto negativo salvo disposición expresa en contrario.

Francia y Perú.[22]

Por lo tanto, con una mirada futura, realista y sencilla, creo que hay que promover desde los distintos espacios académicos, colegiales y judiciales las reformas legislativas señaladas.

Por cierto, en la lucha contra las inmunidades del poder, una próxima reforma de la legislación procesal debería contemplar la supresión del agotamiento de la vía administrativa y los plazos de caducidad, privilegios procesales que, combinados con interminables y a veces confusos (para el ciudadano que actúa sin patrocinio jurídico) sistemas de recursos administrativos, atentan contra el acceso a la justicia, motivo por el cual las vías recursivas deberían resultar opcionales para el particular.

[22] En España el art. 24 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prescribe: "En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general…". Algo similar ocurre en Francia por conducto del art. 21 de la Ley 2.000-321, que establece *"Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation*": "El silencio guardado durante dos meses por la autoridad administrativa, mediando demanda previa, vale decisión de aceptación". En nuestro continente, el art 35 de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General dispone: 35.1 "Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos: "1. Todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio administrativo negativo taxativo contemplado en el artículo 38…".

Control de constitucionalidad en los procesos colectivos

Leandro Giannini [1]

El proceso colectivo como un instrumento de control constitucional es un tema que tiene muchísimas aristas y aspectos técnicos que podrían ser tratados y que, en particular, generan una multiplicidad de preocupaciones a todo protagonista de litigio colectivo; desde la ciudadanía, a la abogacía y, desde ella, a la judicatura.

Se agrava la problemática por el vacío legal de los procesos colectivos en la Argentina, nota que los diferencia de otras instituciones, que pueden ser difíciles pero al menos tienen algún elenco, algún plan, alguna hoja de ruta diseñada por la reglamentación legislativa, que permite a los operadores enfrentar los dilemas que ocasionan las instituciones, pese a que nunca el legislador va a poder resolverlos definitivamente, pero por lo menos permite conocer los factores que tienen que ser utilizados en cada caso concreto para ponderar y resolver esos problemas.

En el caso de los procesos colectivos, Argentina desde hace años tiene una cláusula institucional con la Reforma de 1994, que es muy conocida. Una doctrina

[1] Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Especialista de Derecho Procesal Profundizado (UNA) y Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), investigador y docente de postgrado en diversas universidades del país y del exterior. Consultor experto en temas de justicia. Entre sus obras, pueden mencionarse: La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, Editora Platense, 2007; La mediación en Argentina, Rubinzal Culzoni, 2015; El certiorari y la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas, Platense, 2016; Los procesos colectivos y acciones de clase en el Derecho Público Argentino (codirigido con Francisco Verbic), Rubinzal Culzoni, 2017 y Aspectos procesales del Código Civil y Comercial (codirigido con Roberto Berizonce), Platense, 2017. Asimismo, es autor de diversos artículos, publicaciones y trabajos de investigación en el área del Derecho Procesal Civil y de la Administración de Justicia.

que ha producido un corpus calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de este mecanismo de enjuiciamiento. Especialmente en la doctrina argentina, que ha hecho aportes significativos a nivel no solo nacional sino regional e incluso internacional en esta materia. En el marco de estos desarrollos, hay que decirlo, estas jornadas son interesantes precisamente porque la doctrina que ha tratado la temática no es la doctrina procesal, ya que la doctrina administrativa, de derecho público y constitucional, ha dedicado muy buenas páginas a esta cuestión, en las distintas fases evolutivas en las que el problema ha sido analizado. Y en la actualidad tenemos este corpus calificado de contenidos que nos lleva a decir, en ese punto, que el estado de situación, por lo menos, nos permite estudiar adecuadamente de qué estamos hablando cuando hablamos de procesos colectivos y nutrirnos de algunos contenidos adecuados como para tener una experiencia razonable en el sistema de justicia.

***

Nuestro gran déficit es que mantenemos un lamentable estado de demora legislativa a veintisiete años de la Reforma Constitucional de 1994. A once años de "Halabi", este fallo debería ser visto como una suerte de "carta documento" de la Corte Suprema al poder legislativo, una suerte de "constitución en mora" expresa del máximo tribunal del país al poder legislativo para que tome cartas en el asunto (con estas mismas palabras, dice expresamente sobre este punto: hay un estado de mora legislativa lamentable que debe ser solucionado del modo más rápido posible). Ello así por distintos problemas, muchos de ellos ajenos a la técnica legislativa y más propios del juego político-institucional de nuestro país, esa legislación nunca ha visto la luz. Pese a que ya existen incluso varios anteproyectos de ley y algunos proyectos ya presentados en el Congreso de distinta calidad, en

distintas fases, que han intentado salir de este cuadro de situación.

El cuadro de mora legislativa entonces subsiste. Tenemos una ventaja comparativa respecto de otros países que es la existencia de esta cláusula constitucional en el artículo 43, segunda parte, que ha sido interpretada de modo suficientemente generoso como para entender que de allí emana una suerte de garantía de tutela de derechos de incidencia colectiva en general o de acceso a la justicia en clave colectiva, como se le ha llamado también. Es decir, que se puede discutir cómo es la mejor manera de llevar adelante esta forma de enjuiciamiento, lo que no puede haber es un "no enjuiciamiento" de este tipo de litigios. Lo que sí podría pasar, si la Constitución no previera nada en ese sentido.

Sobre esa base, la legislación lamentablemente mantiene una tendencia fragmentada, asistemática de legislación. Regula algunas poquitas instituciones del proceso colectivo y lo hace regulando por materias. Es decir, hace todo lo que el legislador, en líneas generales, en la concepción sistemática de la legislación y de la construcción de las instituciones legislativas, no debe hacer. Regula la legitimación (por ejemplo, lo que ya está casi en la Constitución: quiénes son los legitimados, pero puede agregar alguno más) y regula en algunos casos la cosa juzgada: la puerta de entrada y la puerta de salida. Dice poco acerca de qué es lo que pasa en el medio y qué es lo que sucede después de que la sentencia se dicta. Que son buena parte de los grandísimos problemas que tiene la experiencia y la práctica cotidiana en materia de litigios colectivos.

Entonces regula algunas cosas y, además, las que regula, las regula por materia y de ese modo diseña soluciones a estos problemas de modo contradictorio entre las distintas materias en las que se toca el litigio colectivo. Hay una cosa juzgada para el proceso ambiental, una cosa juzgada para el amparo, una cosa juzgada para el sistema de tutela de derechos de usuarios y consumidores, y así sucesivamente.

Todos estamos familiarizados con el artículo 320 del código procesal de la Provincia de Buenos Aires que dice que el proceso sumario va a servir para la consignación, para los daños y perjuicios, para la medianería, para los cobros de suma de dinero, etc., una serie de materias basadas en que la problemática procesal de la tutela de esa clase de derechos se rige básicamente por los mismos problemas. Hay algunas particularidades, como, por ejemplo, en el desalojo, el desalojo anticipado, pero, en líneas generales se comparten contenidos esenciales o instituciones básicas. Hay mismas reglas para la legitimación, la personería, la cosa juzgada, la apertura a prueba, la prueba. No puede haber un proceso sumario para la consignación, sería muy poco práctico, muy poco sistemático y además con un enorme riesgo de contradicción, como el que se materializa en los procesos colectivos.

Es decir, el proceso colectivo legislador ha hecho prácticamente todo lo que no hay que hacer para tener una salida decorosa a la mora legislativa que todavía estamos sometidos. Eso hace que la jurisprudencia haya avanzado para suplir esta forma de omisión inconstitucional, de reglamentación de esta vía procesal, siempre partiendo del principio, consagrado en Siri, según el cual la omisión del legislador, en particular del legislador procesal, no puede condicionar la eficacia de una garantía reconocida en la constitución. Entonces, si existe esa garantía, el legislador procesal no puede condicionar con su omisión la vigencia de esa garantía. Y los jueces tienen en cada caso la necesidad de solucionar ese cuadro omisivo introduciendo algunas reglas, factores parámetros o principios aplicables para tratar de solucionar todo aquello que el legislador todavía no ha solucionado.

Por supuesto que los tribunales lo han hecho con distinta calidad, se han aproximado de distinta manera. Es muy conocido en este sentido el caso “Halabi” citado, que resuelve algunos aspectos de la problemática de los procesos

colectivos, como por ejemplo la temática de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos: ¿Cuándo es posible llevar en clave colectiva un caso a los tribunales? O lo que es lo mismo decir: ¿Cuándo una persona se puede auto-nominar como representante de un grupo cuando todos esos miembros del grupo no le dieron un poder o una autorización, un mandato expreso para representarlo? ¿En qué medida y sobre la base de qué recaudos esa auto-asignación de una legitimación para la tutela de derechos, total o parcialmente ajenos es posible? Digo "totalmente" porque a veces, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, cuando litiga por la tarifa telefónica y recibe en su oficina la línea de Telecom, no defiende ningún derecho propio (un derecho que sea del Defensor del pueblo en particular) sino que es totalmente ajeno a aquello por lo que está litigando. Y en otras circunstancias, como las situaciones de concurrencia, donde un afectado tiene un derecho indivisiblemente perteneciente de modo concurrente con una pluralidad relevante de personas, se puede decir que la legitimación en ese punto implica el reconocimiento de la atribución para litigar sobre derechos que en parte son míos, pero que concurrente e indivisiblemente también son de otras personas. ¿Bajo qué condiciones eso es posible? Es el tema de los presupuestos de admisión.

***

Yo les voy a proponer recorrer tres puntos centrales, algunos técnico-legales y otros en los que lo técnico legal es una condición necesaria pero insuficiente para atenderlos adecuadamente.

Por supuesto quienes litigan en procesos colectivos, los integrantes de órganos jurisdiccionales, va a tener una serie de preguntas adicionales específicas para resolver cualquiera de los problemas legislativos que la omisión del legislador impone atender en el ejercicio cotidiano de la profesión en esta rama de trabajo.

A mí me parece que la selección que hago es una selección de tres problemas que puedo analizar en este tiempo y que son relevantes y necesitan una solución inmediata.

El primer problema es el de los presupuestos de admisión. Es uno de los principales del proceso colectivo porque responde a una pregunta muy relevante: ¿Cuándo es posible plantear estos casos o cuándo alguien puede auto-asignarse la atribución de litigar sobre derechos total o parcialmente ajenos? Esa es una de las principales lagunas legislativas. No todos los ordenamientos contemplan el tema, ni siquiera los que, por materia, contemplan esta clase de litigios. Algunos ordenamientos muy importantes como la Ley General del Ambiente o la Ley de Defensa del Consumidor, omiten aspectos centrales de esta problemática.

***

¿Para qué sirven los presupuestos de admisión? Cuando un legislador procesal contempla una serie de presupuestos, sea para que se admita el amparo, la ejecución hipotecaria, etc., en líneas generales lo que en general piensa es: "voy a prevalecer una serie de presupuestos que permitan a la institución que estoy regulando cumplir con sus objetivos". Todos los recaudos que estoy eligiendo van a ser tendencialmente orientados a que la institución analizada cumpla sus objetivos.

En el caso de los procesos colectivos, no hay ninguna excepción a esta regla. En nuestro país se prevén esta clase de requisitos fundamentalmente para cumplir con los objetivos de la institución que se contempla y adicionalmente para tratar de controlar que el cumplimiento de esos objetivos sea respetuoso de otras garantías constitucionales.

El proceso colectivo sirve para varias cosas, pero básicamente y para simplificarlo, sirve para dos (hay muchas otras finalidades de los procesos colectivos que de alguna manera son una derivación de estas dos grandes finalidades).

El proceso colectivo es un instrumento de acceso a la justicia porque permite remover obstáculos materiales para la promoción de ciertas pretensiones caracterizadas por padecer problemas de acceso a la información, a una abogacía de calidad o a instrumentos de financiación adecuados para enfrentar un litigio complejo, de ausencia de estímulos suficientes para avanzar (por ejemplo por la inadecuada relación costo beneficio del accionar individual respecto del resultado final del pleito) u otras características que hacen que, en líneas generales, las lesiones masivas no tengan un reflejo en la justicia en términos de acceso: por falta de información, por falta de estímulo, de abogacía, por falta de recursos económicos necesarios para enfrentar un litigio complejo, entre otros obstáculos conocidos.

El proceso colectivo también es visto como un instrumento de eficiencia, como un instrumento para concentrar el debate de cuestiones comunes, para no reiterar o multiplicar la producción jurisdiccional y los esfuerzos del sistema de justicia en actos procesales que son absolutamente repetitivos. Cuatro millones de pericias para ver si Shell deposita un contaminante en un acuífero o 6 millones de pericias individuales para ver si Edesur fue causante del apagón famoso del año 1999 que produjo una multiplicidad de daños, pero había una o dos discusiones a dar que eran comunes a todos: uno: ¿Se hicieron o no se hicieron las inversiones?, dos: Esa ausencia de inversiones, en caso de que las hubiera habido, ¿fueron la causa suficiente de los daños producidos? Punto. Después cada uno dice: a mí ese apagón me hizo perder toda la mercadería, a mí me quemo los televisores, y a uno

que era electro dependiente le produjo daños a la salud, incluso la muerte.

Lo absurdo de multiplicar seis millones de pericias para discutir estos aspectos comunes es el ejemplo típico de cómo el proceso colectivo sirve como un instrumento de eficiencia. De hacer lo mismo, pero más rápido y con menos costos.

Por supuesto con estas finalidades se contribuye a otras finalidades. Al tener más acceso por supuesto hay más participación ciudadana en el control de la política pública. Al tener eficiencia y resolver concentradamente, beneficio el tratamiento igualitario ante la ley y evito las sentencias contradictorias. Al brindar acceso a la justicia, contribuyo a que las personas que pueden ser potencialmente agentes activos de daños masivos, respeten voluntariamente el derecho antes de violarlo, pensando que nadie va a litigar una cuestión de estas características. Es decir que una empresa, el Estado o quien sea, tome la decisión de dañar poco a muchos en vez de dañar mucho a pocos, pensando que, si daño poco a muchos, esos muchos no van a tener un instrumento para tutelar sus derechos y, por lo tanto, voy a estimular la conducta irrespetuosa del ordenamiento jurídico y la toma de decisiones que incidan sobre este tipo de daños.

Al dar acceso, además de romper barreras produzco otras consecuencias. Al dar eficiencia y concentración, también produzco otras consecuencias.

***

En los procesos colectivos hay una serie de requisitos que buscan que los enjuiciamientos de esta clase de controversias se concentren en las cuestiones comunes y eviten que el proceso colectivo sea una solución más complicada que la que trata de remediar. Y, además, hay otros requisitos que no tienen tanto que ver con la preservación de los objetivos del proceso colectivo sino de controlar que esa herramienta no sea lesiva de otras garantías.

Hay cierto consenso sobre las primeras y hay problemas sobre las segundas. Hay cierto consenso que, para preservar los objetivos de los procesos colectivos en términos de acceso a la justicia y eficiencia, se exija que "seamos muchos" y "litiguemos por lo mismo". Eso, en términos técnicos o en un lenguaje más sofisticado, implica exigir que la lesión jurídica afecte a una pluralidad relevante de personas haciendo impracticable un litisconsorcio o solucionar el problema a través de los procesos con partes múltiples (intervención de terceros, integración de la Litis, acumulación de procesos, etc.).

***

Entonces la lesión jurídica es de tal entidad en términos de pluralidad subjetiva de lesiones concurrentes que puede ser impracticable solucionar este conflicto a través de las vías tradicionales de enjuiciamiento. En esto hay acuerdo generalizado. Se le ponen distintos nombres o se regula de distinta manera en distintos ordenamientos. Algunos le ponen un límite mínimo: cien personas en adelante es impracticable. Se puede resolver numéricamente, que es una mala decisión legislativa, pero es una de las tantas formas de regulación legislativa de algo a lo que se le ha puesto muchos nombres, como la numerosity, joinder impracticability (impracticabilidad del litisconsorcio) o la "pluralidad relevante de personas" de "Halabi" de la Corte Suprema o "López" de la SCBA. Somos muchos y no lo podemos solucionar a través de las vías clásicas.

Los argentinos somos cincuenta millones y si uno tiene un problema ambiental, el otro de alimentos del hijo, el otro un problema de desalojo con su vecino. Somos muchos, pero no tiene nada que ver una pretensión con la otra. Entonces se va a exigir que predominen las cuestiones comunes sobre las

individuales. Es decir que estemos discutiendo sobre aspectos en donde lo común predomina sobre lo individual. Y, agregaría: predomina cualitativamente, no cuantitativamente. En el ejemplo que yo di del apagón de 1999, cualitativamente significa, que hay dos cuestiones comunes y seis millones de cuestiones individuales. ¿Cuál fue la causa de todos estos daños, fueron dos causas? ¿Las probamos? Si. Bueno eso me sirve para probar la causa común del daño y evitar la repetición de todas esas pericias y pruebas. Y las cuestiones individuales son potencialmente seis millones: los daños sufridos por cada afectado a causa del apagón.

La exigencia de predominio se entiende cualitativamente cuando basta para satisfacer el requisito con exigir que las cuestiones individuales no sean obstáculo para litigar concentradamente los aspectos comunes. Así puede definirse mejor esta exigencia. Se le ha dado muchas expresiones. Es un predominio en donde, por supuesto, en el caso de pretensiones indivisibles pertenecientes a esa pluralidad de personas, para muchos se puede decir que se presume con el solo ejercicio de la acción de tutela de esa clase de bienes.

Es lo que dice "Halabi" cuando hay un caso colectivo referido a bienes indivisibles y alguien está buscando directamente tutelar esa clase de bienes (o los derechos asociados a esa clase de bienes), el solo hecho de que haya pluralidad relevante de personas y que la pretensión se enfoque sobre el objeto de ese derecho, es suficiente para afirmar que hay predominio. Si hay cuatro millones de personas y quieren hacer cesar la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, no es necesario demostrar demasiado o introducir argumentos tan sofisticados para verificar que esa pretensión se va a concentrar adecuadamente sobre los aspectos comunes de la controversia.

En cambio, sí se necesita una demostración explícita de predominio en el caso de defensa de derechos individuales homogéneos, demostración que a veces

en el caso de los derechos difusos pertenecientes a bienes indivisibles no es necesaria. Cuando hay derechos susceptibles de apropiación exclusiva pero que pertenecen a una pluralidad relevante de personas haciendo ineficiente el litisconsorcio, la tutela del derecho individual homogéneo requiere, respecto del que pretende su defensa, una demostración de predominio de aspectos comunes. Porque es más probable que los aspectos individuales puedan condicionar la adecuada solución de la controversia. Y a eso también se le ha dado distintos nombres; por ejemplo, el origen común de la lesión (estos dos problemas originaron todas estas lesiones individuales), etc. Entonces, se exige el origen común o el predominio de las cuestiones comunes sobre individuales (repito, un predominio cualitativo). Con esto lo que se hace es tratar de concentrar a la controversia sobre los aspectos comunes y que la solución no sea más problemática que el inconveniente a atender con ella.

***

En donde no hay consenso generalizado es en torno a requisitos que no tienen que ver con la preservación de los objetivos de procesos colectivos, sino con el control de otros aspectos, otras garantías, otros principios, que el proceso colectivo puede comprometer.

La primera de esas, la más conocida, es el problema del debido proceso de los miembros ausentes. Hay requisitos de admisión del proceso colectivo que no se refieren a lograr que el proceso colectivo sirva como un mecanismo de acceso a la justicia y un mecanismo de concentración y eficiencia, sino que implican introducir exigencias que buscan que las garantías de las personas ausentes del litigio, pero que forman parte del grupo representado, sean adecuadamente preservadas. También se han introducido distintos modelos en este punto y existe

una controversia acerca de cuál es el mejor modelo. Muchas de esas controversias están presentes en los proyectos de ley que existen para tratar este dilema. Las formas clásicas de atender el problema del debido proceso de los miembros del grupo ausente, incluyen la exigencia de representatividad adecuada. Que quién está legitimado (estáticamente nominado como una persona que puede auto atribuirse la facultad de defender esos derechos), además de estar en ese listado (el defensor del pueblo, el afectado, las asociaciones, el del ministerio público si se entendiera que el interés general equivale a los derechos de procesos colectivos), actúe de modo idóneo dentro del proceso. Exigir condiciones dinámicas caso a caso, pero parametrizadas para que no sean arbitrariamente juzgadas, de representatividad adecuada de esos legitimados. Que tengan condiciones que permitan estimar que esa persona va a llevar adelante una defensa vigorosa de aquellos otros que no lo nominaron. En litigios individuales no hay problema; si elijo un mal abogado yo corro con las consecuencias del que estoy eligiendo. Acá nadie elige al legitimado colectivo, por lo tanto, hay que activar mecanismos para que ese legitimado tenga esas condiciones o calidad.

Eso suele ser visto como una garantía establecida para asegurar la situación de los miembros del grupo ausente. Para otros es visto como un obstáculo al acceso a la justicia en clave colectiva. Y así dicen que cualquier fórmula de introducción de condiciones de idoneidad parecería ser como una exclusión elitista basada en los antecedentes, prestigio, experiencia de la persona en la defensa y promoción de esos derechos. A mi juicio, en este tipo de situaciones tenemos que introducir este tipo de herramientas. “Halabi” lo dice expresamente: esto es una exigencia que en ausencia de legislación este recaudo es exigible, representatividad adecuada. Hay otras, como la publicidad donde la discusión básicamente, es en ¿Cómo lo hago, como hago para publicitar adecuadamente un proceso colectivo? El registro, los edictos en general sirven poco, pero son herramientas. La publicidad, la

notificación, el derecho de auto exclusión de los miembros del grupo ausente para decir: "él no me representa, yo sigo mi propio camino en la medida que haya derechos divisibles". La limitación de los alcances de la cosa juzgada para permitir con mayor amplitud la revisión de la cosa juzgada o para no brindar alcance de cosa juzgada a los miembros del grupo cuando la sentencia es desfavorable, y así sucesivamente. Son instrumentos sobre los cuales no hay un consenso generalizado y hay distintas normas que los contemplan.

***

El otro parámetro es el de autonomía. Cuando el legislador o los jueces de los tribunales quieren preservar no el debido proceso de los miembros del grupo ausente sino la autonomía o la propiedad de los miembros del grupo ausente. Esto se da mucho en derechos individuales homogéneos, en los que la decisión que una persona toma de defender los derechos de otro cuando esos derechos son susceptibles de apropiación exclusiva por esos millones de personas que conforman el grupo, parecería que yo me meto en el bolsillo del otro y le pongo plata o trato de ponerle plata. Hay algunos autores que así lo consideran y "Halabi" de alguna manera lo reconoce así, cuando condiciona el proceso colectivo en situaciones en las que no hay obstáculos al acceso a la justicia desde el plano individual (el recaudo de la "dificultad" que se le suele decir). Se trata de justificar jurisprudencialmente ese requisito diciendo que, de otra manera, si no evito que el proceso colectivo se meta en la decisión de autonomía individual exigiendo que el proceso colectivo solo sirva cuando esa autonomía individual no existe (por ejemplo, cuando la relación costo beneficio es desfavorable, cuando no hay un estímulo para accionar individualmente), se estaría afectando la autonomía del miembro del grupo cuyos derechos se pretenden defender. "Halabi" dice: si hay

estímulo para accionar individualmente, la decisión de defender los derechos es de cada una de las personas; por lo tanto, si alguien se arroga ese derecho está, de alguna manera, violando la prorrogativa que alguien tiene no solo de reclamar lo que le sacaron sino de no reclamar por ello, lo que es parte del principio de autonomía y del derecho a la propiedad.

Creo que esto es una lectura equivocada, que "Halabi" hace explícita y que además ha aplicado de un modo disfuncional en otros precedentes posteriores. Y que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a diferencia de "Halabi", venía apartándose de esa lógica tornando los requisitos de admisibilidad de los procesos colectivos mucho más sencillos de interpretar y de aplicar, pero no cayendo en este error que "Halabi" a mi juicio comete.

El proceso colectivo, aun cuando se trate de derechos individuales homogéneos nunca se mete en la autonomía individual. Si alguien que está dentro del grupo, pero fuera de la acción y no quiere que le pongan plata en su bolsillo tiene una herramienta que se llama derecho de auto exclusión u *"opt out"*. Nunca alguien que no quiere que la empresa le pague será forzado a recibir ese dinero. Por ejemplo, alguien que dice: "no quiero que la empresa que me dañó me dé esa plata, prefiero que la use para distribuir dividendos". Supongamos que alguien realistamente piense así ("no me la den a mí"). Esa persona tiene que optar por auto excluirse y nunca nadie se va a meter en su plata, en su autonomía y en su decisión individual.

La autonomía se preserva en el proceso colectivo en plenitud, no necesita un requisito que es -a mi juicio- poco realista y que tiene consecuencias absolutamente desastrosas. Porque cuando el proceso colectivo no sirve para evitar que los que tienen estímulos litiguen individualmente todos, esos afectados van a colapsar el sistema de justicia, se va a producir esta multiplicación de litigiosidad individual y el proceso individual va a seguir siendo utilizado por los agentes masivos de

producción de daños, como lo hacen al día de hoy en una economía inflacionaria: Un sistema de financiación de pasivos más barato que cualquier otro que encontremos en el sistema financiero nacional e internacional. Un sistema que se financia la tasa pasiva y que hace que la multiplicación de litigios individuales y la dilación de los procesos permita esa clase de financiación y la estimulación de esa clase de conductas.

Por cuestiones de tiempo no puedo tratar otro de los aspectos del control de constitucionalidad en los procesos colectivos, donde hay problemas de efectividad y de implementación, los llamados procesos colectivos de control de políticas públicas estructurales y litigios estructurales que es algo que la jurisprudencia ha tratado, en los cuales los problemas centrales no se producen al inicio, sino que se producen por ineficacia final de los mandatos. ¿Qué herramientas técnico legales por un lado y ajenos a lo técnico legal podrían concebirse para mejorar esta experiencia?

Tutela de los derechos fundamentales en el contexto de la pandemia

Vitulia Ivone [1]

La pandemia ha violado y afectado "todas" las áreas de la vida individual y colectiva. En el transcurso de esta larga crisis, la ley, sometida a las fuertes y sin precedentes tensiones derivadas de la epidemia, no tiene certeza de haber sido capaz de preservar sus características fundamentales: el respeto a los principios, la regularidad formal, la igualdad de trato de las personas en situaciones iguales, de equilibrio y medida.

El riesgo es que la ley se haya convertido en un "derecho de emergencia", móvil y confuso por su naturaleza. Esto se debe sobre todo a la cantidad de medidas regulatorias adoptadas en Italia para hacer frente a la emergencia sanitaria del COVID-19 y los consiguientes problemas que han surgido con respecto a los principios constitucionales: de hecho, la enorme cantidad de actos regulatorios aprobados de manera aluvial, de diferentes tipos y efectividad, ha dado lugar a dificultades de reorganización y armonización, en constante cambio y dependiente de los resultados de los boletines médicos y comunicados de prensa.

[1] Profesora asociada confirmada de Instituciones de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salerno. Ex profesora de Derecho de la Empresa Industrial en la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Salerno. Miembro del Consejo de Profesores del programa de doctorado en "Derecho internacional y derecho interno en materia internacional" de la Universidad de Salerno. Ex miembro del Consejo de Profesores del Doctorado en Libertad de Competencia (campus de Perugia). Ex miembro del Consejo de Profesores de la "Escuela de Especialización en Profesiones Jurídicas" de Salerno (cursos 2009-2010 y 2010-2011). Coordinador científico de los acuerdos marco de cooperación científica internacional con la Universidad del Museo Social Argentino y la Universidad Pontificia del Perú. Director del Comité Científico de la Fundación de la Escuela de Medicina de Salerno. Miembro del Comité Científico de las revistas "Biodiritto" y "Cuadernos de Bioética" (Argentina). Miembro de la Comisión de Exámenes de Abogados (de 2005 a 2010); Miembro de la Juristen Vereinigung, del Institut fur Kunst und Recht y del S.I.S.D.I.C. Miembro de la comisión de patentes y spin-off (Universidad de Salerno).

Con respecto a los problemas constitucionales que esta situación ha planteado y sigue planteando, la pandemia ciertamente ha afectado el sistema de fuentes del derecho, la forma de gobierno, en particular la relación entre parlamento y gobierno, los límites del poder judicial y de los procedimientos de carácter jurisdiccional, sobre la forma de Estado, respecto a las relaciones entre el Estado central y las autonomías territoriales, así como sobre los derechos fundamentales más involucrados.

Por estas razones, parece importante insistir en el "dominio" de la ley, sus anticuerpos, su capacidad de reacción y defensa. Porque nos mueve una convicción: que incluso en momentos de crisis más aguda, el derecho puede operar como técnica indispensable de regulación social y ejercer su capacidad de ordenamiento solo utilizando sus métodos y salvaguardando sus principios y su peculiar racionalidad.

***

Exactamente como les sucedió a las personas físicas, el sistema de fuentes también funcionó -durante la emergencia sanitaria por coronavirus- en un severo estado de estrés, al que reaccionó con una técnica reguladora digna de ser denunciada por dos aspectos principales. El primero: la urgencia hizo necesario recurrir únicamente a los decretos leyes para adecuar la respuesta sanitaria a las urgencias epidemiológicas casi cotidianas. De ahí la concatenación entre decretos de emergencia, decretos del Primer Ministro, órdenes del Ministro de Salud. El segundo: las ordenanzas regionales y locales se han superpuesto continuamente (o amenazado con superponerse) con estas leyes estatales, en una espiral que ha hecho que el marco regulatorio, en ocasiones, ha sido difícil de leer.

Empecemos por el parámetro de legalidad. Cabe preguntarse qué juicio de validez/ nulidad debe expresarse con referencia a los actos regulatorios a los que se enfrenta, en base a los parámetros de conformidad del ordenamiento jurídico.

Según la doctrina constitucional italiana, no ha habido nada inconstitucional (o, peor aún, anticonstitucional) en los hechos legislativos que han afectado al sistema en jaque. El decreto de emergencia, por una vez, se utilizó a propósito y permitió que los actos secundarios que siguieron, bajo el control del Parlamento, la opinión pública y, potencialmente, el juez, fueran cubiertos con la reserva. En cuanto a las ordenanzas regionales y locales, fueron los propios decretos-ley los que establecieron su finalidad, límites y efectividad temporal.

Más allá de la innegable prioridad de contener el contagio, existe de hecho el riesgo de que, junto a la subversión de la normal forma de vivir y convivir, pueda existir la del sistema de valores y libertad; y es necesario evaluar la esperanza de que, sin perjuicio de las necesidades de contraste inmediato con la emergencia, los nuevos parámetros de seguridad en salud se equilibren con los valores fundacionales de una sociedad democrática moderna, inclinando los primeros hacia los segundos y no al revés, en el nuevo régimen de convivencia normal que inevitablemente se desarrollará tras esta dramática fase.

Antes de abordar el tema, es necesario aclarar el mecanismo fundamental que garantiza a los derechos previstos por la Constitución: la reserva absoluta de la ley. Esto significa que los derechos inviolables solo pueden limitarse a través de la ley del Parlamento, obligada, entre otras cosas, al cumplimiento de las razones que legitiman la fijación del límite señalado por el mismo texto constitucional para los derechos individuales: salud y seguridad pública para la libertad de domicilio (artículo 14), salud y seguridad para la libertad de circulación (artículo 16), seguridad pública para reuniones en lugares públicos (artículo 17), moralidad para la libertad de religión (artículo 19) y libertad de expresión (artículo 21).

Las razones son conocidas: a) la ley es el acto típico del Parlamento, el único organismo, en nuestra forma de gobierno, elegido directamente de los ciudadanos, expresión de la soberanía popular, dotada de una función de representación nacional (artículo 67 de la Constitución); b) el procedimiento de formación de la ley es necesariamente público (artículo 64, párrafo 2, de la Constitución) y, por lo tanto, sujeto al escrutinio de la pública opinión; c) las fuerzas políticas minoritarias también están presentes en las Cámaras, por lo que las oposiciones tienen voz; d) la ley puede ser sometida a la revisión del Tribunal Constitucional (artículo 134 de la Constitución), órgano de "control constitucional" y "garantía suprema del cumplimiento de la Constitución de la República "(sentencia núm. 13/1960); e) finalmente, sobre la ley se puede preguntar, por una fracción del cuerpo electoral (500.000 votantes), un referéndum, que lo abroga en su totalidad o en parte (artículo 75 de la Constitución) y que ciertamente puede operar como un instrumento de control político popular sobre el trabajo del Parlamento.

***

Dicho esto, e incluyendo el mecanismo de la reserva legal, debe quedar claro que el gobierno en función cuando la pandemia llegó a Italia operaba a través de una cadena de DPCM, altamente restrictivo de los derechos constitucionales. Fuentes de naturaleza ambigua, para muchos similares a las regulaciones gubernamentales, para otros a las ordenanzas, y, por tanto, carece de carácter normativo. Se trata de actos adoptados únicamente por el Presidente del Consejo, sobre propuesta del Ministro de Salud y previa audiencia, en su caso, a los demás Ministros y Presidentes de la Región, sin intervención tampoco del Presidente de la República, quien no emite ellos, o del Parlamento. ¿Se puede conciliar todo esto con los principios constitucionales?

Podemos afirmar con certeza que la pandemia también ha afectado los derechos de las instituciones previstos por la Constitución: intento explicar que la política de la emergencia pandémica en Italia tiene sus respuestas en los principios de la Constitución italiana.

***

Artículo 1. Italia es una república democrática, fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y dentro de los límites de la Constitución.

Para explicar lo que pasó y pasa en Italia, mi discurso comenzará con el primer artículo, que declara que Italia es una república democrática fundada en el trabajo. La pandemia de COVID-19 no solo es una emergencia de salud, sino que también constituye una grave crisis económica y del mercado laboral que está teniendo un gran impacto en las personas de todo el mundo.

Según estimaciones preliminares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la crisis económica y laboral provocada por COVID-19 podría incrementar el desempleo en todo el mundo en casi 25 millones. El peso de la pandemia en la compleja dinámica de la legalidad y el trabajo es claramente evidente. Se puede argumentar, y tal vez no solo para Italia, que COVID-19, en esta perspectiva, no ha hecho más que enfatizar, revelar, si es necesario, los límites y debilidades del sistema de "trabajo", expandiendo la fragilidad y vulnerabilidad de un sistema que con demasiada frecuencia es objeto de reformas solo políticas y de *restyling* solo de fachada.

La pandemia ha confirmado que existen sectores y cadenas productivas que carecen de un nivel digno de protección para los trabajadores, lugares de trabajo que se caracterizan por la ausencia de cualquier protección de derechos, sin olvidar

el sector de la prestación de servicios a la persona a formar parte de las familias, siempre y en toda la UE, en las que se registra la mayor presencia de trabajadores irregulares.

En el Informe Integrado del Mercado Laboral 2020 se confirma el carácter extraordinario de las repercusiones de la pandemia en el mercado laboral, y se destaca que las categorías más penalizadas por la emergencia sanitaria fueron las caracterizadas previamente por situaciones de gran desventaja: mujeres, los más jóvenes (15-24 años), y extranjeros.

En el Decreto Ley del 22 de marzo de 2021, N° 41, comúnmente denominado "Decreto de apoyo", existen numerosas disposiciones en materia de trabajo, principalmente destinadas a ampliar las medidas ya introducidas al inicio del período de emergencia, pero también a una mayor simplificación procesal y ampliación de los destinatarios de protección.

Para las desigualdades de género, sociales y territoriales, el Plan de Recuperación, el *Next Generation* UE, el plan europeo que ayudará a Italia y a otros países a ponerse en marcha, viene al rescate.

***

Gracias a este fondo, nuestro país se ha marcado varios objetivos a alcanzar. El Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), este es el acrónimo nacional del Plan de Recuperación en nuestro país, informa que Italia utilizará tres ejes estratégicos. Uno de ellos se refiere a la mejora social.

El gobierno actual reescribió la misión 5 del Plan Nacional dedicada al tema de Inclusión y Cohesión, que también incluye intervenciones para el empleo y políticas laborales activas. Entre los próximos proyectos, está el Programa que se llama GOL para la empleabilidad de los trabajadores, la financiación de mujeres

emprendedoras y el fortalecimiento de la función pública universal.

Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad política, económica y social.

En el marco de los principios esbozados en la primera parte de la Constitución italiana, se encuentra el artículo 2 que perfila el principio personalista que, además de marcar una nueva dimensión de la relación entre persona y Estado, coloca el valor de la persona humana en el primer plano, en la parte superior del sistema legal. El artículo 2 dice: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad (...)", es decir, valora un principio, "personalista", que se traduce en el propósito de colocar el desarrollo de la persona humana en el centro de todo orden.

Uno de los padres de la Constitución italiana, Constantino Mortati, aclara que, en virtud de esta disposición, el término "inviolable" significa que "el hombre no es una función del Estado" sino que “el Estado está en función del hombre”. Esta norma - en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia italianas - tiene un carácter abierto y un contenido atípico, en el sentido que, por su formulación, “establece que el hombre está protegido en todas sus manifestaciones esenciales para su desarrollo, aun cuando estas no sean explícitas y se hayan aplicado mediante legislación reglamentaria”.

En virtud de esta disposición y de la amplitud de su inviolabilidad, la efectividad de estos derechos es independiente tanto del reconocimiento previo expreso por parte del ordenamiento jurídico como de su expresa calificación como "inviolable".

También es una disposición que se caracteriza por ser "abierta", es decir, capaz de ampliar su rango, ya que el ordenamiento jurídico, también a través de la interposición legislativa, ha permitido el goce concreto de los derechos humanos y fundamentales básicos. Y es a través de esta cláusula de apertura que hoy podemos considerar sustancialmente constitucionales las cartas internacionales de derechos, la Declaración de Derechos Humanos (ONU) de 1948, la CEDH de la década de 1950, las demás convenciones internacionales de derechos firmadas por Italia y, tras el Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Esta ampliación también conduce a una protección reforzada, ya no restringida únicamente a la jurisdicción nacional, amparada por la constitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional italiano, que, en caso de conflictos entre los mismos derechos fundamentales, hace uso de la ponderación y técnicas de interpretación basadas en la "razonabilidad".

De hecho, hoy contamos con la cobertura que ofrecen las demás Cartas de Derechos que, a su vez, brindan protección judicial ante tantos Tribunales Superiores de Justicia internacionales y supranacionales. Esto también permite que los derechos de la nueva generación amplíen su alcance gracias a la teoría de *DrittWirkung*, no solo hacia las autoridades públicas, sino también en el contexto de las relaciones interpretadas. De este modo, asistimos a una progresiva integración recíproca entre los sistemas jurídicos y a una interacción constante entre las Cartas y los Tribunales Supremos relacionados. Por tanto, podemos imaginar la capacidad expansiva que hoy han alcanzado ambos "derechos inviolables" entendidos en su acepción de "derechos humanos", que adquieren las connotaciones de universalidad, inviolabilidad, inalienabilidad y "derechos fundamentales" que son los que hoy en día en sentido estricto encuentran garantía en nuestro sistema constitucional específico. Esto abre un nuevo “espacio europeo” de derechos que

trasciende las fronteras de la propia Unión Europea para incluir el de los 49 estados signatarios del CEDH.

Para comprender plenamente la fuerza del artículo 2 de la Constitución italiana en tiempos de emergencia sanitaria, es necesario analizar la segunda parte de la norma, cuando afirma que la República "exige el cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad política, económica y social". Así, el "particularismo" del primer párrafo se yuxtapone al principio de "solidaridad" que impone el cumplimiento solidario de aquellos deberes que en circunstancias excepcionales también pueden comprimir las libertades fundamentales, pero si y solo si tienen como objetivo transformar la persona al afectar profundamente su egoísmo natural.

Solo así, en el cumplimiento de sus deberes solidarios, políticos, económicos y sociales, el individuo podrá convertirse en miembro efectivo de toda la comunidad, participando directamente de sus fortunas con espíritu democrático.

Evidentemente no se trata solo de esos deberes históricos de defensa de la patria y de las contribuciones fiscales, sino de un complejo "civismo solidario" que podemos evocar en el ejercicio de todas nuestras actividades cotidianas, incluso las hoy restringidas dentro de mallas de medidas de emergencia y que sentimos que debemos respetar porque corresponde a nuestro más fuerte e íntimo "sentido del deber", el respeto a los demás y sus derechos.

***

Artículo 13. La libertad personal es inviolable. No se permite ninguna forma de detención, inspección o registro personal, ni ninguna otra restricción a la libertad personal, excepto por acto motivado de la autoridad judicial.

La medida que limita esta libertad adoptada para hacer frente a la emergencia por el ordenamiento jurídico italiano es la de "cuarentena". El primer acto que lo prevé es la Ordenanza del Ministerio de Salud de 21 de febrero de 2020 que distingue entre cuarentena con vigilancia activa y estadía en domicilio fiduciario.

Arte. 1, c. 1, de la ordenanza establece que las autoridades sanitarias competentes de la zona deberán disponer la cuarentena con vigilancia activa durante catorce días de quienes hayan tenido contacto cercano con casos de COVID-19.

Arte. 1, c. 3, en cambio, prescribe una estadía en el hogar fiduciario (por un período de tiempo no expresamente indicado, pero se considera por los mismos catorce días previstos en el párrafo 1 para quienes hayan regresado de las zonas afectadas por la epidemia en los últimos catorce días.

Hoy en día, en Italia, después que la mitad de la población tiene vacuna, muchas regiones son “blancas”, es decir, se puede circular libremente, y luego de las once de la noche, que ha sido por todas las regiones, el límite máximo para la circulación de las personas.

***

Artículo 14. El domicilio es inviolable. No se podrán realizar inspecciones, registros o incautaciones, salvo en los casos y modalidades que establezca la ley de acuerdo con las garantías prescritas para la protección de la libertad personal.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones frente a intereses de rango constitucional, como el interés público en la represión de delitos u otros intereses que expresamente

cuestione la Constitución. El domicilio es inviolable, pero se permiten investigaciones e inspecciones por motivos de salud.

Durante el período navideño hubo un debate en Italia sobre el derecho a inspeccionar viviendas -en la noche de Navidad o en el día de Navidad donde los italianos tienen costumbre de encontrarse con personas de su familia- donde se supo que había más personas que el núcleo original. Por supuesto, no se permitieron las inspecciones de viviendas.

***

Artículo 16. Todo ciudadano puede circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, sin perjuicio de las restricciones que la ley establezca con carácter general por razones de salud o seguridad. No se puede imponer ninguna restricción por motivos políticos.

La libertad de circulación es el valor más directamente involucrado en la situación actual. Es una libertad funcional para el ejercicio de muchos otros derechos consagrados en la Carta, una libertad que atañe a la existencia de las personas no solo en su dimensión individual, sino también en su pertenencia a una comunidad productiva. De hecho, el derecho de circulación está relacionado con la libertad de comercio, conocimiento, vivienda, educación, trabajo. La trascendencia de este derecho se refleja puntualmente a nivel regional en el artículo 120 de la Constitución, que prohíbe a las regiones adoptar medidas que obstaculicen de cualquier forma la libre circulación de personas y cosas y limiten el ejercicio del trabajo en cualquier parte del territorio nacional.

Tampoco se puede olvidar que el derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir en la UE ha sido reconocido incondicionalmente en el Tratado y reafirmado en el artículo 45 de la Carta.

Durante el período de la pandemia, en derecho de familia, los padres separados presentaron apelaciones a los tribunales para mudarse a otra región y tener la oportunidad de encontrar a sus hijos.

Artículo 17. Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Para las reuniones, incluso en lugares abiertos al público, no se requiere notificación.

Los ciudadanos tienen derecho a reunirse, salvo las limitaciones justificadas por razones probadas de "seguridad pública". Incluso esta libertad se ha comprimido, no directa sino indirectamente, en el sentido de que, dado que las reuniones han sido limitadas, es decir, la convivencia de personas en un mismo lugar, se deduce que los ciudadanos no han tenido la posibilidad de reunirse. En particular, las reuniones han sido limitadas, independientemente de si hay un propósito común o no. El Decreto Ley N° 6 de 23 de febrero de 2020 había previsto en el artículo 1, c. 2, lett. c, la posible "suspensión de eventos o iniciativas de cualquier tipo y cualquier otra forma de reunión en un lugar público o privado, incluso de carácter cultural, lúdico, deportivo y religioso, aunque se celebre en lugares cerrados abiertos al público ". Esta restricción se está suavizando lentamente.

***

Artículo 32. La República protege la salud como un derecho fundamental del individuo y un interés de la comunidad, y garantiza la atención médica gratuita a los pobres. Nadie puede estar obligado a un tratamiento de salud específico excepto por ley.

En Italia, el derecho a la salud es un derecho social: el Estado tiene que protegerlo y los ciudadanos tienen derecho a ejercerlo. En el artículo 32 de la

Constitución se establece la salvaguarda de la salud como “derecho fundamental del individuo” y como “interés de la comunidad”, lo que significa que la salud es reconocida sea como derecho subjetivo, tradicionalmente ligado al derecho a la libertad, sea como derecho social de prestación. Su contenido multiforme abarca un denso perfil de libertad con una dimensión social, una dimensión económica, una colectiva y una resarcitoria.

En el contexto legislativo italiano, la expresión “derecho a la salud” sintetiza una pluralidad de derechos (el derecho a la integridad psicofísica, al ambiente saludable, el derecho a obtener prestaciones sanitarias, el derecho a tratamientos gratuitos para indigentes), pero decreta el derecho de no recibir prestaciones sanitarias sin el propio consentimiento, excepto aquellas previstas obligatoriamente por la ley.

La salud es el único derecho calificado “fundamental”: de esta manera se convierte en derecho social, con su cara de derecho subjetivo absoluto e inviolable.

En el debate entre juristas ha surgido una pregunta: ¿Tiene el derecho a la salud primacía sobre todos los demás derechos constitucionales? No todos estuvieron de acuerdo con la respuesta. Según algunos, el derecho a la salud es un requisito previo para todos los demás; según otros, esta posición habría generado una deriva securitaria del orden, una especie de estado policial.

Se sabe que la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* encontró en el *Grundgesetz* la existencia de una *Werteordnung allgemeine*, de una jerarquía general de valores, y que algunos autores italianos han comenzado a sentir la fascinación de esta reconstrucción, tratando de importar al menos su premisa en Italia, es decir, la idea de la existencia de valores constitucionales superiores a todos los demás. Esta doctrina no es unánime.

Artículo 41. La iniciativa económica privada es libre. No puede contradecir la utilidad social, la seguridad, la libertad, la dignidad humana.

La lucha contra la propagación del virus también ha tenido un fuerte impacto en los derechos del ámbito económico y, en particular, en la libertad de empresa. Como es fácil de entender, las medidas restrictivas señaladas anteriormente y, en particular, las limitaciones a la libertad de circulación, también tuvieron un impacto inmediato en las libertades económicas. Sin embargo, también existen medidas que han afectado directamente a las actividades empresariales, proporcionando -en los principales ordenamientos jurídicos europeos- el cierre de establecimientos comerciales, de bares, restaurantes y todas las demás estructuras no consideradas indispensables.

En la práctica también se ha criticado al gobierno por haber actuado sin un equilibrio efectivo de los derechos en juego. Si, por un lado, efectivamente, existía la necesidad de proteger la salud como derecho fundamental de todo ciudadano y del Estado en su conjunto, por otro lado, los derechos que han sido severamente limitados y suspendidos con intervenciones gubernamentales en los últimos 14 meses, tienen igual importancia.

Al respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional italiano, en las sentencias 16 y 17 de 2013 afirmó el principio de que es necesario un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales protegidos por la Constitución (en este caso los artículos 4 y 32), ya que se encuentran en una relación de integración recíproca y por lo tanto no es posible identificar aquellos que tienen absoluta preponderancia sobre las demás y que pueden convertirse en un "tirano" frente a otras situaciones jurídicas reconocidas y amparadas constitucionalmente.

***

Es difícil argumentar que la legislación de los últimos meses se ha preocupado por hacer un equilibrio razonable, dado que la protección de la salud

ha tomado una posición "tiránica" de absoluta preeminencia. Y, de hecho, en nombre de esta protección absoluta, se llevó a cabo un bloqueo total en el territorio nacional incluso en áreas que no han sido afectadas en lo más mínimo por la propagación del virus; en provincias donde la situación estaba en gran parte bajo control, en municipios en los que no se han registrado casos de contagio. En estos casos, justificar la privación de la libertad de circulación, por ejemplo, se vuelve muy difícil.

Los derechos fundamentales de la persona no pueden comprimirse indefinidamente sobre la base de un principio de precaución genérico. El riesgo sería dar prevalencia, siempre y en todo caso, a los motivos de la emergencia, impidiendo cualquier actividad hasta que se tenga certeza sobre el estado de salud colectiva. Las fuertes limitaciones a los derechos fundamentales se justifican en el alcance extraordinario y temporal de la emergencia y la proporcionalidad de las medidas debe evaluarse no en términos abstractos sino concretos.

La restricción de nuestra libertad de movimiento y reunión o el derecho a trabajar y asistir a la escuela se justificará siempre que sea proporcionada y necesaria para proteger el derecho a la salud. Corresponde a las autoridades públicas tener en cuenta indicadores concretos de esta necesidad, como el número de contagios y su propagación por todo el país, la virulencia de la epidemia, la fortaleza del sistema de salud, etc.

En otras palabras, si desafortunadamente los contagios van a reanudarse, el poder público vuelve a estar comprometido en equilibrar la necesidad de contener la epidemia en nombre del interés constitucional por la salud colectiva, por un lado, y las libertades de rango constitucional que con ella chocan, en el otro.

La emergencia ha dejado en claro la escasez de recursos y la falta de preparación para la pandemia. La Constitución italiana, a diferencia de otras, no contiene una regla general para la condición de emergencia sanitaria. Establece el

"estado de guerra" y establece que las Cámaras deciden sobre el estado de guerra y otorgan al gobierno los poderes necesarios. Pero esta disposición (artículo 78 de la Constitución) es de interpretación estricta y se cree que no puede extenderse a otras situaciones de emergencia como epidemias, desastres naturales o situaciones excepcionales de cualquier otra índole.

La Constitución, sin embargo, no descuida las situaciones de emergencia y en tales casos prevé en el artículo 77 de la Constitución, que el gobierno en casos de necesidad y urgencia puede adoptar medidas con fuerza de ley (decretos-leyes).

El artículo 120, párrafos 2 y 3 prevé el poder sustitutivo del gobierno que, en el caso particular de "grave peligro para la seguridad y protección de la población", debe ejercerse respetando los principios de subsidiariedad y leal colaboración.

Dada la ausencia de una disciplina constitucional específica de emergencia, un primer problema que surgió fue el de identificar su base de disciplina: si encuentra su legitimidad en la Constitución y sus principios o si debe buscarse en otra parte.

Parte de la doctrina ha distinguido entre una situación de "emergencia" y una de excepción, subrayando cómo la primera es conservadora y se utiliza para regresar lo antes posible a la normalidad a través de poderes reconocidos por la Constitución y calibrados en la necesidad, mientras que la segunda tiene un carácter renovador; tiende a romper la regla e imponer un nuevo orden, a través del reconocimiento de poderes indeterminados, libres en fines y medios y, por tanto, compatibles con los plenos poderes.

El período pandémico sería entonces una situación de primer tipo y no un estado de excepción schmittiano que presupone un espacio vacío y desregulado, inimaginable en un Estado democrático y republicano.

La doctrina italiana ha tomado posiciones variadas y complejas que han encontrado composición en la opinión del presidente del Tribunal Constitucional,

según el cual "incluso en la actualidad, por lo tanto, una vez más es la Carta Constitucional tal como es, con su conjunto equilibrado de principios, poderes, límites y garantías, derechos, deberes y responsabilidades que ofrecen a las instituciones y a los ciudadanos la brújula necesaria para navegar el alta mar de la emergencia y post-emergencia que nos espera".

Por tanto, la limitación de derechos fundamentales puede tener lugar en el marco de los principios constitucionales y con las garantías que estos establecen; es decir, en cumplimiento de ciertos requisitos, como la transitoriedad de la legislación, su proporcionalidad y razonabilidad con respecto al desarrollo de la pandemia, el respeto del principio de separación de poderes, especialmente en las relaciones entre gobierno y parlamento.

La verificación del cumplimiento de los principios constitucionales encuentra un caso de prueba importante en el respeto, por la legislación de emergencia, del principio de legalidad y de las reservas legales establecidas por la Constitución para garantizar los derechos fundamentales.

La epidemia es un evento de emergencia identificado empíricamente y científicamente probado, que pone en peligro nuestra salud y nuestros hábitos establecidos. Es el alcance extraordinario y transitorio de la emergencia lo que permite severas limitaciones a los derechos fundamentales para delinear el alcance de la legitimidad de las medidas adoptadas (también por eso, el concepto, lleno de presagios nefastos, de "suspensión" de libertades debe evitarse). En este sentido, la proporcionalidad de las medidas no debe evaluarse en abstracto sino en términos concretos, a la luz de la particular situación fáctica que justifica la limitación (en nuestro caso: la virulencia de la epidemia, la extensión del contagio, la estabilidad del sistema de salud, la transitoriedad del evento, etc.).

Es importante la referencia a una intervención del Tribunal Constitucional italiano (N°37 de 2021) sobre la división de poderes legislativos entre el Estado y las

Regiones. En particular, el Tribunal se pronunció sobre la ley regional de una región italiana, el Valle de Aosta, que en diciembre de 2020 adoptó la ley regional 11/2020. Esta ley regía la gestión regional de la emergencia, dictando normas específicas que contrastaban con las disposiciones de la legislación nacional. El presidente del Consejo de Ministros promovió la cuestión de la legitimidad constitucional, principalmente, sobre la referida ley, por la infracción del artículo 117 c. 2 lett. m), q), h) en materia de competencia legislativa exclusiva, así como la violación de los artículos 118 y 120 de la Constitución.

***

Básicamente, según el gobierno, la Región no podía pronunciarse sobre medidas de profilaxis a nivel internacional. Además, afirmó que la ley impugnada estaba en conflicto con el principio de cooperación leal. El Valle de Aosta objetó la inadmisibilidad del recurso con diversos argumentos. Además, sostuvo que el gobierno no podría delegar en Decretos del Presidente del Gobierno, ni siquiera a través del decreto ley, la gestión regulatoria de la emergencia, ya que afecta los derechos de libertad regidos por la reserva de ley. Estos decretos debían ser considerados inaplicables a la Región y sus poderes legislativos no podían comprimirse con una fuente reguladora secundaria. La Región, en su defensa, afirma que la Corte debe "remitirse la cuestión de la legitimidad constitucional de los decretos-leyes que regían el Decreto del Primer Ministro". Como veremos, el Consejo no se pronunciará sobre este aspecto.

Parece necesario aclarar que el Valle de Aosta es una Región con un estatuto especial (artículo 116 de la Constitución), con formas y condiciones especiales de autonomía según el estatuto adoptado por la Ley Constitucional 4/1948.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la ley del Valle de Aosta invadió la competencia estatal exclusiva en la profilaxis internacional en perjuicio del interés público y los derechos de las personas (artículo 117, párrafo 2, letra q) de la Constitución). La Constitución, de hecho, asigna la competencia legislativa en este sector al Estado. La profilaxis internacional incluye todas las medidas para contrarrestar la pandemia o prevenirla. Se trata de las normas que garantizan "uniformidad también en la ejecución, a nivel nacional, de los programas elaborados a nivel internacional y supranacional". La ley que establece el Servicio Nacional de Salud (artículos 6, 7 de la Ley 833/1978) indica que la profilaxis internacional (y la profilaxis de enfermedades infecciosas y difusivas, para las que se imponen medidas de vacunación obligatoria o cuarentena), se encomienda a la competencia del Estado (incluso si el segundo tipo de profilaxis puede delegarse a las regiones).

COVID-19 debe ser considerada una enfermedad pandémica y, como tal, "internacional", debido a la difusividad que la caracteriza. Por tanto, no hay duda sobre el tema de la profilaxis internacional. Además, el Tribunal observa que, ante una enfermedad tan extendida, "razones lógicas más que legales", justifican una disciplina nacional unitaria. De esta forma, se preserva la igualdad de las personas en el ejercicio del derecho fundamental a la salud y se protege el interés de la comunidad. Tras un examen detallado, el Tribunal afirma que "si bien la contribución de la organización regional de salud es fundamental, mediante la cual el Estado puede perseguir sus objetivos, la legislatura estatal tiene derecho a prefigurar todas las medidas necesarias".

El Tribunal Constitucional italiano es el más joven de los órganos constitucionales de la República: "nacido" con la Constitución de 1948, comenzó a funcionar en 1956. Desde el punto de vista de la tradición institucional, no puede, por tanto, resistir la comparación con las Cámaras del Parlamento, ni con el

gobierno ni con el Presidente de la República ("Jefe de Estado", como antes el Rey).

Además, al ser completamente ajeno al esquema de la "separación de poderes" y, en cierto modo, cuestionarlo visiblemente, presenta una fisonomía que se puede trazar sobre todo en negativo, con caracteres y peculiaridades de un tipo diferencial.

La Corte es, de hecho, en primer lugar, un "juez" y, sin embargo, no pertenece al poder judicial; es un órgano de "justicia", pero no estrictamente hablando, de "jurisdicción" (no "dice" la ley, sino que la "juzga"); es, por su propia composición, un organismo "profesional" (competente), pero no "burocrático"; sigue, en sus procesos, formas procesales similares a las de los juicios "comunes", pero con reglas y contenidos que no les son comparables.

***

Considerado desde el punto de vista de las funciones, se puede decir con una gran simplificación, que el Tribunal Constitucional es una "máquina" que produce decisiones. Según la arquitectura formal diseñada por el artículo 134 de la Constitución, las decisiones se refieren a las leyes (estatales y regionales) y los conflictos de atribución entre "poderes del Estado" (es decir, entre "órganos competentes para declarar definitivamente la voluntad del poder al que pertenecen": artículo 37 de la ley N° 87 de 1953) o entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones, así como las acusaciones formuladas contra el Presidente de la República. Como institución de garantía (regida por el Título VI de la segunda parte de la Constitución, dedicado precisamente a las "garantías constitucionales"), la Corte está llamada a juzgar, formalmente, en términos de "legitimidad"; es decir, el cumplimiento de la Constitución de actos y, en ocasiones, de conductas. Y, sin embargo, juzga, sustancialmente, en términos de "compatibilidad"; es decir, en la

congruencia de las opciones legislativas o en el desempeño de funciones con respecto al conjunto de principios y normas de la Constitución. En este sentido, su unión -que no puede implicar valoraciones "de carácter político" ni sobre el "uso de la facultad discrecional del Parlamento"- acaba extendiéndose naturalmente, mucho más allá de los contenidos expresados en los documentos, al ejercicio concreto de competencias; incluso a las omisiones, las lagunas, los silencios, los tiempos o los modos y, sobre todo, la calidad de las intervenciones o la falta de intervenciones.

***

Algunas palabras sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Italia. La primera e históricamente más importante tarea del Tribunal Constitucional es resolver los conflictos "relacionados con la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones" (artículo 134, primera parte, de la Constitución). El Tribunal está llamado a comprobar si los actos legislativos se han conformado con los procedimientos exigidos por la Constitución (denominada constitucionalidad formal) y si su contenido se ajusta a los principios constitucionales (denominada constitucionalidad sustantiva). Por otro lado, los actos normativos considerados subordinados a la ley, como los reglamentos, no están sujetos al control de la Corte, en este sentido: estos actos están sujetos al control de la legitimidad (es decir, al cumplimiento de la ley) llevado a cabo por jueces comunes. Dado que la ley debe ajustarse a la Constitución y los reglamentos deben ajustarse a la ley, esta última también se ajustará a la Constitución, sin necesidad de ser sometida al escrutinio de la Corte Constitucional.

Uno de los problemas más debatidos sobre la función del Tribunal Constitucional como juez de leyes ha sido el de "puerta de entrada" al juicio. Como todo juez en general, el Tribunal no puede decidir de forma autónoma qué asuntos

tratar: es necesario que alguien lo invierta proponiendo un recurso de casación o planteando una duda. ¿Quién puede pedir a la Corte que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley? ¿Cualquier ciudadano, el Jefe de Estado, el gobierno, las minorías parlamentarias, los órganos judiciales? La Constituyente, a la hora de examinar el problema, no lo resolvió, sino que pospuso la solución a una ley constitucional posterior, que fue aprobada en febrero de 1948 (Ley Constitucional Nº 1 de 1948). En el artículo 2 se estableció -sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución que preveía la apelación por parte del gobierno de las leyes autonómicas consideradas en conflicto con la Constitución- que las Regiones también podían impugnar ante el Tribunal Constitucional las leyes del Estado que consideren lesivas de su autonomía garantizada por la Constitución. Ese diseño se ha fusionado ahora con el nuevo texto del artículo 127 de la Constitución, con las enmiendas al Título V de la Parte II, introducidas por la Ley Constitucional N° 3 de 2001.

En tales casos, la sentencia constitucional sirve fundamentalmente para resolver las disputas entre el Estado y las Regiones en los límites de sus respectivas competencias, y por tanto para defender la autonomía de las Regiones de los "ataques" del legislativo estatal, como para presidir el poder legislativo estatal de cualquier abuso de los legisladores regionales. Todo esto tiene lugar en la lógica del Estado "regional", en la que la Constitución divide las competencias entre el Estado y las Regiones, actuando el Tribunal Constitucional como "árbitro" en los litigios relacionados. Pero, sobre todo, la Asamblea Constituyente ha hecho una elección fundamental en cuanto al sistema general de control de la constitucionalidad de las leyes, excluyendo que estas puedan ser impugnadas directamente ante la Corte por cualquier persona, y previendo en cambio que las dudas de constitucionalidad de las leyes solo pueden plantearse con motivo de su aplicación por los tribunales comunes.

La Corte no es un tercer cuerpo legislativo que pueda utilizarse para impugnar o modificar, con una evaluación política de conveniencia, las decisiones tomadas por los representantes electos en el Parlamento. Vigila las "fronteras". Si el legislador permanece dentro de los límites de la Constitución (y los principios constitucionales dejan un gran margen para las opciones del legislador), la Corte no tiene poder para censurar sus evaluaciones, incluso si pueden parecer inadecuadas o defectuosas. Sin embargo, si el legislador traspasa estos límites, le corresponde a la Corte censurar la ley o devolverla dentro de ellos, para evitar que se viole la Constitución.

***

¿Cómo son las decisiones de la Corte? Cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad de una ley, la Corte concluye su sentencia, si la cuestión se encuentra fundada, con una decisión de aceptación, que declara la ilegitimidad constitucional de la ley, o con sentencia de rechazo, que declara infundada la cuestión. Por otro lado, la cuestión puede ser considerada inadmisible cuando faltan los requisitos necesarios para plantearla (por ejemplo, porque el juez no ha señalado el motivo por el cual es relevante en la sentencia que tiene ante sí, o lo ha propuesto de forma contradictoria. vía, o por qué no se trata de un estado de derecho; o, en el caso de recurso directo en disputas entre el Estado y la Región, porque no se ha respetado el plazo de apelación, o también porque la información imprescindible para identificar el objeto de falta la apelación). Este tipo de sentencia no es infrecuente, sobre todo en sentencias incidentales, dado el gran número de cuestiones planteadas por los jueces y la tendencia de estos últimos, en ocasiones, a recurrir al Tribunal Constitucional para plantear problemas que no son estrictamente constitucionales, sino de interpretación simple de la ley.

Otras veces no se llega a la decisión porque entre tanto se han producido algunos cambios legislativos que podrían inutilizar la sentencia de la Corte. En este caso, los documentos se devuelven al juez que planteó la pregunta, para que pueda evaluar, en el nuevo contexto, si vuelve a proponer la pregunta.

Existe otra categoría de "conflictos de atribución" que la Corte está llamada a resolver: son conflictos que surgen entre "poderes del Estado", cuando consideran que los poderes que les asigna la Constitución han sido violados por otro poder del Estado. Dado que la Constitución todavía pretendía garantizar la aplicación imparcial de las normas sobre competencias por parte de un órgano de "arbitraje", incluso estas controversias, que se refieren a la separación de poderes, han sido remitidas a la justicia constitucional.

***

Puede suceder, y ha ocurrido, que surja un conflicto, por ejemplo, entre un órgano judicial y una cámara parlamentaria, respecto a la aplicación de una inmunidad garantizada a los parlamentarios por la Constitución; entre el Ministro de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura en cuanto a sus respectivas competencias en materia de magistrados; entre el Gobierno y un fiscal sobre la aplicación de secretos de Estado; entre un ministro y la cámara parlamentaria que ha votado una moción de censura en su contra; entre los promotores de un referéndum derogatorio y la Oficina del Tribunal de Casación que verifica la regularidad de los procedimientos de referéndum.

Incluso el Tribunal Constitucional puede entrar en conflicto con otro órgano cuando se impugnan sus propias atribuciones: en este caso, en ausencia de un tercer "árbitro", el Tribunal Constitucional asume simultáneamente el papel de parte y juez del conflicto.

Todo ello demuestra el papel encomendado al Tribunal constitucional, que actúa como juez, integrado por personas con formación técnica, elegidas específicamente para esta función, en su mayoría elegidas por el Parlamento u otras instituciones supremas del Estado, que no pueden ser revocadas hasta el final de su mandato e independiente de los poderes propiamente políticos. A esta institución se le encomendó la tarea de verificar la constitucionalidad de las leyes y cancelarlas si eran inconstitucionales. Así nació la "jurisdicción" constitucional: una actividad de tipo judicial por la naturaleza de los procedimientos utilizados, y no política, sino que garantiza las normas constitucionales; una actividad, sin embargo, también cercana e interferencia con las instituciones políticas que ejercen el poder legislativo.

La justicia constitucional no es un "negocio" de iniciados, sino una de las instituciones fundamentales a través de las cuales se organiza y gobierna la sociedad democrática. Por tanto, concierne a todos los ciudadanos.

"Ley viva" o *"diritto vivente*" es una frase utilizada en diferentes contextos y con diferentes significados, para indicar, en pocas palabras y con la inexactitud que esto hace inevitable, la *communis opinio* que maduró en jurisprudencia y doctrina sobre el significado normativo que debe atribuirse a una determinada disposición. Según la doctrina imperante, "la reflexión realizada por el Tribunal Constitucional con su jurisprudencia ha reconocido expresamente su valor como derecho vivo".

Por estas razones, los juristas italianos están muy agradecidos a este organismo, a su labor de defensa de los principios constitucionales y árbitro de las leyes.

Actualidad y perspectivas del control de convencionalidad de las leyes

María Gabriela Ábalos [1]

Desarrollaré los principales lineamientos del control de convencionalidad. Mostraré el tema a partir de tres ejes centrales. El primero, tiene que ver con el análisis de la vinculación entre las normas jurídicas de nuestro sistema y el ingreso de instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos. El segundo eje, referido al análisis del control de constitucionalidad local y la evolución de sus características. Finalmente vincularé estos aspectos con los lineamientos del control de convencionalidad a partir de la interpretación jurisprudencial tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se busca concluir con el enunciado de criterios que sirvan a los operadores del derecho en general y en particular a quienes estamos dentro del Poder Judicial para que hagan efectivo dichos controles.

El primer punto es cómo ingresan los instrumentos internacionales en el derecho argentino; pensar en nuestro texto constitucional de 1853 supone hablar de un texto que es fruto de su época; que tiene una influencia importantísima del constitucionalismo clásico, y que responde a un pensamiento liberal burgués donde los postulados fundamentales son los de constitución escrita, suprema, rígida, en cuyo contexto los instrumentos internacionales que estaban indicados se encontraban en inferioridad por debajo de la Constitución nacional (arts. 31, 27 y 28 CN). De ahí que en esta configuración del Siglo XIX los tratados tenían jerarquía

[1] Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y Magister en Magistratura y Gestión Judicial. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza.

infra constitucional, es decir por debajo del texto constitucional.

Hay algunos hitos claros a tener en cuenta en el cambio que se va gestando. Por ejemplo, en 1972 cuando la Argentina ratifica la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados, en función de cuyo art. 27 no podrá un estado invocar normas de derecho interno o la ausencia de las mismas para poder fundamentar el incumplimiento de un tratado. De ahí que a partir de ese momento cambió la jerarquía de los tratados que pasan a tener, en el derecho argentino, a partir de este artículo 27, una jerarquía superior a las leyes, aunque la Constitución siguiese diciendo lo mismo en sus artículos 27 y 31.

Y otro elemento fundamental fue cuando la Argentina ratifica en 1984 la Convención Americana de Derechos Humanos que además de contener una formulación que obliga a los Estados partes a respetar los derechos que rigen de esa Convención, expresamente en el artículo 2 compromete a los Estados a que, mediante cualquier herramienta legal de su ordenamiento, adopte las medidas necesarias para garantizar los derechos de esos tratados, visualizando así que ya sea mediante herramientas legislativas o de otro carácter, se compromete en el respeto de los derechos de esa Convención. De esta manera, los instrumentos internacionales van a tener a partir de ese momento jerarquía superior a las leyes. Lo referido obtuvo acogida jurisprudencial en el caso Ekmekdjian contra Sofovich de 1992, donde la Corte Federal interpreta que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y que los derechos que surgen de ellos tienen plena operatividad.

En línea con lo expuesto, la reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 expresamente incorpora instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el inciso 22 del artículo 75, los dota de jerarquía constitucional y permite que se incorporen otros con esa misma jerarquía con un trámite particular: el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara. Visualicemos

entonces que a partir de 1994 se produce un cambio en el sistema de fuentes en el derecho argentino por el cual ya no es la Constitución la que ocupa esa cúspide en la pirámide de Kelsen, sino que también va a estar acompañada por instrumentos internacionales sobre derechos humanos expresamente indicados en el texto constitucional y los que posteriormente se incorporen, que actualmente suman tres más.

Esto supone abrir un abanico interpretativo muy interesante en el derecho argentino. Una posición, liderada por German Bidart Campos, plantea la interpretación del bloque de constitucionalidad seguido por fallos emblemáticos de la Corte Federal argentina que se pronuncian por la posición del bloque, en virtud de lo cual se interpreta el artículo 75 inciso 22 en términos de entender que la delantera del ordenamiento jurídico está conformada por la Constitución más estos instrumentos internacionales, en una interpretación que no permita encontrar ningún tipo de discordancia entre los mismos. Mientras que otra posición sostenida por Gregorio Badeni a la cual adscribe Horacio Rosatti, entiende que en el supuesto en que exista alguna contradicción entre los instrumentos internacionales y la Constitución Nacional, es esta la que prevalece como norma suprema. Ello así porque esos instrumentos internacionales ingresan en las condiciones de su vigencia, como complementarios de los artículos de la primera parte de la Constitución; lo que supone en esta posición, la defensa de los principales derechos públicos mencionados por el texto constitucional a la hora de aprobar un tratado.

Estas dos posiciones nos traen herramientas interpretativas muy importantes que nos van a servir para explicar el control de convencionalidad. En primer lugar, de la tesis del bloque de constitucionalidad se extrae la supremacía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos versus la posición de la constitucional nacional como suprema; en segundo lugar, para la tesis del bloque, los principios del derecho internacional tendrían primacía por sobre los

principios de derecho público argentino, sostenidos en la segunda posición y a su vez aparecería en tercer lugar, como consecuencia interpretativa, la aplicación irrestricta del derecho internacional versus la defensa de un margen de apreciación nacional en la segunda posición.

***

Con relación al control de constitucionalidad, la interpretación jurisprudencial que adoptó nuestra Corte Federal desde el caso Domingo Mendoza de 1865, fue receptiva de los parámetros de la jurisprudencia norteamericana desde 1803 en el caso Marbury. De forma tal que nuestro control se fue configurando sobre la base de ser un control judicial, difuso, efectuado en una causa, litigio o pleito y no en abstracto, a pedido de parte y teniendo como efecto la no aplicación de la norma en el caso concreto sin producir la derogación de la misma.

Algunas de estas características se han ido modificando por obra pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por ejemplo el pedido de parte fue mutando hacia el control de oficio, así como también, la no aplicación de la norma en los casos concretos hacia el efecto derogatorio de la misma.

Por su parte, el control de convencionalidad, es también una creación pretoriana que va tomando forma a partir de unos treinta o cuarenta fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que van confirmando sus características. Estamos hablando de una creación que tiene muchos menos años que el control de constitucionalidad, porque, así como el caso Marbury de 1803 nos marca un hito de nacimiento, recién es en el año 2006 donde la Corte Interamericana da cabida al control de convencionalidad. En cuanto a sus características, en primer lugar, se plantea en sus orígenes como control judicial y difuso. Con el andar de otros fallos interamericanos, va mutando y aparece como

una exigencia para las demás autoridades públicas. En segundo lugar, se destaca que supone la compatibilización entre las normas de derecho interno y el texto de la Convención Americana de DDHH más la interpretación que de ese texto haga la Corte Interamericana, es decir, no solamente el articulado sino también el precedente, o sea la interpretación que hacen los órganos del sistema interamericano. En tercer lugar, el control es habilitado de oficio, sin perjuicio del impulso de parte. En cuarto lugar, este control tiene un efecto destructivo, es decir, invalida la norma en el caso concreto, por lo que cuando se lleva a cabo y se advierte que una norma no se ajusta al texto de la Convención más la interpretación de la Corte, esa norma carecerá de efectos desde el comienzo. Pero también tienen un efecto constructivo que exige a los operadores jurídicos la construcción de normas a la luz de dicha interpretación para evitar la judicialización y que luego tenga que hacerse un control destructivo de las normas.

***

Otro elemento importante a destacar es el efecto de la cosa interpretada y la cosa juzgada; es decir cómo va a impactar la decisión interamericana en este control de convencionalidad. Y acá se abren dos perspectivas muy interesantes. Cuando se trata de la cosa juzgada, se exige abiertamente el cumplimiento obligado y sin restricciones por parte del Estado condenado. Mientras que, frente a la cosa interpretada, es decir la decisión interamericana respecto de los demás Estados parte del sistema que no han intervenido en el litigio internacional, debe ser considerada como pauta de interpretación de la Convención, sirviendo para los demás Estados a la hora de aplicar un artículo convencional.

Ahora bien, se puede trazar un paralelo entre el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad nacional; para ello, habría que replantearse

quién realiza el control de constitucionalidad y convencionalidad destructivo y constructivo. Queda claro que tanto uno como otro, suponen la intervención de todas las autoridades públicas en la realización del control constructivo; es decir, cualquier órgano del Estado argentino debe emitir normas que se ajusten a la Constitución Nacional y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La duda se genera en el control de constitucionalidad y convencionalidad en su ejercicio con efecto destructivo en el sentido de inaplicar una norma y/o derogarla. Aquí se dividen las aguas porque en el control de constitucionalidad no pueden las demás autoridades públicas inaplicar una norma o invalidarla. La división de poderes impide que las demás autoridades públicas y/o los jueces en un efecto invalidador de la norma, lleven a cabo una función legislativa negativa.

Asimismo, en cuanto a la modalidad de ejercicio de estos controles, los precedentes de la Corte Federal han ido habilitando el control de oficio y en este sentido hay asimilación con el control de convencionalidad, pero siempre en una causa judicial y respetando las normas procesales.

***

Con relación a los efectos de estos dos controles queda claro en el derecho argentino que el control de constitucionalidad produce como efecto la no aplicación de la norma en el caso, es decir, no se deroga la norma en el ámbito judicial, ello dejando a salvo algunos casos así resueltos por la Corte Federal.

Mientras que el planteo convencional a la luz de la interpretación interamericana conlleva la derogación de la norma, lo cual no puede asimilarse al control de constitucionalidad local. De esta forma, no podría el control de convencionalidad exigirle al juez local lo que este no puede hacer en el ejercicio del

control de constitucionalidad nacional.

Me sumo a la corriente que entiende que el control de constitucionalidad local debe enriquecerse con la convencionalidad y que los jueces realizando control de constitucionalidad están obligados a enriquecer ese planteo con la convencionalidad, de forma tal que no debería haber más declaraciones de inconstitucionalidad sin la lectura convencional enriquecedora.

Los desafíos que suponen los lineamientos convencionales en el derecho argentino se centran por un lado, en la necesaria armonización de los dos controles, buscando una interpretación conforme, no solo de la Constitución Nacional sino de todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y por otro, en la apertura hacia el diálogo jurisprudencial en dos niveles, desde la Corte Interamericana hacia la Corte argentina y el diálogo necesario entre la Corte Federal argentina y los tribunales superiores de provincia. De forma tal que la Corte Nacional en el diálogo interamericano, obtenga la respuesta interamericana respetando los principios del derecho público argentino y, por su parte, la Corte argentina mirando a los tribunales supremos de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenga la misma apertura al diálogo, así a la hora de tener que resolver sobre la interpretación de una norma provincial priorice la interpretación del Superior Tribunal como el intérprete último de las normas provinciales, de forma tal que esta apertura dialógica tenga a la Corte Federal en un doble orden, hacia lo interamericano con absoluto respeto a las provincias.

Control de constitucionalidad ¿de oficio o a pedido de parte? Estado de la cuestión

Leandro Safi [1]

I- Introducción

El tópico que se me asignó para este desarrollo, probablemente sea uno de los más polémicos y actuales dentro de la temática general del control de constitucionalidad de las leyes[2], entre otras cosas, porque además de tensar como pocos los principios fundamentales de la Constitución, todavía carece de un marco teórico que le otorgue previsibilidad a su funcionamiento, siendo que la propia CSJN ha mostrado sus oscilaciones en el tema, sus tesis y sus antítesis, hallándose en busca de una síntesis, que enderece un camino, tal como lo requieren otros tantos temas del derecho constitucional moderno: me refiero al control constitucional "de oficio".

Aclaro que también voy a aludir a este tópico bajo el título alternativo de la declaración de inconstitucionalidad de oficio (resumido en la sigla DIO), englobando

[1] Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Procesal Profundizado por la Universidad Notarial Argentina. Secretario Letrado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Subdirector del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de La Plata. Profesor de Derecho Procesal Civil en la carrera de abogacía de la UNLP. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal en la UNLP. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Especialización en Derecho Procesal Profundizado en la Universidad Notarial Argentina. Profesor Invitado en la Especialización en Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires. Autor de numerosos libros y artículos.

[2] Aclaro que, si bien la base estructural del presente trabajo responde al contenido de la exposición que -bajo el mismo título- brindara en el Instituto de Estudios Judiciales de la SCBA (con fecha 17/06/21), en la revisión de ese material y en la elaboración de estas líneas me permití hacer agregados, modificaciones y citas para tratar de enriquecer la presentación del texto por escrito, aprovechando también las ideas de algunos trabajos míos ya publicados y de otros que están en vías de publicación.

bajo este rótulo a la facultad que se atribuyen los jueces de controlar por su propia iniciativa, sin que nadie se lo pida, la validez de las leyes, y de tachar *motu proprio*, sin contrapunto de nadie, las que consideren contrarias a la Constitución (fin teórico), con el objetivo final de poder liberarse de esas amarras normativas y de decidir el caso con la mayor discrecionalidad, según su exclusivo arbitrio (fin práctico); motivación esta última que suele pesar más que la otra, en especial cuando se revela que la tacha no estaba requerida por una clara antinomia normativa (causa), sino más enfocada hacia el sentido de la decisión buscada (efecto).

Como es sabido, si ya la posibilidad de la tacha legal "a pedido de parte" es un recurso extremo, un acto de suma gravedad, una anomalía del sistema, la última ratio del ordenamiento, por el quiebre normativo que supone, cuánto más anómala será la posibilidad de ejercer esa tacha de las leyes sin contar siquiera con un pedido de parte, sin esa intervención dialéctica previa, en forma unilateral e intempestiva, "de oficio", a sola voluntad de los jueces, que supuestamente eran los encargados de obedecerlas, siendo que esto permite acumular en una misma persona un inmenso poder, el doble rol de impugnador y decisor, juez y parte, legislador y magistrado, permitiendo todo ello a los jueces salirse de los reglamentos y resolver los casos por las suyas, cuando ellos lo consideren, sin freno o contrapeso, abriéndose paso así a la mayor discrecionalidad decisoria, con todo lo que ello implica en riesgo para la tutela de los derechos amparados en aquellas leyes y la vigencia del ordenamiento, habiendo sido las propias Cortes las que vacilaron en el tema, con criterios divergentes, a sabiendas de los problemas implicados en la materia, resultando necesario tener un marco teórico más claro, que establezca límites concretos con los cuales poder controlar la corrección de lo resuelto.

Mi ponencia bien podría llamarse directamente así, límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, siendo que, al no estar ya en duda que las Cortes han reconocido la facultad de los jueces de ejercer oficiosamente esa tacha legal (DIO), el desafío ahora pasa por establecer en qué casos y con qué límites esa facultad podría ser ejercida, para que no se caiga en la idea de que las partes han quedado sin el amparo firme de la ley, a merced de la discrecionalidad de los jueces, de que el juez está por encima de la ley y/o de que el ordenamiento rige a beneficio de inventario de los jueces.

Mi intención sería dividir esta presentación en cuatro partes. Primero, me gustaría hablar de la necesidad del establecimiento de un marco teórico para el tema. En segundo lugar, querría enfatizar las implicancias que tiene esta herramienta, en especial desde la mirada de los litigantes que deben afrontar un caso concreto. En tercer lugar, cumpliría en hacer un repaso de la evolución jurisprudencial del tema en la CSJN. Por último, querría reproducir un decálogo de límites que razonablemente se puede ir decantando en torno a esta problemática[3]; en relación a lo cual adelanto que hay un fallo reciente de la SCBA (Necotrans), con voto de los Dres. De Lázzari y Soria, que refleja un contrapunto argumental muy enriquecedor en el tema[4].

II- Necesidad de un marco teórico

1) Empiezo por la necesidad general de establecer un marco teórico.

Si uno tuviera que elegir una palabra para describir la vivencia que el operador jurídico y el hombre de a pie tienen respecto del Derecho, yo creo que esa palabra sería: "perplejidad" [5].

[3] Ver SAFI, Leandro K, "Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio", LL. 2018-A-714.
[4] Ver SCBA, A-73.474, "Fisco de la Provincia de Bs. As. c/ Necotrans S.A y otros", s. 25/02/2021.
[5] Notamos que la CSJN utiliza este término para exigir coherencia jurídica y de evitar el desconcierto que se produce en el litigante frente al cambio sorpresivo de criterios dentro del marco de un proceso (cfr. Fallos 307:146; 327:931; 341:536; 344:3156).

El Derecho se ha transformado, paradójicamente, en algo inestable, zigzagueante y hasta torcido, contra el sentido (ontológico) primario de su establecimiento, cual sería, como su nombre lo indica, el de servir de regla clara con la cual trazar comportamientos rectos, para guiar el sentido de las conductas, a fin de evitar o resolver los conflictos que se nos presentan.

Y esta falta de previsión, favorecedora de la anomia colectiva y del estado de conflictividad social subyacente, estrechamente ligados a las condiciones de -subdesarrollo[6], responde al hecho de que –entre otras cosas- sobran casuismos y faltan marcos teóricos de referencia[7], con los cuales desempatar objetivamente controversias y poner fin al vértigo de las interpretaciones.

Frente a esta perplejidad, se vuelve necesario recuperar marcos normativos que fijen de antemano las reglas de juego, permitan encuadrar las conductas y resolver criteriosamente los problemas concretos que se nos presentan. Necesitamos librarnos del casuismo judicial errático e inagotable, así como del estado de zozobra permanente (mal celebrado como dúctil[8]), para volver a tener pautas claras de conducta que puedan ser entendidas por todos y nos permitan llegar a los objetivos que nos proponemos, dando seguridad y previsibilidad a los comportamientos, por reflejar una dimensión de concordancia intersubjetiva a la cual remitirnos para poner fin al laberinto de las argumentaciones.

De lo contrario, seguiremos embarcados en una suerte de "rapsodia bohemia", librada a la improvisación de cada intérprete, en donde todo vale y nadie sabe bien a qué atenerse, siendo todo ello favorecedor de un estado de anarquía, que, so pretexto de mayor equidad, nos devuelve a un estadio

[6] Ver NINO, Carlos, "Un país al margen de la ley", Ariel, 2005.
[7] La doctrina ha dicho: *"...el orden jurídico argentino ... hoy no puede ser considerado un sistema, sino, tan sólo, una fábrica de decisiones...*(judiciales)" (cfr. MAIER, Julio, "¿Orden o desorden jurídico?, Página 12, 21/06/2013.
[8] Ver el libro de ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil", Trotta, 2019, p. 152. En contra ver GARCÍA AMADO, Juan A., "¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", Anuario de Filosofía del Derecho XIII (1996), 65-85 y LOPEZ DE OÑATE, Flavio, "La certeza del derecho", Olejnik, p. 2017, p. 127.

primitivo (pre-normativo), de justicia patriarcal y de ley del más fuerte [9]. Claro, como dice la doctrina, si el Derecho ya no es respetado, si la ley no se respeta ni siquiera por quienes tienen el deber de custodiarla, entonces ya no hay motivo razonable para que se respete por cualquiera, ni tampoco por la comunidad entera, siendo éste el "pasivo oculto" de toda decisión *contra legem*[10], a saber: que el apartamiento legal es contagioso y tiende a retroalimentarse, colocándonos a todos al margen de la ley, debilitándonos como ciudadanos y exponiéndonos a sufrir arbitrariedades[11].

La necesidad del respeto criterioso a los marcos normativos, amén de ser un presupuesto básico inherente a lo social (*nemo societas sine iure*) [12], es una garantía fundamental para la tutela de todos los ciudadanos, cuyos derechos se verían reducidos a la nada, si se ignoraran las leyes que los sostienen[13]. Así es que el principio de legalidad, que es un deber para las autoridades, es correlativamente un derecho de las personas, el derecho a la no arbitrariedad de trato, el derecho a que se respeten los reglamentos, a la previsibilidad y la certeza, a la imparcialidad de criterio, debiendo recordarse que si bien nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de las leyes hacia adelante, respecto de conductas futuras, sí existe un derecho al mantenimiento de las leyes hacia atrás, a que se respeten los marcos normativos que rigieron las conductas pasadas, para que no se alteren las reglas

[9] La libertad que a veces reivindican los jueces no representa equidad sino arbitrariedad, la voluntad de querer hacer prevalecer sus ideas y prejuicios por sobre la norma (cfr. FUCITO, Felipe, "Sociología del derecho", Ed. Universidad, 1993, p. 54, 61).

[10] Cfr. LOPEZ DE OÑATE, ob. cit., p. 139; NINO, ob. cit., p. 128/129, 250.

[11] Cfr. NINO, ob. cit., p. 88/89, 128/129, 250. Sólo si las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento se aplican efectivamente, los ciudadanos tendrán motivos para actuar conforme a lo prescripto por el Derecho, y podrá este cumplir su función de mecanismo para evitar y resolver de conflictos, de lo contrario reinará todo vale y se alentará la generación de los litigios (cfr. Ferrer Beltrán Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba casi-Benthamiana", en VAZQUEZ ROJAS Carmen, Coord., "Estándares de prueba y prueba científica", Marcial Pons, 2013, p. 21/39).

[12] O, como dice la doctrina *"Ubi societas ibi jus"* (cfr. LOPEZ DE OÑATE, ob. cit., p. 125; NINO, ob. cit., p. 8 y 35).

[13] Como se enseña desde CICERON, puesto que todos nuestros derechos dependen de la ley, no cometamos el error de apartarnos de las leyes (cfr. LOPEZ DE OÑATE, ob. cit., p. 78). Si no hay ley que no sea derrotable, ya no tendremos ni un solo derecho seguro, porque podrá ser derrotado (podrá ser derrotada la norma que lo recoge), quedando todos así a merced del arbitrio de los tribunales (cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista", MORA SIFUENTES, Francisco, "Ciencia Jurídica", Guanajuato, 10, año 5, 10, p. 268/269).

de juego por las que se dejaron llevar las personas al tomar sus decisiones, porque eso no sería válido; no es válido juzgar el pasado con aplicación de reglas nuevas, ni hacer valer los cambios normativos en forma retroactiva.

Sin ese respeto de los marcos normativos predispuestos, el derecho se terminaría transformando en un mero juego de jueces[14], y el proceso judicial en un puro simulacro o una burda farsa[15], porque no funcionarían como garantía estatal para el cumplimiento de las leyes, con apego por la solución prevista en esas normas (ex ante) [16], sino como el medio para que el intérprete realice su voluntad en cada caso concreto, de acuerdo a su particular sentido de equidad y justicia (ex post) [17].

Entonces, para precavernos de todo eso, necesitamos reglas claras de juego, que tienen una importancia fundamental antes, durante y después del conflicto. Antes, las reglas nos dicen a qué debemos atenernos en nuestras relaciones y comportamientos, dando sentido a nuestra idea de responsabilidad (*lex praevia*), y a la existencia misma de un ordenamiento jurídico[18]; resultando que en un contexto social de respeto normativo se reducen los conflictos y se inhibe la generación de litigiosidad innecesaria, toda vez que quien sabe de antemano que su reclamo por ley no tendrá suerte, no se expone a juicio para no sufrir una derrota[19]. Durante el litigio, las reglas de juego nos permiten establecer estrategias de comportamientos, saber cómo defender nuestros derechos y qué esperar de ese juicio. Al final del proceso, las reglas disciplinan el contenido de las sentencias, achicando discrecionalidades judiciales y permitiendo controlar la corrección de lo resuelto, a través de un cotejo imparcial entre la sentencia y la solución de la norma, para

[14] Ver CHAUMET, Mario - MEROI, Andrea, "¿Es el derecho un juego de los jueces?, LA LEY 18/06/2008
[15] Ver SATTA, Salvatore, "Il misterio del processo", Riv. Dir. Proc. 1949, t. I, ps. 277-278.
[16] Ver CHIOVENDA, José, "Principios de derecho procesal civil", Reus, 1922, t. I, p. 83.
[17] Ver KENNEDY, Duncan, ""Izquierda y derecho", Ed. Siglo XXI, 2013, ps. 16-17, 20, 30, 48, 90-96.
[18] Ver RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 224/225.
[19] Ver SCHAUER, Frederick, "Pensar como un abogado", Marcial Pons, 2013, p. 29, 37/38.

saber si existe correspondencia y si la decisión ha sido dictada conforme a Derecho[20].

Toda esta explicación revela la importancia que tiene el apego criterioso por los marcos normativos, debiendo ello hacer difícil el apartamiento de las reglas al momento de la resolución de los conflictos, en especial cuando es el propio juez –custodio de la ley- el que pretende alzarse contra ella, sin que nadie se lo pida y en indefensión de las partes, para tachar de oficio las que se opongan a su propio criterio, como quien se quita de encima las normas que le estorban la solución que ya tiene predispuesta, potestad que, por implicar riesgo a la legalidad, la imparcialidad y la defensa en juicio, requiere que en sí misma sea limitada dentro de un marco regulativo severo.

2) Las razones que anteceden permiten comprender que la llamada declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes (DIO) no puede funcionar en el aire, de manera discrecional y desregulada, como una especie de piedra libre decisoria de los magistrados, resultando imperioso encontrar una metodología de actuación que ponga marcos, reglas y límites, brindando herramientas a los litigantes para contrarrestar una potestad judicial contra-legislativa que, aun bienintencionada, puede causar daños a las instituciones y al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, afectando aún más la ya desprestigiada imagen del servicio de justicia.

Cabe agregar que ese marco teórico, que pudiera señalarnos cuándo está bien y cuándo está mal ejercida la DIO, también nos estaría diciendo que el eventual ejercicio inadecuado del control constitucional de oficio, aún bajo el pretexto de salvaguardar la Constitución, paradójicamente podría llegar a violentarla, toda vez que el juez que ejerce esa poderosa herramienta de tachar las leyes que tenía por

[20] Ver SAFI, Leandro, "Límites…", ob. cit.; ver también "La fuga facilitadora hacia los principios generales", SJA 16/12/2020.

misión respetar, además de colocarse por encima de la legalidad, estaría asaltando a las partes con un cambio sorpresivo de las reglas a último momento.

Así es que, debe evitarse el ejercicio inconstitucional del control constitucional de oficio.

La necesidad de pregonar el respeto criterioso por los marcos normativos, incluso de aquellos que señalen límites para el ejercicio excepcional de la tacha constitucional de oficio, tiene que ver con un escrúpulo de justicia y previsión contenido en una frase que vengo repitiendo y que señala que *"no se le puede cambiar a las partes las reglas por las que se dejaron llevar al momento de litigar".* Las partes deben tener en claro antes de empezar el juicio cuáles van a ser las normas que se van a aplicar al conflicto, porque de otra forma estarían expuestas a la manipulación y a la emboscada, a un juego de sorpresas que haría de ese juicio un puro simulacro o una burda farsa[21].

Lo repetimos, no debiera poder cambiárseles fácilmente a las partes las reglas de juego por las que se dejaron llevar al momento de litigar; en especial cuando ellas pacíficamente las aceptaron como válidas para la tutela de sus derechos disponibles, eso hace a una prerrogativa fundamental del ciudadano inherente al Estado de Derecho, de raíz convencional y constitucional; el derecho fundamental a la legalidad de trato, la imparcialidad judicial, la previsibilidad de los comportamientos y la garantía de la defensa en juicio (art. 17, 18 y 19 CN) [22].

Y acá viene otra frase que complementa la anteriormente expuesta, y es la que dice que *"la regla que resuelve un caso no puede aparecer de la nada al final del proceso, por la voluntad bienintencionada del juez que decida crearla a ese momento, porque las partes debieron conocer de antemano esa regla, porque debieron poder ajustar su comportamiento a ella, porque no pueden ser juzgadas con la vara de una*

[21] Ver SAFI, "Límites…", ob. cit.
[22] Ver CIDH, caso 10.194, "Narciso Palacios c. Argentina", Informe 105/99, i. 29/09/1999, cons. 48, 59, 60 y ss.

regla posterior aplicada en forma retroactiva, porque nadie puede ser condenado por una obligación que no sabía que tenía" [23].

Lo que antecede pretende explicar el porqué de conservar una mirada restrictiva en el tema del control constitucional de oficio, y de reglamentar cuándo, cómo y con qué límites podría ser excepcionalmente ejercida esa facultad, toda vez que la habilitación de esa potestad de tacha legal no puede significar que el juez se ponga por encima de la ley, y se libere a voluntad de las normas que no le gusten, porque de permitirse semejante privilegio se llegaría a un nivel de decisionismo judicial, en donde *"con ley, sin ley o contra ley los jueces terminarían haciendo su voluntad"*, cayéndose así en la superfluidad del derecho y en un servicio primitivo de justicia.

III- Tensiones subyacentes a la DIO

Vamos al tema de las tensiones subyacentes implicadas en el ejercicio de la DIO.

Las tensiones que se generan por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de oficio por parte del juez son de dos (2) tipos: horizontal y vertical. Horizontal, en la relación entre el juez y los otros poderes del Estado. Vertical, en la relación entre el juez y las partes del litigio.

A nivel **horizontal**, la tensión se percibe clara no bien se advierte que, el juez que se lanza a controlar "de oficio" la constitucionalidad del obrar de los otros poderes del Estado, por las suyas, sin que nadie se lo pida, sin tener el permiso previo de un pedido de parte interesada, "de prepo", arrogándose una suerte de súper-competencia judicial de fiscalización permanente, ejerciendo una especie de monitoreo constitucional constante y *"una amorfa supervisión general de la actividad*

[23] Ver SAFI, "Límites…", ob. cit.

del gobierno" [24], so pretexto de un *iura novit curia* supra-legal malentendido, a la manera elitista y paternalista de quien se cree más que los otros, inevitablemente desequilibra la relación equidistante entre los tres (3) poderes del Estado[25], pues se insubordina a la ley y se coloca por encima de las otras autoridades, invadiendo zonas exentas, generando mayores fricciones políticas que las que se habrían provocado de respetarse el "freno" de no poder controlarlas mientras no existiera pedido expreso de parte (*self-restraint*), resultando que la falta de este último filtro y permiso aumenta las posibilidades de conflictos en aquellas relaciones institucionales[26], por violación a los principios democráticos y republicanos de legalidad y división de poderes, que estaban preservados por la lógica del control pero con pedido previo de parte (art. 1, 2, 17 CN)[27].

Es intuitivo que con la tacha de oficio el Poder Judicial amplía su imperio y zona de influencia sobre la actuación de las otras autoridades, pues puede avanzar con la invalidación de sus actos aun sin pedido de parte, viéndose correlativamente esos otros poderes disminuidos en sus potestades constitucionales, porque se ven controlados y desautorizados allí donde antes no lo estaban.

A nivel **vertical**, el control de oficio también tensa la relación entre el juez y

[24] Cfr. Fallos 321:1252.

[25] *"Es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de 'poder' la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración"*; *"Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional"* (cfr. CSJN, "Ganadera Los Lagos", s. 30/06/1941, Fallos 190:142).

[26] *"Como dice Cooley …* (para ejercer el control) *…es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puestas en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del Gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos"* (cfr. Fallos 190:142 –el subrayado se agrega-).

[27] Creemos –como veremos- que es una falacia el argumento por el que se señala que, si no se viola la división de poderes con el control a pedido de partes, entonces tampoco se lo viola con el control de oficio, porque esta ligera asociación pierde de vista que la diferencia en la modalidad de ejercicio, con o sin petición de parte, con o sin ese permiso previo, hace que sea más o menos recatado ese control, y por añadidura que sea menos o más invasivo para con las otras autoridades, resultando así que el control de oficio, al ensanchar las posibilidades de fiscalización judicial, reduce el espacio de incumbencias exento y privativo de las otras autoridades, con notorio aumento del poder de los jueces en asuntos de gobierno, en detrimento de las otras.

los litigantes del pleito, con grave riesgo para las garantías constitucionales implicadas en todo proceso, porque el magistrado que se lanza por sí solo, sin que nadie se lo pida, "de comedido", a tachar a último momento la validez de la ley pacíficamente aceptada como aplicable al caso concreto, alterándole a las partes las reglas por las que se dejaron llevar al momento de litigar, no sólo introduce una mutación sorpresiva e incongruente del marco reglamentario del debate, en violación a la buena fe, el debido proceso y el derecho de defensa, sino que también incurriría en una suerte de paternalismo impropio, confundiendo el rol de juez y parte, poniéndose en el lugar de una de ellas, subrogándose en el cumplimiento de la carga procesal que debió ser ejercida por el propio interesado, con el objeto de alterar la solución legal del caso a su arbitrio, a fin de favorecer –*contra legem*- a una de las partes en detrimento de la otra, con arrebato de los resultados que venían prestablecidos por el ordenamiento jurídico, todo lo cual además de atentar contra la legalidad, la propiedad, la reserva y el principio dispositivo, rompe el equilibrio de partes, la igualdad y la imparcialidad del juicio, vivenciándose todo ello como un acto de intolerable injusticia que perjudica la imagen de la prestación del servicio (art. 17, 18 y 19 CN).

En general, suele analizarse la cuestión de la DIO, dándose prioridad a la relación institucional entre el juez y la ley, antes que a la relación procedimental entre el juez y las partes.

Por eso es importante subrayar aquí el cimbronazo antirreglamentario que se vivencia dentro del marco interno de un proceso, desde la mirada de los litigantes, cuando es el juez, que se supone está allí para respetar y hacer respetar la ley aplicando imparcialmente lo previsto por las normas para el caso concreto, el que decide a último momento y por las suyas levantarse en contra de esas normas, pacíficamente aceptadas por las partes, alterando por su cuenta esas reglas de juego, so pretexto de corregir un vicio que nadie había percibido, del que nadie se

había agraviado y del que nadie tuvo ocasión de defenderse, para invertir el resultado del juicio a su arbitrio, arrebatándole la victoria a quien por ley la merecía y otorgándosela al otro, siendo ello equivalente -para la parte que lo sufre- a un verdadero "golpe bajo" sorpresivo, proveniente de quien menos se lo esperaba: el árbitro.

Como ya dijimos, no puede ser tan fácil para los jueces salirse así de las reglas de juego predispuestas, en las que confiaron las partes al involucrarse en un caso, porque *"eso no es un juego limpio"* [28], eso "es poco serio", es otra forma de hacer trampa, una "burla" a la justicia más que la realización de la misma[29], un arbitrio subjetivo que abre paso al decisionismo judicial, la pura discrecionalidad y hasta los móviles *non sanctos*[30], alentando la anomia y el descrédito general hacia el servicio respectivo, una injusticia patente que invalida la supuesta justicia de fondo que pretendió alcanzarse a través de esa emboscada, revelándose que *"tampoco en el derecho el fin justifica los medios"* [31], que no puede buscarse la justicia a través de una injusticia, siendo todo ello más grave cuando esa fuga responde al obrar unilateral del juez, sin pedido de las partes, porque eso importa un abuso de poder, revelando la manipulación institucional del ordenamiento y la parcialidad predispuesta del magistrado.

En este sentido, es importante recordar que la propia Corte IDH ha señalado que las partes de un juicio tienen derecho a que se respeten las reglas de juego por las que se dejaron llevar al momento de litigar, resultando que el cambio drástico

[28] Ver WALDRON, Jeremy, "Contra el gobierno de los jueces", Siglo XXI, 2018, p. 28.
[29] Ver IHERING, Rudolf, "La lucha por el derecho", Heliasta, 1993, p. 55; LOPEZ DE OÑATE, ob. cit., p. 144.
[30] Cfr. WEBER, Max, "Economía y sociedad", Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 181.
[31] Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil", Parte General, LexisNexis, 2007, t. I, p. 111. Sin puritanismos indebidos esta idea pretende contrariar la versión más extrema del pragmatismo (cfr. MAQUIAVELO Nicolás, "El príncipe", Ed. Agebe, 2006, p. 83), reivindicando la posición intermedia señalada por NINO, que dice que entre: i. el formalista, que hace prevalecer las leyes por sobre los fines; ii. y el finalista, que hace prevalecer sus fines por sobre las leyes; iii. está el procesalista, que, respetando las leyes, interpreta sus sentidos para hacerlos servir a los fines que le son inherentes (cfr. NINO, "Un país...", ob. cit., ps. 43, 45, 55, 203). Esta sería la postura de la CSJN que, rechazando el finalismo (v. Fallos 211:162) y el formalismo (v. Fallos 321:3123), habría destacado un lugar intermedio (v. Fallos 315:106; 329:5903; 338:552).

en la interpretación de esas normas, el "golpe de timón" que decidiera el juez a su respecto, quiebra las condiciones objetivas tenidas en cuenta por aquellas para embarcarse en el pleito, con grave vulneración a las garantías fundamentales de la seguridad jurídica, la imparcialidad, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, cuya vigencia prohíbe la aplicación retroactiva de nuevos criterios normativos hacia el pasado y exige que se respeten las pautas tenidas en cuenta a su tiempo, concluyéndose que deviene violatorio de los principios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos "sorprender" a las partes con la aplicación de criterios jurídicos sobrevinientes, *que no se encontraban vigentes al momento de la interposición de la demanda*; todo lo cual, además de un asalto a la buena fe, constituye una desigualdad de trato manifiesta[32].

Por su parte, la CSJN también ha señalado que el cambio sorpresivo de las reglas tenidas en cuenta por las partes al momento de litigar va *en desmedro de la seguridad jurídica*[33] y *el sentimiento de justicia*[34], violando la buena fe y el derecho de defensa, así como el principio que indica que *"Las partes deben conocer de antemano las reglas de juego…a las que atenerse…* (pues)*…El proceso judicial no puede ser un 'juego de sorpresas'"* [35]. La Corte Federal ha defendido estos valores, encargándose de señalar que los cambios judiciales de criterios normativos sólo pueden ser puestos en juego para casos futuros[36], debiendo trazarse esa línea divisoria para evitar el desconcierto que genera el cambio sorpresivo de las reglas y la aplicación inesperada de una norma retroactiva, agraviante de la buena fe, la seguridad jurídica y el sentido de justicia[37]. Los jueces deben evitar *un "viraje jurisprudencial" que desvirtúe la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas claras de*

[32] Cfr. CIDH, caso 10.194, "Narciso Palacios c. Argentina", Informe 105/99, i. 29/09/1999, cons. 48, 59, 60 y ss.
[33] Cfr. Fallos 306:655.
[34] Cfr. Fallos 333:935.
[35] Cfr. Fallos 337:1361; Cfr. Fallos 320:1393; 328:2056.
[36] Cfr. Fallos 308:552 ("Tellez", s. 15/04/86, cons. 2).
[37] Cfr. Fallos 333:935 ("AFIP C/ INTERCORP", s. 15/06/10, cons. 21).

juego …que hagan a la preservación de sus derechos,[38], existiendo un deber de *no descolocar al justiciable*[39], agregándose que: *"La coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, tanto para evitar la perplejidad de los litigantes como porque el proceso judicial no puede ser un "juego de sorpresas""* [40].

Llegados a este punto podemos comprender que el ejercicio de la DIO también arrastra sus peligros, y que no representa una panacea inofensiva que deba reconocerse sin límites, no pudiendo llegarse a la paradoja de defender la constitución inconstitucionalmente (oxímoron), con violación de las garantías fundamentales del debido proceso, debiendo recordarse que tanto orden público hay en la tutela de las normas constitucionales de fondo, como en las referidas a las formas adjetivas del juicio[41], resultando que, así como se invoca la jerarquía del art. 31 de la CN para justificar que los jueces puedan tachar de oficio las leyes contrarias a la Constitución, así también hay que tener en cuenta que los arts. 17, 18 y 19 de la CN forman parte de esa Carta Magna y protegen otras garantías tan dignas de protección como la primera[42], debiendo respetarse todas al analizar el

[38] Cfr. Fallos 312:767.
[39] Cfr. Fallos 312:1908.
[40] Cfr. Fallos 341:536. Algo de este escrúpulo de no provocación de una emboscada se encuentra en el instituto del derecho comparado llamado "prohibición de la decisión sorpresiva", que impide a los jueces resolver inesperadamente cuestiones –incluso controlables de oficio- cuándo éstas no hubieran sido previamente debatidas por las partes. Aunque bien mirado el tema, hay que decir que el vicio que puede generar la DIO es peor que el del instituto de referencia, porque este último –en rigor- aplica en materias que están incluidas en la competencia oficiosa del juez, dentro del *thema decidendum* (vgr. control de presupuestos procesales), en relación a las cuales se exige un traslado previo a las partes, para darles oportunidad de pronunciarse, antes de que el juez lo haga de oficio, mientras que en el caso de la tacha legal de oficio, como veremos, no siempre estará habilitada la competencia de los magistrados para introducirse en ese tema por las suyas, porque ese tópico puede exceder la materia del debate y el *thema decidendum*, siendo así además de sorpresivo, incongruente, vicio que no se purga por el hecho de que darse un traslado previo a las partes para no sorprenderlas. De allí que no puede invocarse como excusa para purgar el ejercicio de una DIO incongruente, el hecho de que los jueces hayan ordenado un traslado previo sobre el asunto a las partes interesadas.
[41] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.
[42] *"Con sostén en el principio de supremacía (art. 31 … Const. Nac.), los órganos jurisdiccionales deben velar por la observancia del orden jerárquico entre las normas. Con tal objeto… pueden revisar la validez de leyes o reglamentos. Pero también la sujeción a la Constitución implica el deber de actuar dentro de su esfera funcional, garantizando la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac…"* (Cfr. voto del Dr. Soria cons. IV.3.e.iii en SCBA, A-73.474, en "Necotrans", s. 25/02/2021, ya citado. señala).

espacio que pueda caber a la DIO.

IV- Evolución jurisprudencial del tema

Tal como anticipamos, la cuestión de si los jueces deben tener o no la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de oficio (DIO), con todo lo que ello implica, ha sufrido oscilaciones y cambio de criterios en la jurisprudencia, no habiendo sido pacífica ni lineal la evolución en torno al tema. De tal manera, incluso dentro de la propia CSJN se pueden distinguir tres (3) períodos distintos: i- una primera etapa fue prohibitiva de aquella facultad; ii- una segunda etapa fue permisiva, habilitando su ejercicio sin más; y iii- una tercera etapa estaría señalando una habilitación excepcional pero condicionada, sujeta a ciertos límites.

1) La primera etapa (prohibitiva). La primera etapa, prohibitiva, arrancó con la jurisprudencia del fallo "Los Lagos" de 1941[43], a partir del cual la CSJN comenzó a reiterar la idea de que *"El Poder Judicial carece de atribuciones para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes"*[44], que *"Está vedado a los jueces declarar de oficio, sin previa petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes"* [45], y que *"Los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes; para ello es menester la petición de la parte cuyos derechos se hallen afectados"*[46], considerando que el ejercicio de ese control constitucional "oficioso" era contrario a las normas de la propia Constitución Nacional, alegando básicamente tres (3) razones al efecto.

Como primer argumento, la CSJN señaló que la tacha de oficio de las leyes por parte de los jueces violaba el principio de división de poderes, organizado sobre la base de la posibilidad del control judicial de los actos de gobierno, pero con "el

[43] Cfr. CSJN, "Ganadera Los Lagos SA.", s. 30/06/1941, Fallos 190:142.
[44] Cfr. Fallos 204:671.
[45] Cfr. Fallos 306:303; 311:1843.
[46] Cfr. Fallos 310:1090.

freno del pedido previo de parte interesada", viniendo a implicar aquel proceder oficioso que los jueces se arrogaran la libertad de no respetar este freno, de romper por sí solos esa barrera, y de que no se detuvieran frente a la ausencia de un permiso habilitante, absorbiendo mayores atribuciones de prepo, para avanzar por las suyas sobre las otras autoridades, sin que medie la condición legitimante del agravio previo de una parte interesada, desequilibrando así la relación entre poderes, con ampliación del rol de los jueces en detrimento de los otros[47]. Este primer freno horizontal ya contenía implicado otro vertical no menos importante, que la CSJN sugirió al aludir a la doctrina de Cooley, cuál es que sólo el titular del derecho afectado tiene legitimación para plantear la tacha constitucional de las leyes, no pudiendo ser subrogado en su ejercicio por un paternalismo impropio del magistrado[48]; freno éste que conecta con el respeto a la libertad, la autonomía individual y el principio dispositivo. Esto significaba decir otra cosa: que por más orden público que pudiera considerarse ínsito en los vicios invocados, si los derechos implicados eran disponibles, de interés privado, debía estarse a lo decidido por la parte[49].

[47] Para la tacha legal es indispensable el pedido de parte, *"…Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, como condición esencial del Gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos"* (Fallos 190:142).

[48] Cfr. voto del Dr. Moliné O' Connor en CSJN, "Mill de Pereyra", s. 27/09/2001, Fallos 324:3219.

[49] Existen preceptos de orden público (imperativos), que sin embargo están al servicio de un interés particular, quedando su tutela bajo iniciativa y disponibilidad del propio titular (cfr. CARMINO CASTAGNO, José C., "Algo más sobre los actos nulos y anulables", Rev. Notariado 854, 51 – LA LEY AR/DOC/570/2012). Este deslinde es muy importante y no siempre está bien señalado cuando se alude a la teoría de las nulidades y al orden público en forma indiscriminada. En el fallo "Los Lagos" la CSJN se encargó de reafirmar el funcionamiento independiente de las (3) categorías clásicas de las nulidades, con las particularidades propias del derecho público, distinguiendo: **i- nulidad absoluta y relativa:** según la gravedad del vicio ínsito en el acto (contrario o no al orden público); **ii- acto nulo y anulable:** según la mayor rigidez o flexibilidad tolerada para el enjuiciamiento de su tacha (de oficio o a pedido de parte); **iii- nulidad manifiesta y no manifiesta:** según la evidencia del vicio (patente u oculto). Lo que se preocupó por aclarar la CSJN en "Los Lagos" fue que en el ámbito del derecho público el vicio de un acto estatal podía comprometer el nivel máximo de gravedad, propio de la *nulidad absoluta"* y del orden público (por afectar un elemento constitutivo del acto -vgr. incompetencia del PEN para dictarlo-), y sin embargo ser ese acto *"simplemente anulable"*, es decir, quedar su tacha librada a la iniciativa de un pedido de parte interesada, confirmando que en este ámbito no procedía la tacha judicial de oficio, en deferencia al interés del particular, a la división de poderes, así como a la presunción de legitimidad del obrar estatal, que dejaba a las nulidades públicas como *"no manifiestas"*, dependientes de demostración de parte. La CSJN concluyó que una nulidad *"…puede ser absoluta e insusceptible de confirmación, aunque su invalidez sólo pueda ser declarada a pedido de parte…",* reafirmando que *"…a pesar de ser anulable el acto y, por consiguiente, de no poder ser declarada por el juez tal nulidad sino a petición de parte…* (puede, sin embargo) *… reputárselo de nulidad absoluta"* (Fallos 190:142). En el derecho público, por razones institucionales, no cabe confundir la naturaleza del vicio del acto (absoluta), con el hecho de a quien corresponda tomar la iniciativa para impugnarlo

En segundo lugar, la CSJN señaló que el control judicial de oficio afectaba la presunción de legitimidad del obrar estatal y la presunción de constitucionalidad de las leyes; estándares éstos que suponían otro freno importante para evitar el avance unilateral de los jueces contra los actos de gobierno, porque implicaban que por principio las reglas estatales debían tenerse por buenas y válidas, en todos los juicios, hasta tanto se demostrara lo contrario por una parte interesada y agraviada a su respecto, resultando que la tacha legal de oficio, facilitada como resorte espontáneo y predispuesto de los jueces, abría el riesgo de poner en tela de juicio a todas las normas, dejándolas expuestas a tiro de sentencia, ampliando la posibilidad de su veto a sola discreción judicial, difundida entre todos los jueces, con riesgo para la seguridad y previsibilidad del ordenamiento.

Finalmente, se señaló que aquel control de oficio afectaba el derecho de defensa en juicio, porque su ejercicio sorprendía a las partes con una tacha legal inesperada, de la que no habían tenido ocasión de defenderse, con alteración del marco jurídico del debate. La CSJN señaló al efecto: *"Si bien la circunstancia de que una causa haya sido resuelta por razones distintas a las alegadas por las partes no importa violación de la defensa en juicio, ocurre lo contrario cuando la decisión apelada se apoya en la nulidad constitucional de un acto legislativo o administrativo declarada… por primera vez …* (en la sentencia)*… sin audiencia del … litigante …*(y)*… sin contradicción"*; *"porque aquí no se trata de simples razones diversas",* sino de que *"el fallo recurrido no resuelve concretamente una cuestión sometida a juicio, que implica contención de partes…",* e introduce una *"cuestión… ajena… a todo lo que hasta entonces constituía el objeto de la litis"*, de lo que *"la agraviada no tuvo noticia…",* violándosele *"la posibilidad de ser oída que es el requisito mínimo y esencial de la*

(anulable). Un acto puede afectar el orden público, a la colectividad o incluso ser inexistente, sin perjuicio de lo cual, sólo a las partes interesadas perjudicadas por el mismo, es *"…a quien les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial"* (Fallos 190:142). Ver también la idea de la nulidad absoluta, y sin embargo renunciable por disposición del particular, por vencimiento de plazo de caducidad para enjuiciarla en SCBA, A-73.145, "Usuarios y Consumidores Unidos", s. 18/10/2017.

garantía de la defensa (art. 18 de la Const. Nacional)" [50].

2) La segunda etapa (permisiva). Después de 60 años de pacífica aplicación de la doctrina prohibitiva del precedente "Los Lagos" (tesis), en el año 2001 la CSJN cambió su jurisprudencia, adoptando el criterio opuesto al anterior en el precedente "Mill de Pereyra"[51] (antítesis). Con este fallo podría decirse que comienza el segundo período de la CSJN, permisivo, en el que se reconoce sin más la potestad (facultad-deber) de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de oficio, sin pedido de parte. En ese precedente, la mayoría de la CSJN intentó rebatir los tres (3) argumentos que habían sido esgrimidos en su doctrina anterior, a mi criterio en forma no concluyente.

Con relación al primer argumento, vinculado a la separación de poderes, la mayoría de la Corte consideró que ese reparo era falaz e inconsistente, porque no se entendía por qué si el control constitucional era efectuado "a pedido de parte" no violaba la división de poderes, y si era ejercido "de oficio" sí[52]. Al revés de esta idea, yo creo que este último es el razonamiento falaz y simplificado. Existe una falacia que se llama falacia del conjunto (o composición), que consiste en tomar la parte por el todo, englobar dos componentes bajo un conjunto común, para forzar la igualación de rasgos finales, ignorando las diferencias subyacentes entre ellos[53]. Es evidente que no se puede englobar como iguales al control constitucional a pedido de parte y al control de oficio, como si se trataran de lo mismo, porque es claro que esa diferencia formal en la modalidad de impulso, se traduce en una diferencia sustancial en lo que hace al alcance e imperio del poder de los jueces para fiscalizar a las otras autoridades, siendo "más atrevido" el ejercicio oficioso y "más recatado" el que depende de las partes. Es obvio que tiene

[50] Cfr. Fallos 204:671. La CSJN ha dicho que no corresponde ejercer una declaración de inconstitucionalidad de normas que se dicen contrarias a garantías, cuando dicha cuestión *"no formó parte de los términos de la litis"* (Fallos 301:1223).
[51] Cfr. CSJN, "Mill de Pereyra", s. 27/09/2001, Fallos 324:3219.
[52] Cfr. Voto concurrente del Dr. VAZQUEZ en Fallos 324:3219.
[53] Ver COPI, Irving, "Introducción a la lógica", Eudeba, 1995, p. 109 y ss.

más freno y contrapeso el poder judicial que debe esperar el pedido de parte para ejercer una tacha legal, que cuando puede lanzarse de oficio a invalidar las leyes, sin necesidad de ese permiso previo, traduciéndose esto último en un grado de mayor interferencia para con los otros poderes del Estado[54]. A ello se agrega –como vimos- que el freno del pedido previo de parte, no sólo evita una interferencia horizontal entre poderes, sino también una interferencia vertical del juez para con el caso, dando lugar a que se respete la iniciativa privada y la carga procesal de los propios litigantes, como únicos legitimados para aceptar o tachar la validez de las normas, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y de la disponibilidad de sus derechos, evitándose así una intromisión paternalista del juez en esa zona de reserva privada[55].

Por regla general, en este espacio de derechos disponibles no hay escrúpulo más respetable que el de las propias partes, como únicas responsables del ejercicio adulto y autónomo de su libre voluntad auto-interesada.

Claro, el entendimiento de esta idea supone comprender algo más, a saber: que hay disposiciones constitucionales que, aun imperativas, están finalmente reservadas al servicio del interés privado[56], siendo allí soberana la decisión de las partes, tanto para alegar la supuesta violación de esas disposiciones,

[54] El ejercicio a ultranza del control de oficio por los jueces, *"…comparado con la modalidad anterior …* (a pedido de parte) *… supone un riesgo mayor de compromiso al equilibrio de los poderes"* (cfr. voto Dr. Soria cons. IV.1.r, en "Necotrans", cit.).

[55] Ver disidencia del Dr. MOLINÉ O' CONNOR en Fallos 324:3219. Allí se dice *"Al individuo le cabe pues esta iniciativa: es el único legitimado para ello… De lo contrario, el magistrado, en una suerte de paternalismo impropio, podría suprimir la norma… interfiriendo en las funciones privativas… sin que nadie se agravie… El ciudadano no sólo tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, sino también el de rechazar la intromisión del Poder Judicial en esa zona propia, pues allí – el individuo, no el magistrado- es el dueño de su destino…"* (ver voto citado).

[56] Como ya dijimos, existen preceptos de orden público (imperativos), que sin embargo están al servicio de un interés particular, quedando su tutela bajo iniciativa y disponibilidad del propio titular (cfr. CARMINO CASTAGNO, José C., "Algo más sobre los actos nulos y anulables", Rev. Notariado 854, 51 – LA LEY AR/DOC/570/2012). Ver Fallos 327:2905. Como se ha dicho en un fallo *"El cuestionamiento de normas lesivas de ciertos derechos de raigambre constitucional (v.gr. … la propiedad…), es una facultad cuya materialización concierne al afectado. Puede ser legítimamente declinada de acuerdo a su libre o autónoma determinación (art. 19, Const. Nac.). De tal forma, la descalificación oficiosa de una normativa aplicable en casos de esta índole (sobre bienes disponibles) no siempre podrá justificarse"* (cfr. voto Dr. Soria, cons. IV.1.r.ii, en "Necotrans", ya citado).

como para resignar ese planteo a través del sometimiento voluntario al régimen

Legal que impide su tacha[57]; disponibilidad ésta última que no podría arrebatarse so pretexto de que todo lo constitucional es de orden público, que su temática está en todos lados y que su tutela excede el interés de las partes[58], porque esa ius-publicización exagerada del ordenamiento podría implicar la intromisión estatal en todas las relaciones, la abolición del estado de derecho y la violación de la zona de reserva de los particulares [59], con riesgo de conversión de todos los ciudadanos en súbditos [60], habiendo la CSJN aclarado que hay tanto orden público en la tacha de una norma inconstitucional, como en el respeto de los límites a la competencia judicial acotada por los planteos de las partes [61].

Con relación al segundo argumento, la mayoría de la Corte señala que la presunción de constitucionalidad de las leyes no resulta un obstáculo para el control judicial de oficio, toda vez que aquella predisposición en favor de la validez de las normas es *iuris tantum*, y cede frente a la presencia de vicios manifiestos,

[57] Esta idea *"...se apoya en la antigua y uniforme jurisprudencia de esta Corte, expuesta a partir de Fallos 149:137, según la cual, con relación a los derechos patrimoniales, hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte ... ha excluido la posibilidad de ser oída sobre su validez; ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección (Cooley, 'Constitucional limitations'..., citada en Fallos: 184:361 y en el dictamen del señor Procurador General en Fallos 311:1695... en cuanto a la aplicación de esta regla por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos"*; *"...que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías ... o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar..."*; *El voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional"* (cfr. CSJN, "Cabrera Gerónimo", s. 13/07/2004, Fallos: 327:2905).

[58] Ver el argumento del permiso oficioso vinculado al orden público en BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ábaco, 1992, p. 219; y en SAGÜES, Néstor P., "Compendio de derecho procesal constitucional", Astrea, 2011, p. 58.

[59] Cfr. CALAMANDREI, Piero, ¿Abolición del proceso civil?, publicado en Rivista di diritto processuale civile, 1938, I, ps. 366-340 y en "Estudios sobre el proceso civil", Ed. EBA, 1945, p. 347; "Instituciones de derecho procesal civil", El Foro,1996, t. II, p. 293-294; LOPEZ DE OÑATE, Flavio, "La certeza del derecho", Olejnik, 2017, p. 62; ARAGONESES, Pedro, "Proceso y derecho procesal", Aguilar, 1960, p. 228; SAFI, Leandro K., "El rol del juez y las partes en la oralidad", SJA 23/09/2020.

[60] Cfr. AARNIO, Aulis, "Lo racional como razonable", Palestra, 2016, p. 46; NINO, ob. cit., p. 129.

[61] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.

palpables a simple vista, sin necesidad de demostración de parte, dando lugar éstos (y sólo éstos) a la tacha de oficio. Este argumento pareciera ser plausible, aunque debe conciliarse con la idea antes expuesta de la necesidad del respeto a la iniciativa privada y a la posibilidad de la sujeción voluntaria de las partes a los marcos normativos, especialmente en el supuesto de estar frente a derechos puramente disponibles (vgr. patrimoniales), no bastando en estos casos que el vicio sea manifiesto, si resultara que las partes aceptaron la aplicación de ese ordenamiento.

Por último, la mayoría de la CSJN señaló que el ejercicio de la tacha legal de oficio (DIO) no violaba el derecho de defensa, porque al tratar ella siempre de una *"cuestión de derecho"* [62], su atribución estaba implícita en la competencia judicial y resultaba aplicación normal del principio del *iura novit curia*, en virtud del cual, así como el juez puede suplir el derecho y elegir una norma distinta a la invocada por las partes, sin agravio a la defensa, así también puede tachar la norma aplicable y reemplazarla por otra, no teniendo porqué considerarse ello como sorpresivo o perjudicial para los litigantes, en especial si éstos habían tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema[63]. Nuevamente aquí creemos que, amén del error que implica el catalogar a todo tema constitucional como una cuestión de derecho (desanclada de lo fáctico)[64], también se incurre en la falacia del conjunto, la parte por el todo, al pretenderse encubrir bajo el mismo rótulo del *iura novit curia*,

[62] Ver el voto concurrente a la mayoría de Dres. Boggiano cons. 11, y Vázquez cons. 16, Fallos 324:3219. Luego la CSJN reafirmó esa idea en la causa "Banco Comercial de Finanzas", al señalar que para ejercer el control constitucional no había *"...necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan ...*(del)*... iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango..."* (cfr. CSJN, "Banco Comercial de Finanzas SA", s. 19/08/2004, Fallos 327:3117).

[63] Este argumento de la oportunidad de defensa lo rescataron los votos de los Dres. López, Bossert y Boggiano (Fallos 324:3219).

[64] Error que entendemos fue luego subsanado por la CSJN en "Rodríguez Pereyra" (2012), al aludir al *"sustento fáctico y probatorio"* que a veces requiere el ejercicio de la DIO, y que probablemente haya sido uno de los motivos por los que se habría moderado la doctrina permisiva de Mill de Pereyra, al entenderse que no todo es iura novit curia, que no todo puede hacerse de oficio, y que hay cargas que siguen siendo inherentes a las partes del juicio (cfr. cons. 13, Fallos 335:2333).

aparentemente inofensivo, dos prerrogativas judiciales que resultan bien distintas, una de las cuales (la tacha legal) confiere un inmenso poder de improvisación a los jueces, con la correlativa indefensión y aumento de daño para las partes. En efecto, una cosa es la versión moderada del *iura novit curia* aclaratorio, de simple recalificación legal del caso, sin alteración de sus contenidos ni los del ordenamiento, con mera elección horizontal entre normas vigentes, en respuesta imparcial y congruente a los planteos ya formulados por las partes, y otra cosa es la versión abusiva del *iura novit curia* mutativo, de reformulación de contenidos del ordenamiento y del caso, con tacha vertical de la regla aplicable y creación improvisada de otra nueva, aplicada en forma retroactiva, según el arbitrio resolutivo del magistrado, en apartamiento a los planteos de las partes[65], representando esto último un exceso jurisdiccional, violatorio de la congruencia, la imparcialidad judicial y la defensa en juicio; infracciones todas que no se verían subsanadas por el hecho de anteponer un traslado previo a las partes[66].

[65] Esta diferencia fue puesta de relieve por la disidencia de Mill de Pereyra, diciéndose que la DIO *"…no importa un ejercicio ordinario de la facultad que todo juez tiene de seleccionar el derecho aplicable al caso con prescindencia de su invocación por la parte -expresada en la máxima iura novit curia-, pues en este supuesto el magistrado aplica la legislación vigente, mientras que, cuando ejerce el control de constitucionalidad por propia iniciativa, abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada",* resultando que el ejercicio del *iura novit curia potestad "… de ningún modo puede identificarse con la potestad de invalidar un acto de gobierno en razón de su inconstitucionalidad", "…la declaración de inconstitucionalidad no es una mera aplicación del principio expresado en la máxima iura novit curia, en tanto "aquí no se trata de simples razones diversas, sino de la nulidad constitucional … dictada sin audiencia de la parte que la invocó sin contradicción…"* (disidencia del Dr. Moliné O' Connor en Fallos 324:3219). También la disidencia de "Necotrans" rescata este distingo haciendo ver que una cosa es *"que el juez reciba los planteos…de las partes"* y los subsuma, sin descalificación legal, en la regla de derecho horizontal aplicable, *"cuidando de no alterar las circunstancias de la causa",* y otra distinta es que el juez se aparte de esos planteos, y se convierta en *"impugnador directo"* de la norma consentida, *"sin proveer un canal de recepción de … argumentos",* con tacha vertical *-abrupta y sorpresiva-* de esa ley, y aplicación *–repentina y disruptiva-* de otra nueva, afectando esto el ejercicio regular de los derechos, en perjuicio del beneficiario de la ley tachada, sin debate ni defensa, revelándose así que una cosa es *"calificar en derecho la pretensión …* (y otra es)*… cambiarla por otra no deducida"* (ver voto Dr. Soria).

[66] La misma CSJN ha puesto de relieve la diferente intensidad del principio de referencia, descalificando su versión más fuerte, diciendo que *"…el principio iuria curia novit, por el que se concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que lo hacen erróneamente, no puede ser entendido con un alcance como el perseguido por la peticionaria de forma tal que no sólo sustituya … la vía… elegida por el demandante… sino que incluso altere la naturaleza y alcances de la pretensión que se promueve, supliendo una actuación que, en el ámbito del principio dispositivo vigente en el proceso civil, es personal de todo sujeto que peticiona ante el Poder Judicial de la Nación (arts. 330, incs. 3° y 6°; 34, inc. 4°, y 163, inc. 6° del código de rito) …"* (Fallos 329:3879).

3) Tercera etapa (condicionada). El tercer período, que podríamos llamar condicionado, para aludir a la adopción por parte de la CSJN de una posición más intermedia en el tema (síntesis), es el que se habría desarrollado a partir de los fallos "Gómez" [67], "Strangio" [68] y "Mansilla"[69], pero especialmente a partir del precedente "Rodríguez Pereyra"[70], del año 2012, cuya doctrina del *"considerando 13"*[71], es la que se viene utilizando como límite, para hacer ver que, si bien se sigue admitiendo la posibilidad de la tacha de oficio (DIO), ella lo es en forma muy acotada, supeditada al cumplimiento previo de cargas procesales inherentes a las partes, que sirvan para abrir la competencia sobre el tema, en virtud de las cuales se requiere, sino una petición expresa de la tacha, al menos un planteo implícito derivado del agravio respectivo, sin cuya insinuación no resultaría procedente el control de oficio, por ser violatorio del principio de congruencia, el dispositivo y la defensa en juicio[72].

En este período de síntesis, lo que se habría comprendido es que, si bien resulta plausible bajo ciertas circunstancias ejercer el control constitucional y convencional de oficio de las leyes, aun sin pedido expreso de partes, cuando ese planteo venga implícitamente contenido en los términos del debate, y no hubiera quedado excluido por aceptación expresa o tácita de la normativa por parte de los litigantes, por añadidura, detrás de ello va de suyo la idea de que el ejercicio de esa potestad no puede ser ilimitado, ni puede abrirse indiscriminadamente la válvula

[67] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos", s. 27/12/2006, Fallos 329:5903.
[68] Cfr. CSJN, "Strangio", s. 12/05/2009, Fallos 332:1078.
[69] Cfr. CSJN, "Mansilla", s. 06/03/2014, 337:179.
[70] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[71] Ver referencia al tema que se realiza en el voto del Dr. Soria, en el cons. III.3.iii del fallo "Necotrans", ya citado.
[72] Son múltiples las causas en las que la CSJN desaprueba el "mal ejercicio" del control constitucional de oficio por parte de los jueces, entre ellas ver causas "Gómez Carlos" (Fallos 329:5903); "Strangio" (Fallos 332:1078); "Mansilla" (Fallos 337:179); "YPF" (s. 12/05/2015); "Gómez Jorge" (Fallos 341:250); "Milantic" (Fallos 344:1857); "Raco" (Fallos 344:3230).

de la tacha constitucional de oficio a discreción de los magistrados, porque la CSJN empezó a notar que esa facultad se estaba ejerciendo de mala manera, en forma excesiva, por fuera de los términos de la traba de la litis, de la congruencia y la competencia, con violación a las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio. En este sentido, por ejemplo, hubo un caso de indemnización por despido, en el que, pese a que el actor había consentido en primera instancia la aplicación del tope salarial de la tarifa del art. 245 de la LCT, luego, en segunda instancia la Cámara procedió por las suyas a declarar la inconstitucionalidad de oficio de ese tope, mandando a pagar la indemnización por arriba de esa tarifa, habiendo la CSJN descalificado esa tacha haciendo ver, con cita del fallo "Rodríguez Pereyra", que ella *"importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia…";* la Cámara "*ha traspuesto… el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria*"[73]*.* Es decir: si la parte había aceptado la norma, la alzada no pudo alterar esa voluntad legal conforme (*secundum legem*).

Para evitar estos desvíos, si bien en "Rodríguez Pereyra" la CSJN mantuvo abierta la posibilidad de la tacha oficiosa, a la par, se encargó de limitar esa facultad aclarando: *"sin embargo, el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar 'en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes… Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables, entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las pretensiones y alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto*

[73] Cfr. CSJN, "Mansilla", s. 06/03/2014, Fallos 337:179.

normativo, se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto…es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación"[74].

Como síntesis de esta evolución jurisprudencial del tema, pareciera decantarse una idea que indicaría que la tacha constitucional de oficio, aun siendo plausible, no puede aplicarse en todos los casos, ni puede desentenderse del todo de la conducta de las partes, que oficia de límite, en especial frente a derechos disponibles, porque aquella facultad sigue estando supeditada, sino al pedido expreso, al menos al planteo tácito de un agravio *contra-legem*, por introducción de argumentos por parte del litigante interesado, pudiendo allí tenerse por habilitada la competencia judicial sobre el punto, sin riesgo de violación de la congruencia y el *thema decidendum*, resultando a partir de allí que no toda omisión petitoria del litigante podrá ser salvada a través de la invocación de la tacha de oficio, porque en algunos casos esa "falta de pedir" podrá implicar, no un simple olvido, sino el consentimiento expreso o tácito del régimen legal aplicable, lo que excluye toda posibilidad de su tacha.

De allí que, si bien la tacha legal de oficio supone una falta de pedido expreso de la parte, no toda falta de pedido de parte podrá justificar la tacha legal de oficio. Hay omisiones y omisiones.

Una cosa es que la parte "omita solo" la expresión solemne de pedir la tacha expresa de ley (*omisión formal*), pero a cambio plantee argumentos de fondo y agravios *contra-legem* que evidencien que está planteando esa tacha (es decir, falta un pedido expreso pero hay un planteo tácito), en cuyo caso el juez podrá completar de oficio la tarea de control de la norma, sin alterar lo sustancial de la pretensión intentada (*salva rerum substantia*); y otra cosa distinta es que la parte

[74] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", cons. 13, Fallos 335:2333 (el subrayado se agrega).

directamente "omita toda" expresión y fundamento de agravio (*omisión sustancial*), sometiéndose expresa o tácitamente al régimen legal aplicable, consintiéndolo, en cuyo caso el juez ya no podría avanzar sobre el tema, porque si lo hiciera estaría introduciendo algo excluido del debate, asumiendo el rol de parte, con violación a la congruencia, el debido proceso y la defensa (*mutatio rerum substantia*).

A partir de esta idea se derivan una serie de límites que pueden conformar un marco de referencia a la hora de establecer cuándo si y cuándo no se puede ejercer la DIO.

V- Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio

A los efectos de avanzar en la construcción de un marco teórico que pueda servir de guía, brindando parámetros para orientar cuándo es válido y cuando no ejercer la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes, en un trabajo anterior propuse tomar en consideración diez (10) factores, que pudieran tener influencia en la toma de decisión sobre el tema.

1) Apertura de competencia. El primer factor a tener en cuenta para determinar si resulta procedente o no el control constitucional de oficio remite a considerar si se encuentra abierta o no la competencia judicial (de primera o ulterior instancia) en relación a la temática conflictiva de base, sobre la que se inserta el análisis constitucional pretendido. Este aspecto lleva a ponderar, no sólo si se encuentra genéricamente abierta la jurisdicción sobre el "caso" planteado por demanda o recurso (lato sensu), sino si se encuentra específicamente abierta la competencia sobre la "cuestión constitucional" involucrada (stricto sensu), en función del contenido de aquellas piezas procesales, de los agravios y debates de partes y del protagonismo que haya tenido ese tema. La temática constitucional debe ser llevada –expresa o tácitamente- por las partes a la decisión judicial, y eso es lo que abre la competencia sobre el punto. Los jueces no pueden invocar la sola

presencia de un expediente judicial para hacer jugar la DIO en el aire, pretendiendo extender jurisdicción sobre asuntos que las partes no llevaron a decisión, sea en el ámbito de la primera instancia[75], sea por los recursos en el ámbito de la Alzada[76].

Expresamente la CSJN ha dicho: *"...el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables, entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales"*[77].

En virtud de este criterio, ya vimos que la Corte ha tenido ocasión de revocar por incongruentes y arbitrarias, sentencias en las que los tribunales de alzada habían introducido en la segunda instancia el control constitucional de oficio, respecto de puntos normativos de la sentencia de primera instancia, que no habían sido apelados por las propias partes interesadas, y que habían adquirido firmeza, por falta de agravios, quedando excluidos de la competencia de la Cámara[78]. La Corte señaló que en estos casos la falta de agravio de la parte excluyó la temática del recurso, resultando que *"la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria...*(cuya)*... prescindencia...infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional";* de tal manera, *"...la intervención oficiosa de los tribunales locales –justificada en una supuesta violación al orden público- implicó un desconocimiento al principio de congruencia y la cosa juzgada ...* (cuyo)*... respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior"*[79]*.*

[75] La CSJN confirmó el rechazo de una demanda de daños y perjuicios por un tema de discriminación, porque el actor no había planteado la inconstitucionalidad de la norma que era presupuesto ineludible de la acción intentada, agregando que semejante deficiencia de fundamentación no podía ser subsanada de oficio, sino a riesgo de que los jueces introdujeran por sí el fundamento del triunfo, con violación a la incongruencia y el debido proceso (cfr. CSJN, "Gómez Jorge", s. 22/03/2018, Fallos 341:250).
[76] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos" (Fallos 329:5903); "Mansilla" (Fallos 337:179); "Milantic" (Fallos 344:1857).
[77] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[78] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos" (Fallos 329:5903); "Mansilla" (Fallos 337:179); "Milantic" (Fallos 344:1857).
[79] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.

En materia de apertura de la competencia, siempre motorizada por el dispositivo, la iniciativa de partes y la congruencia, habría que distinguir tres situaciones, que refieren a pronunciamientos que se dictan: **i- en abstracto:** es decir, que se emiten directamente en el aire, por fuera de un caso o controversia de partes; **ii- ante un caso:** que serían aquellos que se emiten en relación a una controversia abierta entre partes, pero con menor o mayor grado de apego con la temática discutida; **iii- frente a una cuestión:** que serían aquellos que, dentro de un caso, deciden una disputa efectivamente presentada por las partes, sea en forma expresa o tácita. Lógicamente el control constitucional en abstracto se encuentra prohibido. El distingo más sutil para tener en cuenta es el que muestra que no sólo es necesario que exista un "caso judicial", un expediente abierto en general, para que ya quede habilitado el control constitucional de oficio, sino que es imprescindible a su vez que se haya presentado efectivamente una "cuestión constitucional", es decir, que las partes se hayan agraviado en forma expresa o tácita de la validez de una norma.

Este distingo se percibe claro en el ya citado fallo "Mansilla". Los jueces de Cámara habrían creído que bastaba para declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT, la circunstancia de que se hubiera presentado una demanda de indemnización por despido, cualquiera fuera el contenido concreto de lo que con ella venía discutido. Según ese criterio aquello ya era suficiente para darle un respaldo concreto a la tacha oficiosa del artículo referido. Sin embargo, los jueces de la CSJN hicieron ver que ello no es así, que no basta la apertura genérica de la jurisdicción que se deriva de la presencia de una demanda (caso general), incluso vinculada a la norma, para habilitar el control constitucional de oficio, porque sobre la base de ese marco es necesario que las partes planteen (en forma expresa o

tácita) una cuestión constitucional concreta respecto de la validez de la norma, no

pudiendo los jueces valerse de la presencia genérica de un expediente, para introducir de oficio una cuestión de este tipo no discutida por las partes[80].

2) Cumplimiento de cargas. El segundo factor a tener en cuenta para determinar si resulta procedente o no la tacha constitucional de oficio, refiere al hecho de que incluso bajo esta modalidad oficiosa de control, su posibilidad de ejercicio se encuentra supeditada a la condición de que las partes hayan cumplido mínimamente las cargas procesales exigibles a su respecto, a través de una postulación, argumentación y prueba que permita tener por introducido y acreditado el agravio constitucional respectivo, sin lo cual el juez no estaría autorizado a proceder de oficio. En efecto, la CSJN en "Rodríguez Pereyra" alertó que en materia de control constitucional sigue habiendo una iniciativa procesal que debe ser asumida por las propias partes interesadas, señalando que son ellas las que deben cumplir *"los recaudos de admisibilidad y fundabilidad de las presentaciones o alegaciones"* que intentan[81], subrayando que son los litigantes los que –aun sin solemnidades- deben poner de manifiesto el perjuicio constitucional que los agravia, resultando que el incumplimiento de esas cargas, por omisión de planteamiento, *"excluye"* la posibilidad de control constitucional, *"sellando de esta forma cualquier posibilidad de revisión…*(incluso)*…justificada en una supuesta violación al orden público"* [82]*,* dejando *"fuera del objeto procesal"* esa materia[83], no pudiendo los jueces introducir de oficio el tratamiento de una tacha de inconstitucionalidad, huérfana del más mínimo planteamiento[84].

Esta limitación es muy importante, porque revela que no es válido que los

[80] Ver Cfr. CSJN, "Mansilla", s. 06/03/2014, Fallos 337:179.
[81] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[82] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.
[83] Cfr. CSJN, "YPF", s. 12/05/2015.
[84] Cfr. CSJN, "Gómez Jorge", s. 22/03/2018, Fallos 341:250.

jueces invoquen genéricamente un escrúpulo constitucional en el aire, por fuera de todo planteo de parte, como para que se sientan autorizados a proceder de oficio, so pretexto de tutelar el orden público, de espaldas a la conducta asumida por los propios litigantes, o incluso a contrapelo de la aceptación normativa decidida por éstos; en especial cuando en nuestro régimen, el control constitucional de las leyes no está pensado para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, con derogación general de la norma viciada (erga omnes), sino que está dirigido exclusivamente en beneficio del interés de la parte afectada (inter partes), no pudiendo imponérsele a los litigantes una tutela paternalista superior a la resultante de sus propios actos voluntarios[85].

Por más sagrada que sea la Constitución Nacional, y precisamente por ello, por el respeto que merecen las garantías procesales que ella misma resguarda, debe seguir habiendo un límite contra la actuación judicial oficiosa que la haga depender del proceder dispositivo de las propias partes, en especial frente a derechos privados. Así, no basta que los jueces invoquen el fallo "Mill de Pereyra", el principio del *iura novit curia* y la supuesta tutela constitucional del orden público, para que se sientan autorizados a proceder de oficio, haciendo ceder al *"principio dispositivo"*, *"sin importar las alegaciones de las partes interesadas",* porque esa actitud desdeñosa para con el dispositivo de partes fue descalificada por la CSJN[86], quien se encargó de hacer ver que son precisamente las alegaciones de las partes las que definen con su contenido si procede o no procede la actuación de oficio, siendo mayores las posibilidades de ese proceder, cuanto mejor hayan sido cumplidas las cargas, y menores las posibilidades oficiosas, cuanto más insuficiente haya sido la conducta de la parte[87], al extremo de que su total incumplimiento excluya la tacha de oficio[88].

[85] Cfr. cons. 9 voto del Dr. Moliné O' Connor en CSJN, "Mill de Pereyra", s. 27/09/2001, Fallos 324:3219.
[86] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.
[87] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[88] CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.

Aquí convendría hacer un distingo entre las distintas actitudes que podrían tener las partes en materia de impugnación o aceptación de la normativa aplicable, y como se relacionan con el tema. Podríamos dividir las conductas en cuatro posibilidades: **i- tacha expresa:** la primera opción sería aquella en que la parte formula un pedido expreso de declaración de inconstitucionalidad de la ley, fundando su agravio y dando oportunidad a la defensa, funcionando en este caso el control constitucional a pedido de parte; **ii- tacha implícita:** la segunda opción sería aquella en que la parte no pide en forma expresa la tacha de la ley, pero formula agravios *contra-legem*, planteando argumentos que sugieren la tacha, pudiendo aquí funcionar el control de oficio, sin riesgo de violación de congruencia; **iii- aceptación implícita:** la tercera opción sería aquella en la que la parte adopta una conducta pasiva que supone consentimiento tácito al régimen legal, acatando sus normas, sin formular impugnación o reserva, impidiendo ello su tacha de oficio, salvo tutela de derechos indisponibles; **iv- aceptación expresa:** la cuarta posibilidad sería aquella en la que las partes aceptan expresamente la aplicación del régimen legal, poniéndolo a la base de sus planteos, sin agravio constitucional de ningún tipo, quedando así excluida esa temática del litigio, impidiendo la posibilidad del control constitucional de oficio[89].

Creemos que esta clasificación y distingo es muy importante, porque permite conciliar una posición intermedia en el tema y comprender que incluso el control constitucional de oficio sigue exigiendo de un "mínimo de iniciativa" de la parte en el planteo respectivo; mínimo que, aun sin verbalizar un *"pedido expreso"* de tacha legal, sí permita presumir un *"planteo tácito"*

[89] Cfr. SAFI, Leandro, "Límites…", ob. cit.

de agravio *contra legem*[90], sin el cual el juez no podría avanzar contra la ley, porque ya no lo haría de oficio sino directamente en el aire, es decir sin agravio de parte, lo que supone un exceso jurisdiccional incongruente e inaceptable.

3) Autonomía de la voluntad. El tercer factor a tener en cuenta, que se relaciona con el cumplimiento de las cargas procesales, es el que impone respetar la manifestación de la voluntad hecha valer en juicio por las propias partes interesadas, como únicas dueñas del conflicto y responsables de su destino, de modo tal que si ellas han resignado la impugnación legal, dejando afuera del litigio esa temática, los jueces no puedan introducirla de oficio, en seguimiento a sus propios escrúpulos; en especial teniendo en cuenta que la tacha legal no tiene efectos generales en favor de la sociedad, sino particulares en beneficio exclusivo del destinatario de la norma que ha decidido aceptarla, no siendo válido desconocer su voluntad (*secundum legem*), en especial frente a derechos disponibles. Como ha dicho la CSJN *"…hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte … ha excluido la posibilidad de …*(control)*… ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los*

[90] La CSJN ha tomado en consideración la habilitación que supone el planteo tácito de la tacha constitucional por la parte, señalando *"leyendo atentamente la demanda … no se encuentra ninguna frase que hable expresamente de la inconstitucionalidad de tal decreto; pero por supuesto que los planteos procesales no necesitan formularse con ninguna forma sacramental; de manera que si, del contexto del escrito inicial, resulta que el mismo se funda en la incompatibilidad de determinadas leyes con alguna o algunas cláusulas constitucionales, no puede caber duda de que el problema está correctamente planteado…"* (cfr. Fallos 249:51). Reflexión similar se efectuó en la causa "Merco Trans" para habilitar el control constitucional de oficio, y se dijo mínimamente justificada de inconstitucionalidad del Código Fiscal, señalando a este respecto que: *"…si bien la ejecutada fundó su defensa … sin efectuar un claro reproche hacia las normas …no es menos cierto que de la pieza de referencia … y … de los fallos citados … se evidencia claramente que tal cuestionamiento formulado lleva ínsita la cuestión constitucional de las normas …"* (JCA 2 MDP, causa P-273, "Fisco de la Provincia Bs. As. c/ Merco Trans SA y otros S/ Apremio Provincial", s. 28/12/2012; SCBA, A-72.756, "Merco Trans", s. 29/12/2020). Es interesante ver que a diferencia de la causa "Merco Trans", en la causa "Necotrans" el agravio de la parte no había sido esgrimido ni en forma expresa, ni en forma tácita, siendo que, por el contrario, y como lo hizo ver la disidencia del Dr. Soria, los litigantes habían aceptado la aplicación de la norma poniéndola a la base de sus planteos (cfr. Fallos 184:361); (ver voto del Dr. Soria en A-73.474, "Fisco de la Provincia de Bs. As. c/ Necotrans S.A y otros", s. 25/02/2021, ya cit).

ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección (Cooley, 'Constitucional Limitations...)" [91].

Esta doctrina es coincidente con aquella que señala que, con independencia del escrúpulo constitucional del magistrado, e incluso de la existencia de jurisprudencia adversa a la ley, si el litigante optó por someterse voluntariamente al régimen legal, luego no cabe proceder a su tacha. Como ha dicho la CSJN, *el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen legal, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento de esa normativa, que determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional* [92].

Ya hemos visto que la CSJN ha revocado sentencias en las que se había ejercido la tacha constitucional de oficio, de prepo, a solo escrúpulo de los magistrados, a contrapelo de la voluntad declarada de los propios litigantes, que habían aceptado la norma como aplicable.

En este sentido, en el fallo "Gómez", en el que el actor había consentido en primera instancia el pago pesificado de una deuda en dólares, sin agraviarse de la ley de pesificación, ocurrió luego en segunda instancia que la Cámara procedió a declarar de oficio la inconstitucionalidad de esa legislación, concediendo más de lo que aquél había pedido, habiendo la Corte revocado esa tacha de oficio, señalando: *"...en autos resulta de toda claridad que, frente a las manifestaciones del actor...por las cuales aceptó la pesificación de su crédito ..., la posterior declaración de inconstitucionalidad ... violó el principio de congruencia procesal, con el efecto de condenar a algo distinto de lo peticionado por aquel...", "...el vicio de incongruencia es, pues, notorio. Y, ciertamente, al contrario de lo pretendido por el actor, ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que con la*

[91] Cfr. CSJN, "Cabrera", s. 13/07/2004, Fallos 327:2905.
[92] Cfr. Fallos 302:904; 312:245; 333:311.

inconstitucionalidad declarada en autos se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por aquel…" [93].

Como también se dijo en "Mansilla", *"…la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose a la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos: 331:2578, entre otros)…"*.[94]

4) Disponibilidad de derechos. Otro de los factores, entrelazado a los anteriores, se vincula con el carácter disponible o indisponible de los derechos involucrados en la contienda, pudiendo establecerse la siguiente regla de balance: cuanto más disponibles y patrimoniales sean los derechos en juego, más renunciables serán por su titular, y menos espacio habrá, frente a la omisión impugnatoria, para una tacha constitucional de oficio; por el contrario, cuanto más indisponibles y extrapatrimoniales sean los derechos involucrados, menos renunciables serán por parte de su titular, pudiendo allí tener más cabida el control constitucional de oficio, aunque la parte no haya desarrollado profundamente sus cargas procesales vinculadas a esa tacha.

Como se ha dicho recientemente, no todas las normas constitucionales tienen los mismos contenidos, ni están enfocadas a la tutela de los mismos intereses, pudiendo aparejar su eventual violación diverso tratamiento y consecuencias[95]. En tal sentido la CSJN ha señalado que: *"…las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y … ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías … o suponen el*

[93] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos", s. 27/12/2006, Fallos 329:5903.
[94] Cfr. CSJN, "Mansilla", s. 13/07/2004, Fallos 327:2905.
[95] Cfr. voto Dr. Soria, cons. IV.2.a en fallo "Necotrans", ya citado.

reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar … (no pudiendo frente a ello)*… obtener*(se) *el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes…"*; *"… al tratarse de derechos patrimoniales –de los cuales su titular puede disponer e incluso, como se señaló, renunciarlos expresa o tácitamente-, si aceptó…* (la ley)*… sin efectuar reserva alguna, no puede …*(luego)*… sustraerse de las consecuencias de dicho acto";* se *"ha excluido"* así la posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes involucradas[96].

5) El interés comprometido. Otro factor, íntimamente relacionado, que se deriva casi en cascada de los que anteceden, es el que se vincula con el tipo de interés comprometido en la controversia, pudiendo establecerse aquí otro balance paralelo: a mayor interés privado involucrado en el caso, menor espacio para el control oficioso, y a mayor interés público mayor posibilidad para el eventual ejercicio oficioso. Este tema merece un desarrollo separado porque existe una corriente de pensamiento (ius-publicista) que ha venido pregonando que en materia de control constitucional toda potencial violación de normas debe considerarse de orden público, debiendo siempre y en todos los casos el juez proceder a ejercer el control de oficio, sin quedar supeditado en manera alguna por la voluntad de las partes, ni por las piezas del litigio.

Expresamente esta corriente habría señalado que el juez tiene el "deber" de ejercer el control constitucional, siempre y en cualquier conflicto *"…sin importar si éste es o no de orden público, pues aun una ley que rige derechos particulares, si es inconstitucional, agravia el orden público. La Constitución es toda ella una norma de orden público. De tal suerte la renuncia del particular es irrelevante, frente a la obligación del juez de aplicar el derecho válido …El juez es allí enteramente libre. Y cuando más libre es el juez, es precisamente cuando ejerce su jurisdicción constitucional, es decir, su atribución de control… inmanente a la función judicial. En suma, el juez es*

[96] Cfr. CSJN, "Cabrera", s. 13/07/2004, Fallos 327:2905.

quien tiene el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes, y el ejercicio de ese deber no depende de la voluntad tácita o expresa de las partes…" [97].

Sin mengua del prestigio de esta doctrina autoral, estamos en desacuerdo con su postura, así como con la pretensión de ver en todo tema constitucional una cuestión de orden público, que avasalle el juego de los derechos privados y el principio dispositivo, porque creemos que por intermedio de aquella idea, so pretexto de reforzarse la tutela constitucional, paradójicamente se terminan debilitando sus garantías, al propiciarse una oficiosidad judicial excesiva, casi inquisitiva, enfatizando el aspecto público del tema (art. 31 CN), en detrimento de las cláusulas que protegen el aspecto privado del derecho y su defensa (art. 17, 18 y 19 CN), instalándose la idea equivocada de que, con independencia de la actitud que hayan asumido las partes, de las conductas de adhesión que hayan tenido para con las normas y de la disponibilidad de sus derechos, el juez siempre puede introducir la tacha legal de oficio, por impulso de su exclusivo escrúpulo, todo lo cual abre el riesgo de mal ejercicio del control constitucional, con violación a las garantías del dispositivo, la congruencia, el debido proceso y la defensa en juicio.

Una cosa es que se admita que bajo ciertas condiciones procede el control constitucional de oficio, y otra distinta es pretender que toda discusión constitucional convierta a cualquier litigio en un caso de orden público, habilitando el proceder de oficio. Esto terminaría por alentar una publicización desmedida del ordenamiento, con abolición del derecho civil, el derecho privado, la autonomía de la libertad y la zona de reserva disponible de los ciudadanos (art. 19 CN).

Para evitar este desborde, reiteramos, la propia CSJN se ha encargado de decir: *" cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados*

[97] Ver BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ábaco, 1992, p. 219.

para renunciar a esa protección…(y ello puede suceder)*…cuando el interesado realiza actos que… importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías",* debiendo en estos casos sostenerse la aplicación de la ley para el caso particular, a causa de que la parte, con sus actos de disposición, acatamiento o renuncia, ha excluido la posibilidad de su tacha constitucional[98], habiendo tanto orden público en la posibilidad del ejercicio del control constitucional, como en el resguardo de los límites del dispositivo, la competencia y la defensa en juicio[99].

6) Cuestión de puro derecho. Otro de los factores a tener en cuenta para deslindar la posibilidad o no de ejercicio del control constitucional de oficio se vincula con el tipo de análisis que conlleva ese control de validez de las leyes, a saber, si es de puro derecho o si es de hecho y prueba, toda vez que en el primero de los casos se habría considerado más propicio el ejercicio oficioso, mientras que en el segundo se habría considerado dependiente del pedido de las partes.

Ya vimos que la CSJN, en el fallo "Banco Comercial de Finanzas" había considerado que todo control constitucional era siempre de puro derecho, y que eso habilitaba su tacha de oficio, aun sin pedido de parte, señalando *"…no se sigue … la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho…la potestad …*(responde al)*… iura novit curia"* [100]*.* Empero, a partir del fallo "Rodríguez Pereyra" la CSJN habría reconocido que hay tachas constitucionales que dependen de cuestiones fácticas (de hecho y prueba), y requieren del planteo de las partes interesadas, porque los jueces no pueden suplir de oficio esos argumentos, señalando *"cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de los jueces de decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de*

[98] Cfr. CSJN, "Cabrera", s. 13/07/2004, Fallos 327:2905.
[99] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.
[100] Cfr. CSJN, "Banco Comercial de Finanzas", s. 19/08/2004, Fallos 317:3117.

inconstitucionalidad de la norma que lo genera" [101].

Cabe aclarar que, si bien las inconstitucionalidades de puro derecho se prestan más que las de hecho y prueba para el control constitucional de oficio, en virtud del adagio *iura novit curia*, ya dijimos que este solo dato no resulta decisivo para tener por habilitada esa tarea, toda vez que la posibilidad de tacha legal debe conjugarse con los otros criterios que ya vimos, entre ellos el que exige que haya sido al menos insinuado el agravio jurídico por la parte interesada (planteo tácito), y que no haya existido sometimiento voluntario al régimen legal aplicable que impide su tacha, en especial sobre derechos disponibles, porque si así hubiera sido, aunque la inconstitucionalidad fuera de puro derecho, igual quedaría excluida por resultar incongruente.

7) Principio de congruencia. Uno de los factores más importantes a considerar en lo que refiere al deslinde entre la legitimidad e ilegitimidad del ejercicio del control constitucional de oficio, es el que se vincula con el respeto del principio de congruencia, y que señala que el control de oficio debe responder, sino al pedido expreso de la parte, al menos al planteo tácito de la tacha legal por insinuación de una argumentación contra *legem*, que se desprenda del contenido de la demanda o defensa, y que no desborde los términos de la traba de la litis.

Aquí aparece nuevamente entremezclada la cuestión del *iura novit curia*. En el precedente "Mill de Pereyra" la CSJN habría considerado que el ejercicio del control constitucional de oficio no afectaba el principio de congruencia y la defensa en juicio, porque habría entendido que aquella facultad representaba siempre una manifestación más del adagio *iura novit curia*, en virtud del cual, así como el juez puede suplir el derecho que las partes no invocan, así también puede tachar las normas que se estimen inválidas y cambiarlas por otras, aunque las partes no lo hayan pedido, sin compromiso para las garantías del juicio[102]. Ocurrió como vimos

[101] Cfr. CSJN, "Rodríguez Pereyra", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[102] Cfr. CSJN, Mill de Perery a", s. 27/09/2001, Fallos 324:3219.

que en fallos posteriores la CSJN comenzó a detectar que el *iura novit curia* no podía servir de excusa para que los jueces alteraran el marco normativo de la litis, ni para que se permitieran poner en tela de juicio las normas que habían sido pacíficamente aceptadas por las partes del juicio, habiéndose comprendido que existen temas jurídicos "excluidos" del debate que también imponen respeto de congruencia por parte de los magistrados, en el sentido de que no pueden avanzar sobre ellos de oficio, debiendo respetarse la decisión de las partes de no someterlos a conflicto, concluyéndose *"... si bien es exacto que la facultad de suplir el derecho autoriza a los jueces a calificar autónomamente los hechos del caso y a subsumirlos en las normas jurídicas que lo rigen (iura novit curia), esta facultad reconoce excepción respecto de los tribunales... en el ámbito de los puntos* ...(excluidos por las partes)*... Los tribunales ... no pueden exceder –en materia civil- la jurisdicción devuelta por los ...* (planteos)*... deducidos ante ellos..."*[103].

El hecho de que los jueces conozcan el derecho no los autoriza a introducirse de oficio en temas jurídicos que han quedado excluidos del debate por la voluntad de las propias partes, resultando que, si bien el *iura novit curia* permite recalificar en derecho los planteos realizados por aquellas, tal principio no autoriza a reformular los términos del caso, ni alterar las normas del ordenamiento aplicable, con creación improvisada y sorpresiva de una regla inesperada.

En relación al respeto de la congruencia es interesante introducir un distingo, algo sutil, que no siempre se tiene presente en el análisis del tema. La congruencia de una decisión debe medirse en comparación con dos elementos objetivos de la pretensión, a saber, la causa y el objeto de la demanda; veamos: **i- la congruencia con la causa:** nos dice que la decisión judicial debe respetar los fundamentos fácticos y jurídicos (aun recalificados) de la pretensión entablada, tal como los introdujeron las propias partes interesadas para el sustento de sus planteos, sin

[103] Cfr. CSJN, "Milantic", s. 05/08/2021, Fallos 344:1857.

que la posibilidad oficiosa de recalificar peticiones permita al juez alterar esa plataforma de base, ni introducir el fundamento del triunfo (aun jurídico) de una de ellas, si éste no fue esgrimido en forma expresa o tácita por el propio litigante; **ii- la congruencia con el objeto:** nos dice que la decisión debe responder –a su vez- al efecto o resultado pretendido por las partes, al bien de la vida reclamado, sin excederlo y sin alterar su contenido económico o alcance requerido.

El distingo es importante porque nos permite señalar que para que esté respetada la congruencia deben observarse las dos limitaciones referidas, de la causa y el efecto de pedir, no bastando el cumplimiento de una sola de ellas. Obviamente que la incongruencia es más evidente cuando el juez excede el objeto de la pretensión. Por ejemplo, en la causa "Gómez" fue relativamente sencillo para la CSJN mostrar el exceso cometido con la tacha de oficio, toda vez que con ella los jueces de grado no sólo se habían ido del tema, sino que habían otorgado más de lo pedido por el propio litigante, condenando en dólares, lo que el propio interesado había reclamado en pesos (demasía en el objeto)[104]. Pero aun cuando se hubiera mantenido el objeto de la pretensión, la tacha de oficio puede violar la congruencia si se aparta de los fundamentos jurídicos de la reclamación (demasía en la causa). De tal manera, no basta que el juez pretenda cubrir sus desvíos de fundamentación alegando que ha respetado el objeto de pedir de la parte interesada. Esta discusión se presentó en el fallo "Necotrans" de la SCBA, en donde la mayoría pretendió cubrir el desvío de la tacha oficiosa de una norma sobre el alongamiento de plazos, alegando que en definitiva se respetaba el resultado de prescripción que había sido invocado por la demandada (objeto), perdiéndose de vista, como dijo la minoría, que el fundamento jurídico de esa defensa era otro y excluía la posibilidad de la tacha legal de oficio (causa) [105]. Como ejemplo de otros casos en los que se revocó la tacha oficiosa desviada con la causa, pese a no

[104] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos", s. 27/12/2006, Fallos 329:5903.
[105] Ver SCBA, A-73.474, "Fisco de la Provincia de Bs. As. c/ Necotrans S.A y otros", s. 25/02/2021.

alterarse con ella el objeto de la reclamación, puede consultarse el fallo "Larramendy", en donde el actor pidió se admitiera su demanda alegando estar dentro del plazo de caducidad, y el juez la admitió –pese a su extemporaneidad- por una tacha oficiosa de la norma reguladora de ese plazo, procediendo allí la Cámara a revocar la decisión, por considerar que –pese a la coincidencia en el objeto de pedir- la resolución oficiosa había sido incongruente con la causa[106].

En sentido similar se puede consultar el fallo "Gómez Jorge", en el que el actor pidió una indemnización por falta de promoción laboral dada su condición de extranjero (objeto), y la justicia rechazó su demanda porque en ella no se había impugnado la constitucionalidad de la norma que establecía la ciudadanía como condición al efecto (causa), resultando que la CSJN confirmó ese rechazo, haciendo ver que, si bien una eventual tacha legal hubiera respetado aquel objeto, los jueces no podían introducir de oficio el fundamento del triunfo de la demanda[107].

8) Evidencia del vicio. Otra de las cuestiones a tomar en cuenta para analizar la procedencia o no del control constitucional de oficio remite a considerar la diferente manifestación que puede tener el vicio constitucional subyacente en el pleito, distinguiéndose así la nulidad manifiesta o no manifiesta. Ya vimos que la posición tradicional (prohibitiva) habría partido de la base de considerar que —ante la presunción de constitucionalidad de las leyes— todo reproche constitucional debía ser no manifiesto y por ende sometido al planteo y la prueba que aportara la parte. A cambio, la posición siguiente (permisiva), al entender que todo vicio constitucional suponía una cuestión de derecho, habría reputado toda nulidad como manifiesta y entonces no resultaba necesario realizar mayor debate y prueba, justificando de ese modo el control de oficio. Ni tanto, ni tan poco, la posición intermedia (condicionada) habría admitido la existencia de vicios más claros y manifiestos (y por ende declarables de oficio, siempre que se den otros recaudos),

[106] Cfr. CCALP, causa, 6202, "Larramendy", s. 10/06/2008; SCBA, A-70.073, "Larramendy", s. 18/12/2013.
[107] Cfr. CSJN, "Gómez Jorge", s. 22/03/2018, Fallos 341:250.

y otros más dependientes de debate y prueba (y por ende sujetos al aporte de la parte).

En efecto, la posición de la Corte Suprema en "Rodríguez Pereyra", estaría reconociendo la posibilidad de que los vicios constitucionales sean más o menos evidentes, y en función de ello pueda definirse la procedencia o no del control de oficio. En este sentido el Máximo Tribunal Federal señala: "...*se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir...* (la)... *inconstitucionalidad de la norma*"[108].

Ahora bien, tal como ocurre con los otros factores analizados, no basta que el juez califique como evidente el vicio de una norma, para que por eso solo ya se considere habilitado a proceder a su tacha de oficio. Es necesario ponderar también el tipo de derecho en juego, la conducta asumida por las partes, el posible sometimiento voluntario que hayan decidido, etc.

Este tema de la evidencia del vicio y su relación con los otros factores permite introducir un aspecto adicional que merece cierto detalle, y es el que se presenta cuando en relación a las normas involucradas y no discutidas en una causa, ya existe jurisprudencia adversa que declaró la inconstitucionalidad de esas leyes. Este podría considerarse un supuesto en donde existe una cierta evidencia sobre la inconstitucionalidad de las normas, ya tachadas en otros casos. ¿Cómo debe proceder el juez frente a esto?, ¿alcanza con la presencia de esos fallos para que ya se considere habilitada la tacha de la norma de oficio, con prescindencia de otros datos como podrían ser el contenido de la causa, y la conducta asumida por las partes? Esto fue lo que se discutió también en “Necotrans”, porque la norma allí tachada, ya venía descalificada por la jurisprudencia de la CSJN en el fallo “Filcrosa”, entendiendo la mayoría que eso ya era suficiente para tacharla de oficio, en contra

[108] Cfr. CSJN, “Rodríguez Pereyra”, s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.

de lo cual la minoría hizo ver que en la causa se debatían derechos puramente patrimoniales y disponibles, habiendo el propio interesado resignado y excluido la posibilidad de la tacha referida, al haberse sometido voluntariamente al régimen normativo[109]. La propia CSJN ha preservado este distingo, habiendo revocado en varias ocasiones las tachas oficiosas de leyes que pretendieron fundarse en precedentes adversos a las normas, incluso provenientes de ese Máximo Tribunal, haciendo ver que aunque esos fallos existieran, si las partes consintieron la aplicación de la norma, no era válido su tacha constitucional de oficio[110].

9) El derecho de defensa. Otro de los aspectos a tomar en cuenta en el tema del control de oficio se conecta con el derecho de defensa. Ya vimos que en la primera etapa prohibitiva de la jurisprudencia "Los Lagos" la CSJN descalificaba el control constitucional de oficio, entre otras cosas, porque consideraba que su ejercicio resultaba violatorio de la defensa en juicio, al implicar una alteración postrera y sorpresiva de todo lo que hasta entonces había sido el objeto de la litis, con introducción disruptiva de una tacha legal a último momento, de la que no había existido posibilidad de ser oído[111]. A cambio de ello, en la segunda etapa permisiva surgida con "Mill de Pereyra" la CSJN autorizó el control constitucional de oficio, considerando que, por ser esa facultad manifestación del *iura novit curia*, no podía implicar una sorpresa ni afectar la defensa en juicio[112]. Finalmente, en la tercera etapa condicionada, pareciera que la CSJN ha reconocido que la tacha constitucional de oficio, ejercida en forma sorpresiva, por afuera de los límites expresos o implícitos del debate, o supliendo omisiones postulatorias decisivas,

[109] Cfr. SCBA, A-73.474, "Fisco de la Provincia de Bs. As. c/ Necotrans S.A y otros", s. 25/02/2021.

[110] Cfr. CSJN, "Gómez Carlos", s. 27/12/2006, Fallos 329:5903; "Mansilla", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333. En sentido similar otros tribunales han revocado sentencias por mal ejercicio del control constitucional de oficio, en este sentido ver causa CCALP, causa, 6202, "Larramendy", s. 10/06/2008; CCAMDP, "Fisco c. Grolden SA", s. 30/06/2020.

[111] Cfr. Fallos 204:671. La CSJN ha dicho que no corresponde ejercer una declaración de inconstitucionalidad de normas que se dicen contrarias a garantías, cuando dicha cuestión *"no formó parte de los términos de la litis"* (Fallos 301:1223).

[112] Cfr. CSJN, Mill de Perery a", s. 27/09/2001, Fallos 324:3219.

provoca una alteración del balance procesal, en beneficio de una parte y en detrimento de la contraria.

Expresamente la CSJN ha dicho en la causa "Mansilla" que el tribunal que, so pretexto de *iura novit curia*, ejerce un control constitucional de las leyes de oficio, incurriendo en un claro apartamiento de los términos de la traba de la litis, trasponiendo el campo propio de la congruencia, concediendo algo que el propio interesado había resignado, *"…sustituyéndose en la voluntad de una de las partes…* (provoca con ello una) *… alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria"* [113]. En sentido similar en "YPF" la CSJN recalcó: *"… ni aun bajo la invocación de ponerse en ejercicio la atribución de controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes reconocida en el caso 'Rodríguez Pereyra'… está autorizado el tribunal de la causa para infringir el principio de congruencia, concediendo a una de las partes algo que el propio interesado había resignado, incurriendo así en un apartamiento de los términos de la relación procesal que desconoce la vigencia real de la garantía constitucional de defensa en juicio"* [114].

Parece claro que el ejercicio impropio de la tacha constitucional de oficio, desplegado sin un agravio -al menos implícito- de la parte interesada, con el fin de inclinar la balanza y el resultado del juicio a su favor, resultaría violatorio de la imparcialidad judicial y el derecho de defensa en juicio de la contraria, toda vez que por su intermedio el juez se estaría colocando en el papel de auxiliar de aquella parte y le estaría arrebatando a esta otra la posición de triunfo que por ley tenía garantizada, en especial frente a la ya dicha falta de cumplimiento de la carga impugnativa por parte de la interesada. En este sentido la jurisprudencia ha dicho: *"…cuando la declaración de inconstitucionalidad incline la controversia a favor de alguna de las partes, por influir decisivamente en la solución de la materia sustantiva sometida a conocimiento de la jurisdicción, su condición de posibilidad se hallará*

[113] Cfr. CSJN, "Mansilla", s. 27/11/2012, Fallos 335:2333.
[114] Cfr. CSJN, "YPF", s. 12/05/2015.

siempre presente en el requerimiento expreso de quien intente ese resultado"; de lo contrario *"…el órgano judicial…* (quebraría)*…su condición de tercero imparcial al desbordar uno de los límites de la jurisdicción que lo tienen dedicado a resolver las peticiones de las partes…".*[115]

En cualquiera de los casos, y aún frente al eventual ejercicio del control constitucional de oficio, desde siempre existieron votos que alertaron sobre la necesidad de evitar el efecto sorpresa y preservar el derecho de defensa de las partes con algún traslado previo que les brinde la oportunidad de incidir en el debate. Esto se refuerza ahora por el principio de la prohibición de la decisión sorpresiva, que exigiría que aun en el caso de ponerse en juego atribuciones judiciales de oficio, se brinde un traslado previo a las partes para permitirles influir en el tema. Con todo, ya lo dijimos, esta exigencia debe combinarse con las anteriores, en especial con la que exige respetar la congruencia y el voluntario sometimiento normativo que hayan resuelto las partes, no siendo válido violar esos límites, bajo el pretexto de dar un traslado previo saneador para ejercer la defensa, porque este traslado no sirve para ensanchar el campo de la actuación de oficio.

10) Oportunidad de ejercicio. Un factor final que puede tener relación con el que antecede se refiere al momento procesal en que puede ser ejercida la tacha de oficio. No es lo mismo que esa facultad se ejerza en la primera instancia, cuando todavía las partes tienen toda la temática abierta y conservan una mayor oportunidad defensiva a través de los recursos ordinarios, que si esa tacha se ejerce en el ámbito de la segunda o ulterior instancia, pues allí, además de angostarse todavía más la congruencia y competencia decisoria por vía de los recursos, quedará menor oportunidad de defensa para las partes perjudicadas, pues sólo restarían los recursos extraordinarios.

[115] Cfr. CCALP, causa, 6202, "Larramendy", s. 10/06/2008; SCBA, A-70.073, "Larramendy", s. 18/12/2013.

VI- Conclusiones

Llegados a esta altura podemos presentar alguna idea conclusiva. Para que no haya un exceso jurisdiccional invasivo, un activismo judicial desmedido, un paternalismo impropio de los magistrados, el ejercicio de las facultades oficiosas que los jueces tienen asignadas debiera ser discreto y razonable, pudiendo con ellas complementar la tarea ya realizada suficientemente por las partes, pero no salir a suplir enteramente la falta de cumplimiento de las cargas procesales, en especial frente a derechos disponibles, porque si procedieran de esta última manera, se terminarían transformando en auxiliares de una de las partes, poniéndose enteramente de su lado, con abandono del rol de tercero imparcial que le es propio, en violación a la igualdad de partes, la imparcialidad judicial y el derecho de defensa en juicio.

Es muy grande el riesgo de parcialidad predispuesta que puede evidenciarse a través del ejercicio anómalo de la tacha constitucional de oficio, desanclado de un pedido expreso o tácito de parte, porque su "uso desatado" puede revelar que el juez se quiso quitar de encima las normas que iban en dirección contraria al sentido de su voluntad decisoria, para favorecer *contra legem* a una parte en detrimento de la otra. Demos un ejemplo. En el ya citado caso "Larramendy", la actora había iniciado la demanda contenciosa fuera del plazo de caducidad de 90 días hábiles que tenía para accionar. La demandada opuso la excepción de caducidad de la demanda, pidiendo se reconociera su derecho a quedar liberada del juicio. La actora contestó la excepción alegando que su demanda estaba en término, sin plantear agravio contra la norma que preveía el plazo de caducidad. Al momento de resolver el juez señaló que, si bien era cierto que la demanda era extemporánea, debía admitírsela igual, porque a su criterio debía tacharse de oficio la constitucionalidad de ese plazo de caducidad. Apelado el fallo la alzada revocó la tacha oficiosa señalando que: *"la resolución atacada la revela desprovista de toda*

articulación expresa de parte interesada, exhibiéndose pronunciada de oficio por el juez de la causa", con grave inclinación del resultado del juicio a favor de una de las partes y en detrimento de la otra, desbalance que, al influir decisivamente en la solución del proceso, siempre debe estar sometido al planteo de parte, para evitar el quiebre de la imparcialidad de juzgamiento[116].

Concluimos así señalando que, por regla general son las partes las que tienen la carga de hacer el planteo de inconstitucionalidad de las leyes que consideren contrarias a sus derechos, para habilitar la competencia judicial congruente sobre el punto. Esto significa que también por regla general los jueces debieran abstenerse de ejercer la tacha constitucional de oficio, en ausencia de aquellas cargas, en especial frente a conflictos de intereses privados, cuando las propias partes no plantearon objeciones legales, sometiéndose voluntariamente y sin reserva a los marcos normativos. En ese escenario el ejercicio oficioso de la tacha legal puede resultar incongruente y ser violatoria del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN).

En forma excepcional, cuando la controversia planteada por las partes contenga implícitamente el desarrollo de algún agravio constitucional, y/o frente a la presencia de derechos indisponibles ligados al orden público, allí sí podría caber un espacio acotado para el control constitucional de oficio, siempre dentro de los límites de la congruencia, y con previo traslado defensivo, de modo tal de brindar a las partes la oportunidad de ser oídas y de influir en el resultado del litigio.

[116] Cfr. CCALP, causa, 6202, "Larramendy", s. 10/06/2008; SCBA, A-70.073, "Larramendy", s. 18/12/2013.

La tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en el proceso administrativo

Carlos Balbín [1]

Es evidente que los derechos colectivos pueden ser objeto de análisis desde diversos andariveles jurídicos; en el marco de esta breve exposición propongo hacerlo desde el principio constitucional y convencional de la división entre los poderes y, particularmente, el rol de las/os juezas/jueces en el diseño institucional. En otras palabras y desde esta perspectiva, cabe preguntarse si los derechos colectivos y sus garantías judiciales nos exigen repensar el papel del Poder Judicial y, por tanto, cómo interpretar aquel principio.

En el contexto actual al fenómeno de la exigibilidad judicial de los derechos sociales debe añadirse la creación de nuevos derechos (derechos colectivos) y la

[1] Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y Doctor en Derecho (UBA). Premio Facultad (UBA). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Austral, de San Andrés, Libre (Colombia), de Barcelona (España) y Nápoles II (Italia). Director de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la UBA. Director del Centro de Estudios sobre Transparencia y lucha contra la Corrupción de la Facultad de Derecho de la UBA. Ex Fiscal General Adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Ex Procurador del Tesoro de la Nación. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires. Ha obtenido el Premio Konex de Platino en el año 2016.

incorporación de un cauce judicial novedoso (el amparo colectivo). Así, entonces, la/el jueza/juez con su formación y conocimiento tradicional comenzó a trabajar y construir sus sentencias con otras bases sustanciales y formales sin marcos regulatorios detallados ya que el Congreso no aprobó nuevas leyes procesales.

Entonces, me pregunto cómo interpretar la división de los poderes no solo desde una perspectiva histórica (1853/60), sino en el marco constitucional actual, pues uno de los puntos quizás más relevantes que introdujimos en la reforma de 1994 ha sido el derecho colectivo.

Es sabido que la reforma del año 1994 tuvo por objetivo, entre otros, limitar el hiperpresidencialismo y fortalecer al Congreso y al Poder Judicial. En particular, respecto de este último, se creó el Consejo de la Magistratura y se les atribuyó a las/os juezas/jueces una herramienta novedosa en los términos del art. 43 (el amparo colectivo), más allá de la constitucionalización del amparo individual. A su vez, el carácter colectivo del amparo se trasladó, conforme la interpretación de la Corte Suprema, a los otros procesos judiciales.

***

Pues bien, los procesos colectivos -según mi criterio- nos llevan a repensar el principio de división de poderes en los términos en que lo hemos interpretado históricamente.

En primer lugar, intentaré describir cómo es el sistema tradicional de control judicial sobre las decisiones estatales; en segundo lugar, cómo evolucionó ese modelo tradicional de control; y, finalmente, cómo es el modelo actual que nace tras la reforma de 1994. En otras palabras, cabe preguntarse no solo si las/os juezas/jueces controlan el diseño de las políticas públicas (leyes y decretos) o, en su

caso, cómo se ejecutan tales políticas por el Poder Ejecutivo (actos, comportamientos materiales, silencios, contratos), sino además si en casos excepcionales diseñan y ejecutan políticas públicas por sí mismos.

Para analizar esta cuestión creo que debemos intentar un desarrollo histórico; vuelvo al primer punto que es la descripción del sistema tradicional.

En este modelo las/os juezas/jueces controlan a la administración pública, pero comienzan a construirse límites en el ejercicio de ese poder de control por parte de la/el juez/jueza y ese límite básicamente es el acceso limitado al proceso judicial a través de la creación del concepto de caso judicial; la/el jueza/juez controla, pero controla solo cuando se presenta ante ella un caso judicial. Este aspecto es sumamente relevante porque impide el control objetivo de legalidad; en efecto, entre nosotros, solo es posible dicho control desde las miradas subjetivas (es decir, el derecho subjetivo individual). Así, pues, si no existe lesión sobre derechos subjetivos, la/el jueza/juez está inhibido de intervenir y reestablecer la legalidad. A su vez, el otro aspecto relevante en la descripción de este proceso y limitación del control y su alcance, es que la/el jueza/juez decide con efectos relativos y no absolutos (esto es, solo entre las partes del proceso). Es decir, en el modelo constitucional tradicional la/el jueza/juez controla, pero controla con límites y, quizás, el límite más importante es el concepto de caso judicial y, asimismo, el alcance limitado de las sentencias.

A este cuadro cabe subrayar el control de constitucionalidad de las leyes. Así, la/el jueza/juez controla la planificación de las políticas públicas y no solo los decretos del Poder Ejecutivo sino también las leyes del Congreso.

Luego se presentó un período de transición en el cual se profundizó el control por parte de las/os juezas/jueces y eso se debe a dos puntos. El primero es que la/el jueza/juez comenzó a controlar el ejercicio del poder discrecional, cuando históricamente solo controló el ejercicio del poder reglado; este es un aspecto

importante que marcó tal período de transición; y el otro punto es la judicialización de los derechos sociales. Cuando estudiábamos derecho en la década de los 80 del siglo XX se explicaba que era necesario distinguir entre los derechos individuales y los derechos sociales. En efecto, el derecho individual era operativo y, por el contrario, los derechos sociales eran simplemente un programa de gobierno (programáticos) y, por tanto, no era posible exigir su judicialización. Entonces, en este período de transición hasta 1994 introduciría estos dos puntos; por un lado, el control judicial del poder discrecional y, por el otro, el camino hacia la judicialización de los derechos sociales.

El tercer período nace marcadamente tras la reforma de 1994. A partir de allí la jueza/juez va a controlar derechos individuales, sociales y discrecionalidad con un instrumento innovador; esto es, el proceso colectivo, a través de la figura de los derechos colectivos. A su vez, en este período debe sumarse el control de convencionalidad y otro hecho novedoso; a saber, el control de constitucionalidad de oficio.

***

Este derrotero histórico y el detalle de sus piezas nos permite reconstruir un escenario bastante complejo y sobre todo deshilvanado y quizás inconsistente ya que no existe, según mi criterio, un principio vertebrador del modelo. El proceso colectivo debe interpretarse a partir de esas piezas y su desarrollo histórico; es decir, el proceso colectivo irrumpe en un escenario predeterminado por ese material. ¿Cuáles son esas piezas? Tal como describí anteriormente estas son los derechos individuales, el caso judicial, el efecto de las sentencias, los derechos sociales y el control de constitucionalidad. En este contexto, entonces, debemos agregar los derechos colectivos. El desafío es cómo añadir esta pieza (derechos

colectivos) en un cuadro ya de por sí desordenado. Es decir, cómo armar el rompecabezas cuyo título es el control judicial de las políticas públicas.

Al analizar este nuevo escenario de piezas desordenadas y yuxtapuestas es necesario advertir que la jueza/juez ejerce un control mucho mayor que en el cuadro originario. Así es posible afirmar que la jueza/juez, entre nosotros, ejerce el control de las decisiones estatales desde la perspectiva de los derechos individuales, los derechos sociales y los derechos colectivos sobre el poder reglado y discrecional estatal y conforme el orden constitucional y convencional, incluso de oficio. Esto nos lleva a definir a la jueza/juez como decisor en términos de planificación y ejecución de políticas públicas y no solo de control sobre estas. ¿Es razonable pensar al juez y su trabajo con ese alcance?

Evidentemente la pieza más innovadora y constitutiva quizás de un cambio de paradigma en el control judicial y su alcance es el concepto de los derechos colectivos. Por ello, es un aspecto que debemos retomar y pensar con mayor detenimiento. La idea subyacente al derecho colectivo es el concepto de bien colectivo. Entonces, ¿qué es un bien colectivo? Nosotros sabemos qué es un bien individual o un bien social; un derecho individual o un derecho social; pero en este estadio debemos incorporar otro concepto, esto es, el de los bienes colectivos. Para intentar construir una respuesta recurrimos obviamente al propio texto constitucional; allí se describen bienes colectivos como por ejemplo los derechos de usuarios y consumidores, la competencia y el ambiente; pero a su vez el propio texto dice “y otros derechos de incidencia colectiva”. De modo que el dilema es tratar de dilucidar cuáles son esos otros derechos colectivos. Recordemos que este concepto nos permite ampliar el acceso a la jueza/juez y, asimismo, dotarlo de mayor poder decisorio, pues el alcance de sus sentencias es más amplio. En síntesis: más derechos colectivos, mayor acceso a la jueza/juez, y mayor poder decisorio de este.

A su vez el bien colectivo y su protección exige mayor control del diseño y ejecución de las políticas públicas. Es más, en tal contexto, cabe preguntarse si la jueza/juez está habilitada/o no solo a controlar sino incluso en ciertos casos excepcionales, a diseñar y planificar por sí mismos tales políticas y si, consecuentemente, ello desconoce el principio de división entre los poderes públicos.

El ambiente es un ejemplo arquetípico de un bien colectivo; podríamos añadir otro ya mencionado e incorporado por el convencional como es el derecho de los usuarios y los consumidores; pero la salud pública, la educación pública o, en su caso, las finanzas públicas, son o no bienes colectivos protegidos por derechos colectivos. Este es el primer aspecto que debemos plantear y resolver. Si uno recurre a los textos normativos más allá de la Constitución, no existe una ley regulatoria de los derechos colectivos o de los procesos judiciales colectivos, de modo que allí no vamos a encontrar respuestas. Podríamos luego repasar la doctrina de la Corte Suprema y cómo el tribunal creó una teoría dogmática sobre los derechos y procesos colectivos a partir del caso "Halabi"[2]. Aquí se definen claramente, como todos sabemos, las siguientes categorías: a) los derechos individuales clásicos; b) los derechos colectivos que recaen sobre objetos colectivos; y c) los derechos colectivos constituidos por un conjunto de derechos individuales que cumplen con ciertas condiciones.

***

Así según la Corte distinguimos entre un derecho individual, un derecho colectivo (propiamente colectivo porque recae sobre un bien indivisible) y, por

[2] Fallos 332:111.

último, un derecho colectivo integrado por derechos individuales iguales a los de la primera categoría pero que, al cumplir con ciertas condiciones, se definen con este alcance. Estas categorías se completan con un dato central; a saber, los derechos colectivos se protegen a través de procesos judiciales colectivos y aquí el alcance de las sentencias es absoluto, de modo que el poder de la/el jueza/juez es mucho mayor. Hemos sostenido que la/el jueza/juez se limitó a través de las figuras del caso judicial (acceso limitado a los titulares de derechos subjetivos) y el alcance limitado de sus sentencias. Pues bien, el bien colectivo trastocó ambos límites a través de la ampliación del acceso ante la/el jueza/juez a los titulares de derechos colectivos y, a su vez, el alcance amplio de las decisiones judiciales. Es probablemente un cambio de paradigma sobre el control judicial.

Ahora bien; la Corte, más allá del caso "Halabi" y precedentes posteriores, no define, según mi criterio, el concepto de bienes colectivos. En verdad es el legislador quien debe hacerlo por ley y completar e hilar los conceptos de bienes colectivos, derechos colectivos y procesos colectivos.

Aclaro una cuestión que creo importante; el bien colectivo no es meramente una suma de bienes individuales y el proceso colectivo tampoco consiste en el debate judicial procesal de una suma de intereses o derechos individuales, ni siquiera sociales. Aquí estamos intentando aprehender un objeto diverso, que es justamente el bien colectivo. No se trata de la salud como derecho individual o en su caso derecho social, o la vivienda como derecho social, sino leerlos e interpretarlos como bienes colectivos. El bien colectivo no es simplemente aquel que anuda intereses individuales, sino que representa otro interés que trasciende esas parcialidades y se conforma como un bien plural. Si la salud o la educación son bienes colectivos, entonces, ¿puede el juez resolver sin entrometerse en el diseño y ejecución de las políticas públicas? En otros términos, es posible escindir entre, por un lado, los derechos colectivos y su protección judicial y, por el otro, el modo

en que el Estado diseña y ejecuta las políticas públicas.

Otro punto crítico es la definición de los sujetos legitimados; es decir, quiénes son los titulares de esos bienes colectivos y, por tanto, acreedores de los derechos colectivos y sujetos legitimados en los procesos colectivos. La Constitución también nos ayuda en parte a definir al sujeto legitimado cuando nos habla de las asociaciones, el Defensor del Pueblo y el afectado, pero obviamente cuando nosotros nos acercamos a este tercer punto se abre una ventana fuerte de crítica y discusión respecto a quiénes son los sujetos afectados. Entiendo que el afectado es aquel que es titular de un derecho individual, pero a su vez capaz de representar el interés de todo el colectivo; es decir, no cualquiera puede presentarse en términos de actor en un proceso colectivo, sino aquel que puede sumar interés colectivo más interés propio e individual. El punto relevante es, como ya señalamos insistentemente, que los efectos son absolutos y no relativos. Un proceso colectivo es un proceso en el cual discutimos más fuertemente políticas públicas que en el contexto de procesos individuales; por eso, me parece que el punto de partida es un debate más profundo sobre el activismo judicial. Es decir, cuál es el papel de las/os juezas/jueces en el sistema democrático y en el diseño institucional de nuestra Constitución. En efecto, incorporar el proceso colectivo supone una definición previa del rol de las/os juezas/jueces en el modelo institucional.

Tengamos presente que estamos incorporando bienes públicos colectivos y no meramente individuales en un proceso judicial en el cual la/el jueza/juez ya ejerce un control de constitucionalidad de oficio, control de convencionalidad de oficio, control de la discrecionalidad estatal y judicialización de los derechos sociales.

***

Quizás podemos intentar analizarlo desde otra perspectiva; a saber, cuál es el límite del control judicial. Creo que la Corte en un primer tiempo y sobre todo a partir del caso "Halabi", ha intentado marcar una distinción entre derechos colectivos con impacto económico y sin tal impacto. En cualquier caso debo señalar que las decisiones judiciales tienen un efecto económico e impactan en las políticas públicas y en el presupuesto estatal, pero evidentemente no es igual cómo va a impactar el caso "Halabi" (derecho a la privacidad y a la intimidad) que si, por caso, la Corte resolviese que el Estado debe actualizar los haberes de todos los jubilados y pensionados de la Argentina conforme el criterio de la propia Corte en los casos "Badaro 1"[3] y "Badaro 2"[4]. Luego la Corte, en casos posteriores, dijo que no debiéramos hacer esta distinción en términos de derechos colectivos. ¿Cuál es el límite entonces? Es muy difícil decirlo porque cuando uno analiza fallos de Corte hay ciertos precedentes que avanzan y otros que no, incluso en circunstancias similares (fácticas y jurídicas). Por lo tanto, este es uno de los temas centrales del derecho actual y es el desafío más fuerte.

***

Por otro lado, la Corte ha sostenido que la/el jueza/juez en ningún caso debe ejercer un control objetivo de legalidad (constitucionalidad y convencionalidad); es decir, el interés de todas y todos por la legalidad no es un derecho individual, ni tampoco un derecho colectivo. Por lo tanto, la/el jueza/juez solo interviene si la ilegalidad causa o pudiese causar lesiones sobre los derechos de las personas (léase derechos individuales, sociales y colectivos).

Cuando uno lee las sentencias de la Corte advierte que las/os juezas/jueces de la Corte y las/os juezas/jueces en general, al resolver conflictos colectivos en el

[3] Fallos 329:3089.
[4] Fallos 330:4866.

marco de procesos colectivos, por ejemplo, en el caso Mendoza, subrayan enfáticamente que no les corresponde diseñar ni ejecutar políticas públicas, pues ello es impropio del Poder Judicial, limitándose solo a salvaguardar los derechos eventualmente vulnerados. Sin embargo, el caso Mendoza -entre otros- es curioso y paradojal ya que los jueces han intervenido activamente en el diseño y ejecución de políticas públicas ambientales. En efecto, en este caso las/os juezas/jueces no solo discuten cómo diseñar políticas públicas, sino además cómo ejecutar las políticas definidas a través de sus sentencias.

Quiero agregar otros puntos conflictivos en este rompecabezas evidentemente confuso; y es confuso porque no existe una ilación en el armado de estas piezas, sino que se han ido sumando espasmódicamente en el diseño y la construcción institucional de nuestro país.

En primer término, seguimos trabajando con procesos judiciales propios del primer modelo. Cuando inicié esta conversación intenté describir tres tiempos en cuanto al control judicial. Y he sostenido que el tercer período es claramente distinto al primero porque desborda el papel de las/os juezas/jueces, aunque curiosamente y de modo paradójico seguimos trabajando con los procesos propios del primer período. Cuando uno lee el Código Procesal Civil y Comercial o los códigos contenciosos, se describe el modelo propio del primer período; sin embargo, las/os juezas/jueces ahora controlamos con mayor amplitud la discrecionalidad del poder en términos de derechos individuales, sociales y colectivos. Este es un aspecto crítico porque una vez que decidimos incorporar el proceso colectivo debiéramos construir un cauce judicial distinto, pues evidentemente aquí no estamos discutiendo derechos individuales; es decir, necesitamos procesos distintos para discutir derechos sociales y, particularmente, derechos colectivos.

En segundo término, es necesario llevar al Poder Judicial los puntos virtuosos

del modelo democrático, esto es, participación y debate público. El Congreso es el poder central porque diseña las políticas públicas a través de la participación de mayorías y minorías con debate público. Entonces, si la/el jueza/juez cumple un rol distinto en el control de las políticas públicas, debemos crear mecanismos de mayor participación en los procesos judiciales e incorporar el debate plural y no limitado entre las partes tradicionales. Por ejemplo, aunque no exclusivamente, mediante la celebración de audiencias públicas o la intervención de amigos del tribunal (posibilidades que la Corte Suprema ha reglamentado mediante las acordadas 30/7 y 7/13, respectivamente).

En tercer término, debemos reflexionar sobre el perfil de las/os juezas/jueces. Las/os juezas/jueces en Argentina nos formamos en el derecho; no estudiamos sociología, psicología, economía, sino que básicamente a través de nuestras facultades nos dedicamos solo al análisis del derecho y eso solo es razonable en el marco tradicional. Es decir, la/el jueza/juez debe formarse en el conocimiento interdisciplinario para juzgar políticas públicas conforme el derecho. ¿Cómo juzgar un cuadro tarifario sin conocimientos sociales y económicos básicos? ¿Cuál es la formación de una/un jueza/juez y cuáles son las herramientas de las que dispone para poder analizar -más allá de cuestiones procedimentales o la competencia del órgano- la razonabilidad de un cuadro tarifario? El derecho y la mirada de la/el jueza/juez debe nutrirse de esos conocimientos, sin perjuicio –claro está– de la asistencia de peritos u otros expertos.

En cuarto y último término, es importante advertir que los procesos colectivos plantean un punto crítico; a saber, las fuertes dificultades en el cumplimiento de las sentencias. En este proceso es más simple acceder a la/el jueza/juez, pero más complejo ejecutar las decisiones judiciales.

Antes de volver a enredarnos en discusiones sobre cuestiones procesales es necesario insistir en el debate subyacente y central, esto es, el papel de los jueces

en el modelo institucional, pues este es el pilar desde el cual debemos analizar el contenido y alcance de los procesos colectivos como garantía de los derechos colectivos incorporados en el texto constitucional. ¿Cuál es el papel de las/os juezas/jueces y cómo modelar consecuentemente los procesos colectivos?

En la medida en que incorporamos derechos y procesos colectivos, es posible afirmar que las/os juezas/jueces participan del diseño de políticas públicas más allá de que se reafirme que no es así. Por eso, insisto, uno de los temas centrales de discusión en el derecho actual es la configuración del principio de división entre los poderes.

Concluyo, ¿cómo interpretar o reinterpretar este principio básico y cardinal del Estado democrático y social de Derecho? Entiendo que es necesario pensarlo desde los derechos, es decir, pensar cuál es el modelo que, sin desconocer la división de poderes, mejor satisfaga los derechos de todas y todos de modo justo e igualitario.

Diálogo constitucional y control judicial: la historia de una idea

Roberto Gargarella [1]

Introducción

Quisiera reflexionar sobre el largo e inacabado diálogo que viene desarrollándose, desde hace décadas, en torno a la justificación del control judicial.[2]

Conforme veremos, desde el mismo momento en que comienza a pensarse sobre la posibilidad de que los jueces invaliden una ley, empieza a cuestionarse el derecho de que los jueces puedan imponer sus criterios sobre el significado de la Constitución, por encima de la política. Desde entonces a hoy, desde el centro y

[1] Abogado y sociólogo por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho de la misma universidad y por la Universidad de Chicago (EE.UU.), con estudios post-doctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor o investigador visitante en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España), New York, Columbia, New School y Harvard (Estados Unidos). Ha recibido las becas John Simon Guggenheim (1999) y Harry Frank Guggenheim (2002). Ha publicado varios libros sobre teoría constitucional y filosofía política, entre los cuales se encuentran, "Latin American Constitutionalism (Oxford U.P., 2013), The Legal Foundations of Inequality" (Cambridge U.P., 2010), y también, "La justicia frente al gobierno"; "Las teorías de la justicia después de Rawls"; "Los fundamentos legales de la desigualdad" y "El Derecho a protestar: El primer derecho".

[2] Texto preparado originariamente para prologar el libro *La justicia constitucional de la democracia deliberativa,* de Roberto Niembro Ortega (Marcial Pons, 2019).

desde la periferia en la que muchos nos encontramos, hemos estado conversando y debatiendo crítica, a veces enojosamente, acerca de los alcances, límites y posibilidades del control judicial de constitucionalidad.

A continuación, voy a presentar una breve reconstrucción de la disputa teórica que se ha dado en la materia, desde fines del siglo XVIII hasta la actualidad. Para ello, dividiré la evolución de esa conflictiva disputa en 5 etapas o movimientos que, como cualquier otra clasificación, tienen algo de arbitrario. Presento en lo que sigue esta clasificación de modo propositivo y provisional, identificando a cada una de esas etapas con algún o algunos fallos judiciales, algunos autores, y algunos puntos de discusión particulares, que nos ayudarán a reconocer mejor -así lo espero al menos- la evolución de esta conversación.

Las cinco etapas

1) *El momento fundacional*

El momento fundacional del debate en torno a la revisión judicial de las leyes aparece en los Estados Unidos, al tiempo en que se terminaba de escribir lo que luego sería la primera Constitución Federal de ese país. Por entonces, muchos de los críticos de ese (todavía) proyecto de Constitución (que necesitaba ser aprobado en todos los diferentes estados antes de convertirse en Constitución de la Nación), comenzaron a concentrar parte de sus objeciones en lo que veían como una ofensa al espíritu federalista que animaba (y que había originado, de hecho) a las conversaciones constitucionales. Para muchos, la decisión de contar con un tribunal común –una Corte Suprema- con la facultad de invalidar las decisiones que pudieran tomarse al interior de cada uno de los estados de la Unión, resultaba una afrenta imposible de digerir. Fueron varios los críticos *antifederalistas* (así se los llamó) de ese esquema todavía en ciernes, que disputaron palmo a palmo cada una

de las iniciativas *federalistas.* Entre tales críticos, uno de los más destacados y que más insistentemente planteaba objeciones frente a la organización judicial propuesta, firmaba sus artículos como *Brutus* (un activista político cuya identidad todavía no resulta totalmente clara).

Frente a tal línea de críticas, Alexander Hamilton fue el primero en reconocer la seriedad de esos cuestionamientos, y tratar de salir al cruce de ellos. Hamilton atendería tales cuestionamientos en un magnífico texto, ahora conocido como *El Federalista* n. 78. Allí, con extraordinaria lucidez (y más allá de sus errores y sesgos conservadores) Hamilton procuró de dar cuenta de todas las críticas que reconoció como relevantes, frente al diseño constitucional propuesto por los federalistas en materia de organización judicial. Dentro de los muchos temas que trata allí, con profundidad y síntesis ejemplares (la proveniencia y formación de los jueces; las razones de su estabilidad; la relación entre las distintas ramas de poder; las formas de designación judicial; etc.), Hamilton se refiere también, por primera vez, a la crítica "democrática" insinuada por *Brutus* contra la *judicial review*. Hamilton es entonces quien, antes que nadie, sale a proporcionar una respuesta fuerte contra la reclamada falta de legitimidad de los jueces para controlar la validez de las leyes. Él sostiene entonces, casi al pasar (y pensando en las objeciones de *Brutus*, aunque sin mencionarlo): *"El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo".*

Hamilton ofreció entonces la primera gran respuesta frente a la crítica al control judicial. Y fue una gran respuesta por el tenor de su argumento, que de modo pionero trató de dar cuenta del problema "democrático". Lo que sostuvo

Hamilton, en los hechos, fue que no había nada anti-democrático en la invalidación judicial de una ley, en tanto y cuanto dicha invalidación se fundara en la contradicción entre esa ley cuestionada y la Constitución. Y ello así, porque era la Constitución, y no la ley, la que encerraba la verdadera "voluntad del pueblo". En un sistema con supremacía constitucional –concluyó Hamilton- resultaba simplemente obvio que debía prevalecer la voluntad del pueblo expresada en la Constitución, antes que la voluntad "delegada" de la legislatura, ocupada por meros mandatarios ocasionales del pueblo. En sus términos: *"Si ocurriere que entre las dos [la Constitución y la ley] 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 intención de sus mandatarios".*

Expresado allí, en esos pocos renglones, el argumento de Hamilton recorrería exitosa, triunfalmente, casi incuestionado, buena parte de la discusión constitucional temprana de las Américas. Ello así, en particular, a partir de la recepción de dicho argumento, en 1803, en la histórica decisión escrita por el juez Marshall, en *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137. La opinión de Marshall, más que el argumento de Hamilton, fue lo que quedó en la historia, pero lo cierto es que todo lo importante que señalara Marshall en su fallo ya estaba contenido en el razonamiento de Hamilton que, en todo caso, Marshall corona en su opinión sobre el caso, sosteniendo: *"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca".*

Notablemente, con *Marbury v. Madison*, el debate que se abría

poderosamente en 1787, en torno al control judicial, termina cerrándose violentamente, como si la discusión previa no hubiera tenido razón de ser, o hubiera sido resuelta definitivamente, a través de la demostración contundente de los errores argumentativos de los entonces críticos. En términos de Robert Cover, *Marbury v. Madison* aparece como una decisión *jurispathic* que se impuso suprimiendo lecturas alternativas, en lugar de venir a enriquecer el debate entonces naciente y todavía vigoroso (Cover, 1983). Hasta fines del siglo XIX, ese debate quedaría básicamente adormecido, lo cual nos permitiría hablar de esta primera y gran etapa fundacional de la discusión sobre el control judicial como una etapa de debate clausurada luego de la decisión de Marshall.

2) *El consenso se resquebraja. La "era Lochner" y el renacimiento del Estado intervencionista*

La segunda gran etapa de esta discusión se abre cuando el contundente silencio impuesto por *Marbury v. Madison* comienza a resquebrajarse –algo que empieza a ocurrir, de manera saliente, a fines del siglo XIX, es decir, casi un siglo después de que el debate se abriera por primera vez. Son muchas las razones que nos permiten entender la ruptura de ese consenso, pero algunas de ellas tienen que ver con el papel protagónico que reclaman para sí las ramas ejecutiva y legislativa, ante una *pax económica* que se había ido deteriorando con el correr de los años. En efecto, entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el viejo orden social y económico -que se sintetizara en América Latina con la noción de *Orden y Progreso*- aparece desgastado, y el conflicto social comienza a agudizarse, de modo tal vez imprevisto, en los ámbitos geográficos más diferentes. Esa quiebra del viejo orden parece hacer un llamado a la intervención activa del Estado, único agente capaz de coordinar esfuerzos y voluntades en pos de la reconstrucción de una sociedad en crisis.

En los Estados Unidos, nace por entonces el "Estado Benefactor" -el que impulsaría las políticas del llamado *New Deal*- orientado a confrontar la situación de crisis social, a través de una fuerte intervención gubernamental en la organización económica del país. Notablemente -y este es el punto que más me interesa destacar por el momento- fue el Poder Judicial el que tomó la vanguardia en ese momento, con el objeto de detener el "embate regulador" del Estado. Una y otra vez, desde entonces, la Corte Suprema de los Estados Unidos invalidó las iniciativas provenientes de la política -iniciativas habitualmente resultantes de un acuerdo entre las ramas legislativa y ejecutiva- que llegaron a contar con un amplio respaldo popular. El hecho de que, durante años, fuera el Poder Judicial -encarnado por la Corte de los Estados Unidos- el que impidiera la aplicación del *New Deal;* enfrentara a las iniciativas presidenciales (en particular, del Presidente Roosevelt); y retrasara peligrosamente la salida de la crisis, generó una fuerte oleada de cuestionamientos ante la renovada y activa práctica de la *judicial review.*

El caso que pasó a sintetizar el espíritu anti-político/anti-regulador del momento fue el que se resolvió con el fallo *Lochner v. New York,* 198 U.S. 45 (1905). Dicho caso inauguró una notable seguidilla de decisiones, dirigidas a invalidar (en casi dos centenares de casos) distintas iniciativas de intervención estatal en la economía. Lo ocurrido en los Estados Unidos, finalmente, llevó a su máxima expresión (y una de las más graves) un fenómeno que en términos similares se daba, más o menos al mismo tiempo, en otros países del mundo (en la Argentina, por ejemplo, y por aquellos años, se produjeron sucesos bastante parecidos, con un Estado crecientemente regulador de la economía, y una Corte -presidida por Antonio Bermejo- que en nombre de los ideales "fundacionales", y una lectura originalista de la Constitución, se empeñó durante años en retrasar la consolidación del "Estado interventor"). Finalmente, el "embate judicial" terminaría en un fracaso y -en los Estados Unidos y en el mundo- la causa simbolizada por el *New Deal*

terminaría por imponerse. En dicho respecto, la decisión *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, aparecida en 1937 (más de 30 años después de *Lochner*), señalaría el final definitivo de la era anterior -la llamada "era *Lochner*". La mayoría anti-estatista que había prevalecido en la Corte, desde "*Lochner*", cedía ahora lugar a una nueva, abierta y sensible a las iniciativas del Estado regulador.

En términos académicos, el viejo consenso existente en torno de la línea *Hamilton-Marshall* también terminó por resquebrajarse en estos años, acompañando el desmoronamiento del viejo orden económico pretendidamente fundado en el Estado Spenceriano/Smithiano del "dejar hacer". En la ruptura del viejo acuerdo, resultaron cruciales posiciones como las defendidas por James Thayer en su famoso artículo *"The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law"* de 1893. En dicho texto, de modo pionero, y casi solitario, Thayer avanzó una crítica significativa contra las pretensiones de la justicia de imponer su autoridad y criterios sobre la política.

La crítica de Thayer se remontaba al argumento del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, afirmando la necesidad de completar y corregir el razonamiento de aquel. Thayer se preguntaba qué es lo que podía tornar aceptable una decisión tan dramática como la de invalidar la ley. En su respuesta, sostuvo que solo podía admitirse una decisión semejante en casos en donde no quepan dudas acerca de la inconstitucionalidad de la ley, en donde la misma sea "tan manifiesta que no deje lugar para la duda razonable". Este simple principio es el que da origen a la llamada doctrina del "error manifiesto." La base en la que se apoyaba Thayer para sostener este criterio restrictivo resultaba muy simple también. En su opinión, la Constitución "admite habitualmente diferentes interpretaciones", dejándole al legislador "un abanico amplio de opciones", todas ellas racionales. El juez, entonces -continuaba el argumento- no puede pretender, frente al legislador, que predomine

la posición que le resulta (a él, como juez) la más adecuada. Solo en caso de que lo actuado por el legislador exceda claramente el marco de las interpretaciones razonables de la Constitución, entonces, el juez puede llegar a desafiar e invalidar lo hecho por la legislatura.

Dentro del derecho norteamericano, la postura defendida por Thayer comenzó a ganar respaldo creciente, con el paso de los años. Ello así, en el ámbito académico, de la mano del llamado *realismo jurídico;* y en el ámbito judicial, a partir de las numerosas decisiones que vinieron a respaldar las regulaciones económico-sociales impuestas en la época del *New Deal.* Jueces de extraordinario renombre como Learned Hand, Felix Frankfurter o, muy especialmente, Oliver Wendell Holmes se encuentran entre los que adhirieron a criterios semejantes, inclinándose por la regla de la presunción en favor de las mayorías[3]. Todos los juristas mencionados aparecen básicamente unidos por su común reclamo en favor de una cierta restricción del poder judicial, en su tarea de custodio de la Constitución. En el desarrollo de sus escritos y sentencias, han dado fuerza a una corriente que se distingue en su afirmación de una clara presunción en favor de las opiniones del legislador democrático. La política -y no la justicia- era la que estaba llamada a decidir y prevalecer en contextos de crisis económica tan profunda como la señalada.

3) Activismo social en contra de la discriminación legislativa. La Corte Warren y "Brown vs. Board of Education"

[3] En su conocida disidencia en el caso *Lochner v. New York,* el juez Holmes sostuvo que el tribunal estaba decidiendo el caso meramente a partir de su adhesión a una peculiar doctrina económica que la mayoría del país no sostenía. "Si lo que se me preguntara fuera si yo adhiero o no a dicha teoría, querría estudiarla más y recién luego tomar una decisión. Pero entiendo que no es éste mi deber, dado que creo férreamente que mi acuerdo o desacuerdo con una teoría como la citada no tiene nada que ver con el derecho de la mayoría a incorporar sus visiones dentro del derecho. Entiendo que el término libertad que aparece en la Enmienda Catorce resulta corrompido –concluyó Holmes- cuando se lo utiliza para impedir el resultado natural de la opinión dominante, y en tanto no pueda mostrarse que el hombre equitativo y racional admitiría, necesariamente, que la norma propuesta infringe principios fundamentales entendidos como tales por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro derecho".

Según viéramos, el primer gran momento del debate en torno a la revisión judicial de las leyes fue el "momento fundacional", que tuvo su centro en el fallo *Marbury v. Madison*: se trató de la etapa en donde se afirmó como respuesta sólida e indiscutible la del control de constitucionalidad, frente a los primeros cuestionamientos hechos en nombre de la autoridad legislativa. El segundo momento de ese debate tuvo que ver con un movimiento de ruptura, en donde aquel consenso inicial ("Hamilton-Marshall") terminó por resquebrajarse, en particular luego de la obstinada negativa de la justicia a autorizar intervenciones -desde todo punto de vista razonables y permisibles- de la política, en el ámbito económico. Así, mientras que la primera etapa se había dirigido a consolidar la práctica de la *judicial review,* aun frente al argumento democrático; en la segunda, la potencia del argumento democrático pareció renacer hasta terminar imponiéndose, en su reclamo de primacía para la política: en una sociedad democrática -pareció afirmarse entonces- era la voz de la ciudadanía, resumida en el Congreso de la Nación, la que debía terminar primando en la resolución de los asuntos públicos. En la tercera gran etapa que vamos a explorar ahora, el acuerdo anterior "anti-judicial" pareció quedar puesto "cabeza abajo". Nos encontramos ahora en un momento en donde algunos tribunales activistas y de avanzada, comienzan a desafiar sistemáticamente las discriminaciones raciales creadas, amparadas o sostenidas por la política. Dicho arriesgado y valiente comportamiento judicial, de confrontación con iniciativas legislativas no igualitarias -iniciativas muchas veces racistas, directamente- generaron una entusiasta adhesión en la doctrina, que prontamente, y sin mayores justificaciones, comenzó a suscribir una posición directamente contrapuesta a la posición (hostil al activismo judicial) que había defendido hasta hace pocos años.

Si la "nave insigne" de la etapa anterior había sido el fallo *Lochner*, capaz de marcar toda una era de activismo judicial injustificable; la nueva etapa quedó

marcada por el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), que pasó a simbolizar también, por sí mismo, toda una nueva era, esta vez, en apariencia, de activismo judicial necesario, reclamado y justificado. *Brown* fue el caso más representativo de los decididos por la Corte presidida por Earl Warren -la "Corte Warren"- que se caracterizó por sus numerosas decisiones favorables a la igualdad y los derechos civiles. Tales decisiones no solo frenaron las políticas de segregación en las escuelas públicas (*Brown v. Board of Education*), sino que consagraron el derecho de privacidad que no aparecía claramente enunciado en la Constitución norteamericana (*Griswold v. Connecticut*); invalidaron el rezo obligatorio o la lectura obligatoria de la Biblia en las escuelas públicas (*Engel v. Vitale*; *Abington School District v. Schempp*); impidieron que se socave el voto de las minorías a través del rediseño arbitrario de los distritos electorales (*Baker v. Carr*); o definieron el derecho a la no autoincriminación (*Miranda v. Arizona*); entre muchas otras resoluciones de peso.

La doctrina que "nació y creció" con *Brown* y la Corte Warren fue amplia y diversa, y ella, de algún modo, sigue liderando la discusión hasta nuestros días (aunque, como veremos, con muchas fracturas desde entonces). Otra vez, y gracias al impacto de ver a los tribunales liderando una supuesta cruzada a favor de la protección de las minorías, muchos académicos pasaron a abrazar y justificar decididamente el activismo judicial en la invalidación de decisiones políticas. El libro que, en la época, volvió a mover las aguas de la discusión teórica en torno al control judicial, volviendo a poner el tema en el primer plano, fue *The Least Dangerous Branch,* de Alexander Bickel, publicado en 1962. En ese texto, Bickel ofreció una justificación del control judicial que partía, sin embargo, del reconocimiento del serio problema en juego: la invalidación de las leyes por parte de los tribunales representaba una afrenta a la voluntad popular del "aquí y ahora", que requería ser justificada, antes que simplemente asumida. Fue Bickel, en este libro, quien puso

en discusión definitiva a la "dificultad contramayoritaria" que afectaba al Poder Judicial. Luego de la aparición del libro de Bickel, tal vez la respuesta jurídica más sofisticada e interesante de todas las que aparecieron entonces, en defensa de un intenso *judicial review*, fue la ofrecida por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin (por ejemplo, en Dworkin 1977, 1985, 1986). En sus primeros escritos en la materia, principalmente, Dworkin justificó un modo de decisión judicial extenso y profundo, que ilustró con la figura de un imaginario "juez Hércules" orientado a proteger minorías desaventajadas; que tomaba los "derechos en serio", y actuaba guiado por una fuerte (aunque dudosa) distinción entre "derechos" y "políticas". En escritos posteriores, Dworkin cambiaría esa presentación más bien extrema, moderaría algunos de sus asertos, y calificaría su apoyo enfático a la revisión judicial, para terminar afirmando una defensa "condicional" de la *judicial review* (así, por ejemplo, en Dworkin 1996, en la que presenta "una lectura moral de la Constitución"). En todo caso, su postura doctrinaria favorable a un activo control judicial, lideraría los estudios constitucionales de la época. Muchos otros autores, entre los que destacaría a Owen Fiss -también de amplia influencia en América Latina- secundaron a Dworkin desde una posición claramente alineada con lo que fuera el "sueño inicial" de tribunales igualitarios y defensores de minorías postergadas -un sueño alimentado por el particular activismo de la Corte Warren (Fiss 1976, 1978).

Sobre el final de esta etapa -en 1980- John Ely publicaría un importantísimo libro -*Democracy and Distrust*- a través del cual presentaría una defensa *procedimentalista* de la revisión judicial. Ely apoyó la renovada defensa del control judicial en la historia jurídica norteamericana, y en particular, en los criterios avanzados por la propia Corte norteamericana en "la nota al pie más citada" en la historia de dicha jurisprudencia -la nota al pie n. 4, que apareciera en el caso *United States v. Carolene Products,* 304 U.S. 144, 152, de 1938. Esa defensa

procedimentalista del control judicial -que deslumbrara aun a filósofos políticos notables como Jurgen Habermas- ganó especial atractivo (Habermas 1992). Ello así, tal vez, porque ofreció razones sólidas para mostrar por qué el tipo de activismo judicial predominante durante los años de la "era Lochner" resultaba inaceptable, pero también, y al mismo tiempo, demostrar por qué el tipo de activismo judicial propio de la "Corte Warren" podía resultar defendible. Básicamente, lo que sostuvo Ely es que la invalidación judicial de la legislación era inaceptable cuando se dirigía a reemplazar los dictados "sustantivos" de la política (i.e., una política económica, como la del *New Deal*), pero aceptable si venía a resguardar los "procedimientos" o "reglas de juego" de la política democrática (i.e., garantizar que todos los jugadores "democráticos" puedan jugar el juego de la política). Como un árbitro en un partido de fútbol, la tarea del juez resultaba irreprochable si permitía que el juego se juegue, conforme a los requerimientos del reglamento del fútbol, pero impermisible si pretendía modificar el resultado del partido, por desacordar con sus resultados.

4) *El consenso vuelve a romperse: "Quitando la Constitución de las manos de los tribunales"*

A los pocos años de instalado, el "nuevo consenso" crecido al calor de la "Corte Warren", terminaba por romperse. Fueron muchas las razones que ayudaron a esa nueva y definitiva ruptura, pero una motivación determinante, sin dudas, tuvo que ver con los cambios producidos al interior del mismo tribunal norteamericano -cambios que podemos simbolizar por el pasaje de la "Corte Warren" a la Corte comandada por el *Justice* Rehnquist. El hecho de que el máximo tribunal norteamericano pasara a ser re-colonizado, con violenta urgencia, por jueces de orientación conservadora, promovidos a esos puestos por políticos también conservadores -estamos en el tiempo de Ronald Reagan y Margaret

Thatcher- demostró la fragilidad sobre la que se asentaba el acuerdo anterior. Finalmente, lo que resultaba cada vez más claro es que lo actuado por la Corte Warren hablaba menos de las virtudes del control judicial, que del valor de dicho control cuando ocasionalmente quedaba a cargo de jueces ideológicamente comprometidos con una visión igualitaria y protectora de las minorías. La hegemonía conservadora que comenzó a asentarse en los años 80 mostró del modo más crudo que no había nada "propio" o "ínsito" en el control judicial, que garantizase o de algún modo permitiera pensar en la estabilidad de un tipo de intervención judicial, en principio muy atractivo, como el que se desplegara en los años de *Brown*. El hecho era, finalmente, que una mayoría política transitoria, de orientación conservadora, podía *fill the Court* con jueces conservadores, y así desmantelar prontamente toda ilusión de contar con una justicia alineada con la protección de los más vulnerables.

Irritados por el cariz conservador que comenzaba a teñir toda la vida pública, o molestos por una justificación del control judicial que se había demostrado frágil y finalmente frustrante en la práctica, muchos doctrinarios comenzaron a atacar ese nuevo, ilusorio consenso que la "Corte Warren" había contribuido a alimentar. No por azar, en esta etapa es cuando nace el movimiento de los "estudios críticos del derecho" (*Critical Legal Studies, CLS*), que retoma muchas de las banderas que el "realismo jurídico" de los años 30 había dejado instaladas. A partir del trabajo de los CLS, se empezó a hablar, otra vez, y como entonces, de la discrecionalidad de la justicia, y del "derecho como política". Son muchos los autores que se destacan dentro de este *revival* de los estudios jurídicos críticos: Duncan Kennedy, David Kennedy, Mark Tushnet, entre tantos otros. Las tesis principales del movimiento quedarían resumidas en un artículo aparecido en el *Harvard Law Review* que luego se publica como libro en 1986, con la autoría del profesor brasileño Roberto Mangabeira Unger (*The Critical Legal Studies Movement)*. Unger sintetizaría bien el

malestar generado por el degradado desarrollo institucional del tiempo, refiriéndose a la "incomodidad con la democracia", a la que presentó como idea característica -como el "sucio y pequeño secreto"- de la vida política del fin de siglo (Unger 1996, 72).

Es en estos años, también, cuando se publican dos poderosos libros que expresan muy bien la crítica radical que entonces comenzaba a solidificarse contra la revisión judicial. Pienso, por un lado, en un libro publicado en 1999 por Mark Tushnet (uno de los fundadores del movimiento CLS): *Taking the Constitution Away from the Court,* esto es decir "quitando la Constitución de las manos de los tribunales". En el mismo año, aparece un nuevo libro escrito por otro de los grandes autores y líderes del "embate anti-judicial" del momento, Jeremy Waldron. Pienso, en particular, en su libro *Law and Disagreement,* que sintetiza una labor de años, del autor, reflexionando críticamente en torno al control judicial (Waldron 1999, y también 1999b). Para Waldron, en sociedades heterogéneas, marcadas por genuinos "desacuerdos" valorativos (desacuerdos, en particular, sobre el significado de nuestros compromisos públicos o constitucionales más importantes), y compuestas por individuos "iguales" en cuanto a su dignidad moral, el control judicial (y su pretensión de decidir con carácter final todos esos desacuerdos) resultaba "ofensivo" o directamente "insultante" -así, según llegara a escribir Waldron en algunos de sus escritos tempranos en la materia (Waldron 1993)-.

Conforme entiendo, muchos nos incorporamos a la discusión sobre la revisión judicial en esta etapa (fines de los 80), plena de nuevas meditaciones críticas en torno al *judicial review*. En América Latina, de hecho, la doctrina constitucional dominante parecía ignorar, esencialmente, los debates en la materia -en mi opinión, por desdén, o por comodidad, asentada como estaba esa doctrina en el "consenso de *Marbury v. Madison*". Quiero decir, la doctrina latinoamericana

parecía descansar plácidamente en el primer y lejano acuerdo alcanzado en la materia, y gestado a fines del siglo XVIII: desde entonces, nuestros doctrinarios parecieron asumir que la discusión sobre el tema se encontraba resuelta, fundamentalmente saldada. Fueron muy pocos los autores que, en la región, ayudaron a romper, poco a poco, ese aletargado consenso. En particular, destacaría los profundos estudios constitucionales de Carlos Nino, quien en pocos años publicaría algunos textos importantes en la materia -textos apropiadamente descriptivos de la discusión en curso, y a la vez críticos con ella. En sus últimos escritos, Nino parece abrazar una posición revisada y alerta, que construye a partir de la postura procedimentalista avanzada en su momento por John Ely (por ejemplo, Nino 1992, 1993). En lo personal, y al calor de las enseñanzas y textos de Carlos Nino, me fui incorporando de a poco a esa discusión ya madura en el ámbito internacional, y todavía muy incipiente en América Latina. En 1991 completé mi tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires -una tesis que, según entiendo, fue de los primeros trabajos en la región que recuperaron críticamente las discusiones doctrinarias que se encontraban en boga en el momento, en torno a la "dificultad contramayoritaria". Dicha tesis, publicada varios años después (en 1996) asumía una postura radicalmente crítica sobre el control judicial, muy en línea con posturas como las de Tushnet y Waldron que, en mi libro de entonces, jugaban sin embargo un papel muy marginal. Mi postura en la materia aparecía, más bien y de modo especial, apoyada en estudios sobre la democracia deliberativa como los que el propio Nino había traído y hecho conocer en la región.

5) *Desde "el fin de la última palabra," al giro deliberativo: una justificación limitada del control judicial*

Paso ahora a concentrarme en la que presentaré, provisionalmente, como la "última" etapa significativa en la discusión desarrollada en torno a la justificación

del control judicial. Esta etapa, en buena medida, parece sofisticar a la anterior: el "embate radical" contra la revisión judicial aparece ahora refinado y pulido, en particular -pero no exclusivamente- a la luz de complejas teorías sobre la democracia; teorías de interpretación constitucional; y estudios politológicos sobre la motivación judicial (y la "judicialización de la política"). Encontramos aquí un debate ya asentado y maduro en la materia, en el que participan ya, y de modo activo, una notable cantidad de autores no-anglosajones, entre los que mencionaría –dejando de lado sin dudas a cantidad de otros brillantes partícipes de esta discusión- a los españoles Juan Carlos Bayón y Víctor Ferreres (de fuerte presencia e influencia en la región); a Micaela Alterio; Helena Alviar; Paola Bergallo; Miguel Godoy; Juan González Bertomeu; Conrado Hubner Mendes; Isabel Jaramillo; Julieta Lemaitre; Sebastián Linares; Roberto Niembro; Xisca Pou y Jorge Roa (Alterio & Niembro 2017; Alviar & Lemaitre 2016; Bayón 1998; Bergallo 2005; Bertomeu 2011; Ferreres 2007; Godoy 2917; Hübner Mendes 2011, 2013; Jaramillo 2008; Linares 2008; Niembro 2019; Pou 2011; Roa 2019). En todo caso, y llegados a este punto, quisiera detenerme aquí unos instantes para explicar de qué modo es que llegamos a esta situación de "debate ampliado", y por dónde es que creo que se encuentran circulando los debates en este tiempo.

Dentro de esta discusión vasta, ya muy precisa y sofisticada, destacaría en particular una serie de debates, que creo que tuvieron un impacto importante en el desarrollo de nuestras reflexiones. Me refiero a debates que surgieron sobre todo en los años 90, relacionados con el papel que la ciudadanía tenía, había tenido, y en todo caso merecía tener, en el tratamiento y decisión efectiva de los problemas públicos más importantes; y que contrastaban con estudios críticos sobre el papel que tenían, habían tenido y en todo caso merecían tener los tribunales, en dicha materia. Esta línea de trabajos había encontrado un espectacular impulso en la Universidad de Yale, a partir de la línea de trabajos que comenzara a avanzar, desde

1991, el profesor Bruce Ackerman, en torno al papel de *We the People* en la creación e interpretación constitucionales (Ackerman 1991). Otros profesores de la misma Universidad contribuyeron decisivamente en el desarrollo de esta línea de pensamiento. Me refiero, en particular, a los escritos elaborados por los profesores Reva Siegel y Robert Post, fundadores de lo que se dio en llamar el *constitucionalismo democrático*. A través de sus trabajos (que continuaban a los de Ackerman, pero que reconocían un claro anclaje en los pioneros escritos de Robert Cover) ellos ayudaron a entender el modo en que movimientos sociales como el de los derechos civiles o el feminismo, habían jugado, podían jugar, y merecían jugar un papel protagónico a la hora de moldear los contenidos y sentidos del derecho (Post & Siegel 2004, 2007; Siegel 1996, 2004). Por otro lado, libros como el de Gerald Rosenberg, de 1991, ayudaron a redimensionar cuál había sido el papel efectivo de los tribunales de las épocas "gloriosas" (como la Corte Warren en los tiempos del fallo *Brown*): lo que resultaba cada vez más claro era que, sin la intervención activa de la política, ninguna decisión igualitaria o de transformación social promovida desde los estrados judiciales podía tornarse posible. Las decisiones "centradas en los tribunales" y "de arriba abajo" no habían tenido ni podía esperarse que tuvieran el poder transformador propio de las hadas, que alguna vez, parte de la doctrina, les había querido atribuir.

Junto con todos los trabajos anteriores, quisiera subrayar, de modo especial, la influencia proveniente de otra línea de investigación. Me refiero a trabajos que quedaron inscriptos dentro de lo que se denominó el *constitucionalismo popular*. Al interior de este campo podemos incluir, por caso, escritos como los publicados por Larry Kramer (2004, 2005), Jack Balkin (1995), y Richard Parker (1993), entre otros. Las investigaciones de Kramer, en particular, muy atentas a la historia constitucional norteamericana, ayudaron a reconocer que, desde un comienzo (desde lo que denominamos el "momento fundacional" de la discusión) el control

judicial de constitucionalidad era reconocido como un problema difícil de aceptar y justificar, antes que como la solución obvia frente a todos los grandes conflictos públicos -ello así, sobre todo cuando dicho control se llevaba a cabo en la modalidad que se convirtiera en dominante desde *Marbury v. Madison*, esto es decir, con tribunales arrogándose para sí la "última palabra". Los aportes del "constitucionalismo popular" en la materia terminaron siendo muy iluminadores, en este respecto, particularmente al distinguir entre dos cuestiones que merecían analizarse por separado, y no como si fueran lo mismo: la *judicial review* y *la última palabra* en manos de los tribunales. Autores como Kramer contribuyeron a que todos los participantes de este debate distinguiéramos entre ambos aspectos habitualmente superpuestos, y reconociéramos que el real problema que nos ocupaba -a partir de nuestras compartidas preocupaciones democráticas- tenían que ver con lo último -tribunales arrogándose para sí la última interpretación de la Constitución- y no con lo primero -la existencia de controles no-políticos sobre los órganos políticos.

La distinción propuesta por los abogados del "constitucionalismo popular" tuvo, en los hechos, un impacto muy relevante según entiendo, tanto sobre la doctrina anglosajona como sobre la hispanoamericana. Por ejemplo, en parte a resultas de este tipo de distinciones, dos de los principales críticos del control judicial de constitucionalidad en el ámbito anglosajón -Tushner y Waldron, ya nombrados- pasaron a revisar de modo relevante, aunque de ningún modo completo, sus críticas iniciales. Tushnet publicó en 2008 un libro sobre las "Cortes débiles" frente a los "derechos fuertes", en el que se distanciaba de las posiciones maximalistas de su "quitando la Constitución de las manos de los tribunales": ahora, Tushnet reconocía la posibilidad de ejercicios más sensatos y moderados del control judicial, consistentes con sus preocupaciones democráticas. Del mismo modo, Waldron ya no consideraba el control judicial como un "insulto" a las

mayorías, sino que limitaba su crítica contextualmente, relacionándola con la presencia de una serie de condiciones particulares (así, en su famoso texto "The Core of the Case," de 2009). Waldron, como Tushnet, reconocía que existían formas posibles de control judicial, *sin última palabra,* compatibles con nuestras intuiciones democráticas más asentadas (González Bertomeu 2011).

Muchos de nosotros confluimos en un lugar parecido a aquellos a los que llegaban Tushnet o Waldron, pero a partir de principios y compromisos teóricos diferentes, lo cual nos llevaría, también, a afirmar conclusiones en parte también diferentes a las de ellos. En mi caso, y según anticipara, resultaron fundamentales los estudios que realizara Carlos Nino, tratando de vincular la teoría de la democracia deliberativa con el análisis del control judicial. En varios de sus textos, y según lo adelantado, Nino terminó defendiendo una visión procedimentalista del control judicial (una visión que era capaz de discernir de acuerdo a principios claros y democráticos, entre las tareas de jueces y políticos), pero desde una concepción deliberativa de la democracia, lo cual generaba impactos significativos sobre la teoría de Ely, que aparecía apoyada, como buena parte de la teoría jurídica norteamericana, en una concepción restrictiva, "pluralista", de la democracia.[4]

Mis replanteos en la materia, entonces, tuvieron que ver no solo con innovaciones como las aportadas por Nino, sino también con una nueva línea de reformas políticas y decisiones judiciales, de las que tuve conocimiento más detallado recién en esos años. Por un lado, para ese entonces (comienzos del siglo XX), se había desarrollado ya una impresionante literatura, impulsada sobre todo desde Canadá, y relacionada con el "diálogo judicial" -una literatura que había

[4] La "revisión" de Nino implicaba, ante todo, un recorte en las capacidades de la política para la toma de decisiones "sustantivas" -Nino entendía que de allí debían dejarse de lado las cuestiones de moral privada (que quedaban bajo el exclusivo control de cada individuo). Al mismo tiempo, y también a partir de ese renovado punto de apoyo -la democracia deliberativa- Nino consideraba que el control judicial sobre los procedimientos también debía repensarse. Comenzó a imaginar no solo un control judicial más intenso sobre los debates políticos, sino también formas de intervención judicial más deliberativas.

comenzado a expandirse extraordinariamente a partir de la Carta de Derechos de 1982. Dicha Carta de Derechos, recordemos, incluía la famosa cláusula del *notwithstanding*, destinada a devolverle la "voz" al Congreso, luego de una decisión judicial adversa (en este sentido, se trataba de una reforma que ponía en cuestión la idea de "última palabra" judicial). Sobre el final de mi tesis doctoral publicada en 1996, yo ya me refería al tema, con genuinas expectativas, y presentaba a la "cláusula del no-obstante" como una "promesa de salida" a la discusión, que mencionaba auspiciosamente (a la vez que aludía, al mismo tiempo, a la alternativa de "reenvío" judicial al legislativo). Sin embargo, solo varios años después llegué a interiorizarme con algún detalle sobre dicha cláusula y la literatura elaborada en su torno, que ponía en el centro de la mesa de debates a lo que se empezaba a denominar el "constitucionalismo dialógico". Dicha literatura tomaba como punto de apoyo a la experiencia de Canadá, pero crecía desde allí, fronteras afuera, para encontrar otro punto de referencia clave en (lo que se denominara) el "nuevo modelo Commonwealth" sobre el control judicial -un "nuevo modelo" que impulsaban muchos países del Commonwealth, tradicionalmente hostiles al *judicial review* tradicional, pero ahora abiertos a experimentar con "Cartas de Derechos" (entre la amplísima literatura en la materia, destacan, por citar algunos, Dixon 2007; Gardbaum 2013; Hogg & Bushell 1997; Hogg & Bushell & Wright 2007; Petter 2003; Roach 2001, 2004; Young 2012). Muchos de nosotros prestamos intensa atención a estos desarrollos que prometían inscribir al control judicial -por fin- dentro de los dominios de una democracia deliberativa: conocíamos ahora que, en los hechos, era posible llevar adelante un control judicial en clave deliberativa, "devolviendo la última palabra" a la política.

Junto con este tipo de innovaciones y reformas institucionales que nos permitían replantear la "vieja discusión", aparecieron entonces una serie de decisiones judiciales que -mejor que cualquier otra alternativa teórica-

demostraron que en la práctica era posible ejercer la tarea de control constitucional de un modo compatible con los exigentes requerimientos de una teoría democrática robusta, como la deliberativa. Tal vez la decisión judicial más relevante de esta nueva era -la decisión que, de algún modo, inauguró este nuevo ciclo de reflexión- fue la que adoptara la afamada Corte Sudafricana en *Grootbom* 2001 (1) SA 46 (CC). El caso en cuestión versó sobre un tema social urgente y muy preocupante (la ocupación ilegal de tierras), que la Corte de Sudáfrica decidió de un modo "modesto" y a la vez "revolucionario". La Corte reconoció que en el caso estaban en juego derechos sociales (constitucionalmente reconocidos) que eran violados por las autoridades políticas, y al mismo tiempo dejó en claro que era la política quien debía atender y reparar esas violaciones de derechos. De ese modo, y contra una mayoría de la doctrina que se negaba a reconocer status constitucional a los derechos sociales, la Corte afirmó el valor de esos derechos, y sostuvo que en el caso ellos estaban siendo vulnerados por el poder político (al no asegurar a los ocupantes ilegales, el derecho a vivienda que la Constitución reconocía). Por otro lado, y contra quienes decían que, en todo caso, tales derechos eran no-operativos (*non-enforceable rights*), la Corte sostuvo que los mismos sí debían ser respetados y asegurados en la práctica: la Constitución no mencionaba tales derechos solo de un modo retórico. Más todavía, contra quienes decían que cualquier intervención de los tribunales en la materia solo podía significar una intrusión inaceptable -anti-democrática- con la esfera de acción que pertenecía exclusivamente a la política, la Corte mostró la posibilidad de una respuesta perfecta: ella dejó en claro que el derecho en cuestión era operativo, y que debía asegurarse, pero a la vez sosteniendo que era la política quien tenía la obligación de asegurarlo, y no la propia justicia. El caso representó un revés fenomenal para parte significativa de la doctrina que, en algunos casos, admitió haberse equivocado o no reconocido las posibilidades del activismo judicial en materia de derechos sociales, desarrollado

de un modo compatible con el respeto de la autoridad democrática superior de las ramas políticas (el ejemplo de Sunstein 2001 resultó particularmente saliente, en este respecto).

Desde entonces, la Corte Sudafricana, y algunos otros tribunales del "sur global" (incluyendo, de modo especialmente saliente, los tribunales superiores de Colombia, la India y Costa Rica, y en ocasiones otros como los de la Argentina, México o Brasil) dieron sobradas muestras de imaginación y creatividad constitucionales para conjugar su intervención en casos socialmente apremiantes y difíciles, con el respeto de la política, y la adecuación a las demandas de la democracia deliberativa. Iniciativas y prácticas tales como la del *meaningful engagement,* en Sudáfrica; las "audiencias públicas" y "mesas de diálogo" convocadas por varios de los tribunales latinoamericanos; las sentencias exhortativas; o el *estado de cosas inconstitucionales* utilizado por la notable Corte Constitucional de Colombia (entre muchas otras innovaciones), ayudaron a cambiar el panorama en la materia, y permitieron una radical renovación en la discusión doctrinaria sobre el control constitucional. El "giro deliberativo" se había producido, y la idea de tribunales que "dialogaban" con los otros poderes; o provocaban u organizaban la discusión ciudadana; o apelaban a remedios de tipo "dialógico" en sus sentencias, pasó a convertirse en una realidad de todos los días (Dixon 2007; Rodríguez-Garavito 2011; Tushnet 2009).[5]

Conclusiones y proyecciones: ¿Una nueva –sexta- etapa que se abre?

Llegados a este punto, quisiera simplemente dejar planteada una pregunta, relacionada con las obligaciones reflexivas que tenemos por delante nosotros,

[5] En lo personal, procuré reunir varios de los principales aportes doctrinarios que conocí en la materia en Gargarella, 2014; reflexioné críticamente sobre varias de tales experiencias y desarrollos teóricos en Gargarella, 2015; y me encuentro completando un manuscrito sobre el tema, que todavía no he publicado, Gargarella, 2019.

quienes participamos de esta discusión. Me pregunto, en particular, si no es hora de que inauguremos con fuerza una nueva etapa, relacionada más directamente con el "giro contextual" que nuestra teoría (deliberativa) exige. En particular, pienso si no tenemos que ir -todavía- un paso más allá, para pensar acerca de las posibilidades y límites del control judicial deliberativo, en democracias defectuosas como las nuestras. Pienso en democracias atravesadas por la desigualdad; marcadas por la consiguiente concentración del poder político, económico y constitucional; caracterizadas por los abusos de poder, el fenómeno de la "erosión" democrática, y el hartazgo social existente, frente a herramientas institucionales que sistemáticamente prometen lo mejor y entregan lo peor de sí mismas. Me interrogo entonces: ¿Cuánto y de qué modo, las teorías que conocemos, las que hemos estudiado, las que propiciamos, deben "ajustarse" en contextos como los nuestros, para hacer frente a los "dramas" de la desigualdad social y la extorsión democrática a los que regularmente quedamos enfrentados?

Bases constitucionales del control judicial de la administración en el derecho español

Jaime Rodríguez Arana Muñoz [1]

Un tema que está a caballo del derecho constitucional y el derecho administrativo, un tema central que en este momento de la pandemia en que este virus está poniendo a prueba la solidez de nuestras instituciones, nuestras categorías y los conceptos de derecho público, nos invita a reflexionar y pensar en estas cuestiones.

Desde mi observatorio académico veo con cierta preocupación las derivas de alguna manera tiránicas que están asomando en muchos países y ponen en cuestión conquistas que nos parecían que estaban ya perfectamente acrisoladas,

[1] Doctor en Derecho por la Universidad Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua y por la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña (España), donde dirige el departamento de Derecho Público Global y el doctorado internacional de Derecho Administrativo Iberoamericano. Profesor Honorario de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) y de la Universidad Católica del Uruguay. Preside el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina), de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

que eran irreversibles y que ahora confirman que lo que decían los clásicos acerca de que la libertad hay que ganársela todos los días, que hay que conquistarla todos los días, parece ser una verdad como un templo.

El tema a tratar es central en el Derecho Público moderno: las bases constitucionales del control judicial de la administración. Para empezar, tenemos que partir de una consideración que es muy importante: el derecho administrativo como decía Werner, es el derecho constitucional concretado, materializado, puntualizado. Al decir de Forsthoff, la Administración es la constitución en acción y, efectivamente, los valores y principios constitucionales se hacen realidad a través de las políticas públicas, en el marco de una Administración comprometida con estos criterios, valores y parámetros. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la legalidad administrativa en muchos países, en muchas latitudes, todavía no ha recibido en toda su intensidad los valores y principios constitucionales, por lo que el control judicial de la legalidad administrativa en estos casos, no se produce desde dichos valores y principios.

Una precisión: cuando hablo aquí de actividad administrativa sigo la terminología de Santamaría Pastor del Poder Ejecutivo como complejo Gobierno-Administración, que, siendo partes del Poder Ejecutivo, el Gobierno dirige la Administración. Es decir, la Administración tiene que seguir las directrices del Gobierno, pero no es lo mismo el Gobierno que la Administración porque la Administración es un cuerpo profesional que sirve objetivamente al interés general; eso sí, bajo las directivas que en cada momento dicta el Gobierno.

***

La cuestión de las bases constitucionales del Derecho Administrativo fue formulada magistralmente por Charles Eisennman en su momento, y recibida en

España por García de Enterría. Nos lleva a la consideración de que para entender el Derecho Administrativo es menester comprender los principios y los valores constitucionales y si no, me temo que la legalidad administrativa, como suele ocurrir en tantos países, sigue paralela a la Constitución pero no asume la potencia de las bases del Estado Social y Democrático de Derecho que se fundan desde la juridicidad, la separación de los poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, la solidaridad y el principio de participación.

Porque si no, como dijo la Corte Constitucional española en una sentencia del 7 de febrero de 1984, el interés general es un concepto que se define de manera intercomunicada entre poderes públicos y agentes sociales, no unilateralmente por el poder público, no unilateralmente por la sociedad, sino en un marco de diálogo entre poderes públicos y agentes sociales. En este tiempo de pandemia vemos cómo se ha ido distanciando el uno del otro. Necesitamos que esos puentes vuelvan a tenderse porque de lo contrario terminaremos con derivaciones burocráticas del interés general que rechazan y contradicen la vitalidad de la realidad que late de manera espontánea y que en un Estado democrático debe emerger de abajo hacia arriba. De no ocurrir campea ese peligroso déficit real de participación social, hoy tan inquietante para la salud democrática.

Dicho esto, quiero traer a colación una serie de ideas planteadas por el profesor Meilan Gil, catedrático y rector de la Universidad de la Coruña durante bastantes años, quien nos hablaba a mediados de la década de los ochenta del siglo pasado del Derecho Administrativo Constitucional, que es una expresión no muy conocida, pero que pone el énfasis y el acento en esa especial relación que debe haber entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional; porque si no la hay, no se cumple el principio de supremacía constitucional, y la eficacia directa de la constitución no será una realidad. Y esto, en un Estado democrático y social de Derecho tiene que garantizarse. Una de las formas de preservar que esos valores

se realicen es que efectivamente sean asumidos por los poderes públicos, sean asumidos por las Administraciones públicas y especialmente, por quienes en ellas laboran.

Ahora en mi país, España, hay una polémica que llegó a la Argentina con relación a una controvertida decisión muy reciente del Poder Ejecutivo en relación con unos indultos. En este punto es menester traer a colación dos preceptos de la Constitución española donde a mi juicio están las bases constitucionales para entender el sentido que tiene el control judicial de la Administración pública. Por una parte, el art 103 donde encontramos una formulación clara del principio de juridicidad. El artículo 103 párrafo 1° que es una copia del homónimo artículo de la Constitución federal de Bonn que los germanos pusieron para evitar que pasara lo que pasó y que dejó el solar europeo sembrado de cadáveres.

Tal precepto señala que la Administración pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Repito, esta dicción se ha copiado casi literalmente de la Constitución alemana para dar entrada a una idea de positivismo inclusivo, de que el poder público está sometido en democracia a la Constitución, a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico y, por lo tanto, como ha dicho el Tribunal Supremo en varias ocasiones en el reino de España, los principios son el oxígeno que respiran las normas.

En este tiempo he terminado un libro sobre la forma en el Derecho Administrativo donde, a partir de los postulados del pensamiento complementario, me decanto, ni por el positivismo cerrado, ni por un esencialismo absoluto, pues la forma jurídica tiende hacia los valores del Estado social y democrático de Derecho y cuando se desgaja la forma del valor, o el valor de la forma, incurrimos en un problema que tiene difícil solución.

Si el poder público está sometido plenamente a la ley y al derecho, y los jueces y tribunales actúan desde esta perspectiva, no habrá arbitrariedad; pues el

Poder Judicial, a la hora de enjuiciar esa actuación administrativa, manejará todo el Ordenamiento jurídico y el resto de las fuentes del derecho.

En esta cuestión conviene subrayar que la Constitución española fue muy precisa cuando utilizó el término seleccionado, pues dejó sentado que el poder público está sometido a la ley y al derecho plenamente. Aquí también hay resabios de una vieja discusión que se plantea en todos los sistemas autoritarios, sistemas que buscan denodadamente dar carta naturaleza al acto político para que no tenga controles jurisdiccionales. Pues bien, ahora, después de tanto tiempo, vuelve esa discusión sobre la pretensión del acto político de ser irrecurrible, irresistible. Y de paso, que los políticos sean inimputables en el ejercicio de sus funciones públicas.

***

Este asunto de la plenitud del sometimiento a la ley y al derecho de los actos del poder público nos lleva al artículo 106 de la Constitución española de 1978, donde está establecido el control judicial de la actuación del poder público. En efecto, en virtud de este precepto, los jueces y tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican. Los tribunales controlan el ejercicio de la principal actividad administrativa que es la potestad reglamentaria pero también de toda la actuación administrativa, pues es la panoplia de posibilidades de expresión de la voluntad administrativa, no solo del acto administrativo. Por ello el constituyente utilizó la expresión actuación, para dejar claro que jueces y tribunales controlan la actuación administrativa y la potestad reglamentaria, así como los fines que justifican las actuaciones administrativas.

Este punto de la extensión del control judicial sobre la actuación administrativa nos presenta la cuestión relativa a que el juez pueda controlar

jurídicamente el sometimiento del poder de la Administración a los fines que la justifican. Cuestión que para algún sector doctrinal significa que el Poder Judicial puede entrometerse en lo que es el interés general, de manera que pueda entrar en consideraciones sobre la oportunidad, la conveniencia, el mérito político. Claro que no.

El juez no puede gobernar, lo que pasa es que cuando conoce una decisión debe proyectar sobre ella los estándares constitucionales, la ley y el derecho que se deriva de la constitución y por supuesto, los valores y principios constitucionales. Por tanto, el juez o tribunal, sin usurpar la voluntad política porque no lo puede hacer, sí tiene una serie de mecanismos y de herramientas que le permiten garantizar que el ejercicio del interés general esté sometido al derecho para evitar abusos o excesos que sobrepasen en cada caso el interés general al que siempre deben seguir las actuaciones administrativas, cualquiera fuere su naturaleza.

En España hay un caso paradigmático relativo a si el Tribunal Supremo podrá controlar jurídicamente unos indultos concedidos al amparo de una ley de 1870 que todavía sigue en vigor y que por tanto es formalmente vigente, aunque puedan existir dudas más que razonables acerca de su adecuación a los valores y principios constitucionales. Pues bien, en esa ley se regula un instituto que tiene vestigios de las facultades judiciales, los que tenían los Reyes en España para ejercer el indulto, y que, según esa norma, se exige que quien va a ser indultado se haya arrepentido y lo haya pedido, haya solicitado ese perdón.

Ahora nos encontramos con el problema de que esos indultos serán recurridos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo quien estudiará la causa que ha dividido a este gobierno y que es la utilidad pública para el indulto. Seguramente el Poder Judicial no puede analizar la evaluación política de la conveniencia de la utilidad pública; sin embargo, sí podría el Supremo examinar si jurídicamente se

dan todos los requisitos que para la eventual concesión del indulto reclama la Ley de 1870, respetando la función de dirección política que corresponde al Poder Ejecutivo.

Ustedes saben muy bien que la discrecionalidad administrativa se controla por los hechos determinantes, por los principios generales del derecho. Elementos que los jueces saben que pueden utilizar para que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad. La arbitrariedad es la ausencia de racionalidad. Hay que reclamar racionalidad en las decisiones y hay veces que las decisiones no están mínimamente motivadas, sustentadas en un mínimo argumento lógico y racional. En este sentido conviene recordar que el derecho administrativo es la ordenación racional de los asuntos según la justicia por lo que mucho tiene que ver con la racionalidad. Por eso, la Constitución española cuando trata acerca de la Administración habla de servicio objetivo al interés general.

***

Nos puede gustar más o menos el razonamiento de la decisión, pero debemos reclamar que esté fundado. Y el juez tiene que ser especialmente exigente en que la norma y el acto sea racional, que esté sostenido sobre razones comprensibles y no sobre cuestiones subjetivas o que no son susceptibles de una evaluación o expresión racional. Por eso, la propia constitución ha querido en el artículo 106 que los jueces y tribunales puedan conocer el sometimiento de los poderes públicos a los fines que la justifican. Tema importante que tiene una proyección especial en materia de medidas cautelares; por ejemplo, donde el juez en lo contencioso administrativo hace una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, contrastando los intereses públicos y privados para tomar una decisión que evite que el recurso pierda su finalidad legitima. Ciertamente, hoy

el juez español es un juez también de derecho comunitario europeo porque este es de aplicación directa y preferente en los Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, en el reino de España los jueces son jueces del derecho europeo y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene mucha importancia, también y, por supuesto, en la materia que estamos tratando del control judicial de los actos de la Administración pública.

Para terminar, hay que referirse a una de las garantías, quizá la más importante para preservar la independencia del Poder Judicial: la autonomía del Poder judicial y la selección con arreglo a criterios de mérito, capacidad e idoneidad; porque, al menos para nosotros, si los jueces no son reclutados al margen de los otros poderes del Estado, su independencia podría quedar seriamente afectada.

Este es un tema que, como otros tantos, no está resuelto todavía y no sé si algún día se pueda resolver acabadamente. No lo parece. Sin embargo, debemos tender hacia la independencia del Poder Judicial profundizando en los diálogos entre los poderes, y en ese sentido quienes vemos el derecho desde una perspectiva de pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, tenemos que ir superando dogmas y clichés del pasado que nos impiden ver la realidad como es, pero sobre todo, hemos de trabajar teniendo en cuenta que más importante que los equilibrios de los poderes, es el derecho humano de las personas a que sus controversias y disputas se resuelvan con arreglo al Derecho, porque los juzgadores no tienen más que la mirada de la objetividad y la imparcialidad.

Los remedios judiciales en casos estructurales: remedios experimentalistas

Mariela Puga [1]

Voy a tomar como punto de partida una de las afirmaciones del doctor Carlos Balbín en la cual señala que “el punto crítico del modelo actual de control judicial de la actividad administrativa está en la ejecución de las sentencias”. Me parece una afirmación precisa a la que adhiero.

Desde la perspectiva del Dr. Balbín, el modelo de control actual se nos presenta como una especie de amalgama de varios elementos que han ido aumentado con el tiempo los alcances del control judicial sobre la administración. Asimismo, dice que ahora también se controla la actividad discrecional de la administración (no solo la reglada), que se judicializa la lesión de los derechos

[1] Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Master en Derecho, con Especialidad en Derecho de Daños por la Universidad de Palermo de Buenos Aires. Fue dos veces becaria Fullbright. Obtuvo el American Association of University Women Award, y el Delta Kappa Gamma Award, que le permitieron graduarse de Master en Derecho (LLM) en la Columbia School of Law. En 2013 obtuvo el grado de Doctora en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Su tesis sobre "Litigio Estructural", calificada de sobresaliente, fue recomendada para el premio Facultad. Recibió ese año el "Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación" por su trabajo sobre "Control de Constitucionalidad Estructural". Actualmente es Investigadora Adjunta del CONICET; Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Escuela de Ciencias Políticas de la UNER y Profesora Titular en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

sociales (no solo los civiles y políticos), que se abre un abanico de derechos colectivos, tanto sobre bienes públicos, como sobre bienes individuales que se acumulan o sistematizan de alguna forma, y, sobre todo, que las sentencias tienen un alcance más general. En términos de Balbín, "alcance absoluto".

Nos encontramos entonces, muy frecuentemente, frente a decisiones judiciales estructurales con ese alcance amplio, a las que yo definiría como aquellas que extienden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses y relaciones de las partes que accionan en el proceso. Ellas desafían a los jueces en procesos que no están reglados legislativamente, involucrando sus decisiones con asuntos de políticas públicas, y a veces, con la organización de agencias estatales. Cada vez más los jueces enfrentan agravios que son muy extendidos y graves y que tienen como fuente el mal funcionamiento sistémico de ciertas políticas o agencias del Estado.

Si en Argentina tuviéramos un sistema de garantías más regimentado como plantean varias de las nuevas constituciones latinoamericanas, en especial la de Ecuador, las sentencias en estos casos para nosotros serían mucho más previsibles, menos controvertidas, y no constituirían quizás ese punto crítico que forman hoy en nuestro sistema institucional. Pero a nuestros jueces les toca enfrentar procesos de ejecución de sentencias estructurales, es decir, de dar remedios en situaciones de violaciones sistemáticas de derechos, sin constricciones legislativas muy específicas en materia procesal. Y esto es muy desafiante. Nosotras los llamamos el punto crítico de la ejecución de las sentencias, mientras que en otras partes de Latinoamérica se discute esta problemática como parte del problema de la "materialización de los derechos". Para algunos autores europeos como Ferrajoli se la tiene como una cuestión de "garantías secundarias", mientras que en Estados Unidos se lo refiere como la cuestión de los "remedios judiciales", que es el término que yo voy a usar.

***

Me detendré en el concepto de Ferrajoli, que me parece iluminador en este tema, sobre todo en su distinción entre las garantías primarias y las secundarias. Las garantías primarias son presentadas como esas obligaciones correlativas a las expectativas que nos generan los derechos para su realización, en tanto las secundarias son las que aparecen cuando nos violan los derechos. De manera que, si yo tengo derecho a la salud, la garantía primaria es la obligación del Estado de proveer a mi expectativa de que se proteja mi salud, y la garantía secundaria se activa cuando el Estado viola esa expectativa, incumple esa obligación.

Es entonces una obligación de restablecimiento de mi derecho, una obligación de hacer algo para materializar el derecho. Esas garantías están en su mayoría legisladas para el caso de derechos patrimoniales o personales, ya sea como reparaciones, como sanciones, como obligaciones de hacer o no hacer determinadas medidas remediadoras, y, por general, aparecen en las partes resolutivas de las sentencias. Eso a lo que Ferrajoli llama las garantías secundarias, y a las que yo llamaré remedios, cuando son dispuestas por el órgano jurisdiccional. Si están legisladas, el órgano jurisdiccional solo ordena en el caso concreto lo que la norma establece como consecuencia de la violación de un derecho. Cuando no están legisladas, son producidas por los jueces; es decir, ellos tienen que diseñar un instrumento, desde una lógica pragmática, dirigido a restablecer el derecho violado.

Cuando estamos frente a decisiones estructurales, que son las que involucran intereses que están fuera de las partes procesales, a veces tendremos remedios a los que llamamos estructurales, en cuanto consisten en órdenes o exhortaciones que, como decía al principio, tratarán de restructurar, reformar o reorganizar agencias, instituciones o políticas del Estado de distinto tipo. Así vemos remedios estructurales que se involucran con la reforma de cárceles, geriátricos,

hospitales, institutos de menores y, que también, muchas veces, buscan impulsar políticas inexistentes para tratar de establecer satisfacción de los derechos.

Ahora bien, una aclaración es necesaria antes de abordar el tema. Es posible dar cuenta de que no en todos los casos estructurales se dictan remedios estructurales. Muchas veces estos casos no se tramitan ni se deciden en procesos colectivos. Los precedentes de la Corte Suprema en los casos Badaro, Arriola y Bustos son ejemplos muy elocuentes. Allí la Corte tomó decisiones estructurales, es decir, estableció reglas que alcanzaban a muchas más relaciones que la relación entre las partes del proceso. Pero no se llegó a la decisión a través de un proceso colectivo, y su remedio solo alcanzó a las partes del proceso. Es decir que, aunque la regla en que se funda la decisión se formula abarcando muchos otros casos, relaciones e intereses que los de las partes antes sus estrados, la orden remedial, esa que está en el resolutorio de la sentencia con carácter vinculante en tiempo, espacio y sujetos, queda solamente delimitada a las partes del proceso. Visto así, la cuestión remedial sobresale para nosotros como un asunto problemático solo cuando el caso estructural, además, se resuelve en el marco de un trámite o de un proceso colectivo. Allí es donde el juez que declara una violación colectiva de derechos se ve obligado a establecer órdenes de restablecimiento que ya tienen un alcance general. A esa orden -o conjunto de órdenes- es a lo que solemos llamar remedios estructurales. En otras palabras, podemos tener decisiones estructurales que no tienen remedios estructurales, pero las que nos resultan problemáticas son las que imparten órdenes remediales estructurales; es decir, instrucciones vinculantes que trascienden a las partes procesales.

***

Algunos juristas han creído que los remedios estructurales son siempre

complejos, es decir, siempre son muchas órdenes o exhortaciones, a veces dadas en varias sentencias, dando lugar a un proceso largo de ejecución, con plazos intermedios de cumplimiento y una supervisión judicial continuada. Sin embargo, la jurisprudencia evidencia que no es necesariamente así. Ha habido casos estructurales que fueron resueltos en procesos colectivos, con remedios de alcance general, pero a través de una única orden, a manera de autorización o de desautorización. Un ejemplo es el caso Castillo (2017) referido a la educación religiosa en la Provincia de Salta, por nombrar uno de los tantos que se resolvieron de esta manera. O el ya antiguo y famoso Kattan (1983) que desautorizó la caza de toninas en cierta zona del mar argentino. Son casos donde el órgano jurisdiccional sencillamente dice esta ley es inconstitucional, o esta práctica es ilegal (declara entonces la violación de una garantía primaria) y remedia solo autorizando o desautorizando la actividad en cuestión, ordenando el cese o el hacer. Ese remedio estructural simple, originado en un proceso colectivo, que instrumentaliza una decisión estructural, a veces logra restablecer los derechos sistémicamente afectados. Menciono estos casos de remedios simples, porque mirados de cerca nos permiten notar tres (3) características centrales que los diferencian de aquellas decisiones estructurales que sí van a requerir remedios más complejos. Esas características son importantes de resaltar para entender mejor la necesidad pragmática de remediación estructural compleja.

Por un lado, los casos con remediación estructural simple suelen tener una causa única del agravio. Por ejemplo, una norma o decisión práctica, centralizada, inconstitucional. Al declararse a la norma como inconstitucional, como ocurrió en el caso Castillo, el remedio o la garantía secundaria -diría Ferrajoli-, no tiene otro fin que cancelar esa única causa, y ordenar que se deje de hacer lo que manda la norma inconstitucional. Una orden simple como esta podría funcionar como remedio en todos los casos en que la práctica responde centralizadamente a la

norma formal declarada inconstitucional, o a decisiones centralizadas. La otra característica es que generalmente el agravio es un acontecimiento relativamente reciente, es decir, que no está instalado en nuestra institucionalidad material, con lo cual una simple orden judicial puede desestabilizarlo. Un buen ejemplo puede verse en los casos de defensa de la competencia, los que admiten esta forma de remediación simple como una forma efectiva. Digamos que aparece una actividad comercial desleal, y un grupo de competidores la denuncia judicialmente. La aparición del agravio y la reacción suelen ser casi inmediatas en el tiempo. Digamos que la decisión del juez acerca de la práctica comercial es finalmente que esta es desleal porque viola los principios de competencia. La mera declaración, y la orden de cese alcanzarían, probablemente, para la restauración estructural de los derechos que se reclaman violados. El caso podría tramitarse colectivamente, la regla de decisión alcanzaría a todos los competidores afectados o a todas las prácticas desleales de esa estirpe, pero el remedio puede ser una simple orden de cese. Algo parecido ocurre cuando la remediación simple supone darle validez a una norma nueva, una que cambia un status quo agraviante. Por ejemplo, el caso del colegio Monserrat de Córdoba que solo admitía varones (González Delgado, 2000). Allí una resolución de la Universidad Nacional de Córdoba trata de cambiar las reglas de acceso para que ingresen las mujeres, y la Corte Suprema interviene validando esa resolución de cambio, frente a la demanda inhibitoria de padres que querían que siguiera siendo solo de varones. La declaración judicial de validez garantizó inmediatamente el accedo de las mujeres al Colegio. Un remedio sencillo. Lo que estos casos nos enseñan es que la remediación simple, una declaración o una sola orden puede remediar estructuralmente cuando el agravio es relativamente reciente, y/o se lo imputa a una causa única o centralizada.

***

Pero estos mismos ejemplos también indican que la complejidad aparece cuando pasa lo contrario; es decir, cuando las causalidades del agravio no son únicas ni centralizadas, sino múltiples y polis céntricas, cuando el agravio es antiguo, o está enraizado de forma compleja en las prácticas, o cuando en lugar de una mera práctica de seguir la norma, lo que entra en cuestión es la función estatal.

El caso más conocido de multicausalidad, arraigada y poli céntrica, es para nosotros el caso Mendoza, 2004-6. Cuarenta y cuatro empresas contaminan la cuenca Matanza-Riachuelo, decenas de asentamientos de personas tiraban residuos al río, decenas de basurales estaban asentados en las costas y provocaban derrames diversos, entre varias otras causas de un agravio de más de un siglo. La remediación judicial tenía una doble meta impuesta por la decisión estructural: sanear el riachuelo, por un lado, y a la vez tratar impedir que se siga contaminando desde esta multiplicad de formas.

Todos esos factores que concurrían causalmente al agravio, lo que hacen, de alguna manera, es exigir una remediación más compleja, y la que claramente iba a ser a largo plazo. La conexión cuasi normativa entre esos factores y su naturalización como prácticas aceptadas, impondría fuertes y dispersas resistencias a la acción judicial.

En similar sentido vemos la intervención judicial en el caso de las cárceles de la Provincia de Buenos Aires, el caso Vertbisky, 2005. Los actores del conflicto de las cárceles tienen una conciencia práctica muy arraigada que funciona casi inconscientemente coordinada, y que actúa con fuertes resistencias a los cambios exigidos por la garantía de derechos. Estas prácticas arraigadas en estas instituciones suelen ser resistencias difíciles de superar, y requieren remediaciones complejas de largo aliento.

***

También vale atender a la cuestión de la omisión estatal en sus funciones, la que es relevante cuanto tiene cierta antigüedad o arraigo. Nos encontramos entonces conque la lógica de la actividad estatal está construida a instancias de ignorar la validez de los reclamos de ciertos derechos. Es decir, los remedios se enfrentan a agencias estatales organizadas precisamente a través de las exclusiones. En términos de teoría son las reglas constitutivas de la institución las que provocan exclusiones. Cuando ellas no prevén servicios sanitarios específicos para la población desnutrida, por ejemplo, los niños en situación de desnutrición deben enfrentar una resistencia estructural constitutiva del servicio. Hay varios casos de estos, pero lo importante para ver aquí es que estos casos exigen una remediación compleja en el sentido de que durante mucho tiempo los jueces empiezan a dar muchas órdenes dirigidas a agentes estatales diversos, las que se implementan en esquemas graduales con plazos intermedios, con una supervisión judicial a veces de distinta escala.

En Latinoamérica tenemos muchos casos de remediación compleja prototípicos, pero quizás el de mayor escala se origina es la sentencia T025 de la Corte Constitucional Colombiana, referido a la política de asistencia a desplazadas por el conflicto armado. En similar escala y complejidad remedial puede verse la sentencia de la Corte Federal Brasileña en el caso Raposa Terra do Sol, referido a la demarcación de las tierras indígenas, el que constituye una sentencia que regimienta jurisdiccionalmente un territorio de millones de hectáreas. Y por supuesto, entre nosotros, el ejemplo paradigmático son los 15 años de ejecución de sentencia en la causa Mendoza. La pregunta interesante aquí es qué hacen nuestros jueces en estos casos estructurales, luego de darle trámite colectivo. Qué hacen remedialmente cuando se enfrentan a un agravio multicausal, arraigado o constitutivo, que exige estas remediaciones complejas.

Hace no demasiado tiempo atrás, muchos jueces declaraban a estas cuestiones, asuntos políticos no justiciables. Pero eso pareciera no ser posible ya, sobre todo en el escenario post reforma de 1994, y en el modelo actual de control judicial de la administración.

Algunos jueces optaron por declarar la violación de los derechos y renunciar a la función remedial. Es decir, ofrecer una garantía primaria, pero abstenerse de crear otra garantía secundaria que no sea declamativa. Las razones a las que suele aludirse para decidir de esa forma suele ser alguna limitación ¨propia¨ de ciertas competencias jurisdiccionales, pero, sobre todo, la de la no interferencia en las funciones de otros poderes del estado. Sin embargo, esas razones no pueden eludir el problema de la contradicción argumental en la definición de la obligación jurisdiccional. Decidir de esa manera supone hablar de derechos sin garantías. Cómo podrían los jueces auto mutilar su jurisdicción como si fuera meramente declarativa para ciertos casos, y no hacerlo para otros. Es complicada la decisión que distingue los casos desamparados por la justicia de los otros, y no parece sencillo renunciar a la función remedial o evadirla solamente por su complejidad.

***

Creo que sí hay buenas razones para la autolimitación remedial de los jueces en casos estructurales, pero también que esas razones son de corte estrictamente pragmático –ni normativo, ni político-, en consonancia con el hecho de que las decisiones remediales son decisiones instrumentales, es decir, decisiones que se justifican en cuanto son medios adecuados para alcanzar cierto fin regulativo que la sentencia declaró u estableció. En ese marco, entiendo que hay dos razones pragmáticas que me parecen atendibles, las que de forma no explícita parece ser receptadas por la jurisprudencia.

Por un lado, lo que yo llamaría la razón de la "resistencia política sustantiva". Ella se da cuando la administración estatal y los actores relevantes para la implementación de una remediación judicial estructural están en profundo desacuerdo con respecto a la existencia de la violación de derechos, es decir, cuando desacuerdan en la interpretación judicial del caso. En ese marco, seguramente tendrá lugar un proceso altamente adversarial, porque se enfrenta a una resistencia política sustantiva o de fondo con respecto a la existencia del agravio.

En esos casos la remediación compleja puede ser demasiado improbable, y la autolimitación remedial está lejos de ser un acto de deferencia política, o de renuncia jurisdiccional. Podría tratarse, más bien, de una estrategia pragmática de remediación a largo plazo, que apuesta a la construcción remedial caso por caso.

Si vemos de cerca el caso ATE, 2008 de la Corte Suprema de Justicia, referido a la inconstitucionalidad del monopolio sindical en materia de representación gremial, o en el mismo sentido observamos las decisiones en Badaro, 2006, advertimos que son casos en donde hubo una clara auto restricción remedial. En efecto, la Corte tomó decisiones estructurales, y podría haber intentado una sentencia estructural simple, o incluso compleja, pero en cambio restringió la remediación al caso concreto, restringió su propia jurisdicción en una actitud que podría considerarse eficiente en términos pragmáticos. Con el tiempo, los casos de la regla estructural de la Corte se fueron repitiendo, llevando a los estrados y decidiendo en el mismo sentido.

Con el tiempo podemos advertir que la decisión de la Corte intervino en un proceso político, movilizó un proceso político que tomó distintos cursos y que de alguna manera reconfiguró también las posiciones políticas que había inicialmente con respecto a la existencia de violaciones de derechos en esos casos.

***

La segunda razón también pragmática para la auto restricción remedial se presenta cuando hay necesidad de redistribución de partidas presupuestarias a los fines de poder ejecutar el mandato judicial, o para llevar adelante una remediación compleja eficiente. Muchos jueces en estos casos han optado por disminuir el grado imperativo de su decisión, por exhortar, o instruir al Congreso para la reasignación futura de partidas, a los efectos de cumplimiento de su mandato remedial, suspendiendo así la remediación hasta un futuro programado. Lo cierto es que la falta de recursos, o la necesidad de reasignación de partidas presupuestarias, aparece como una razón de índole pragmática por lo menos para suspender o postergar la remediación en estos casos.

Lo que me interesa resaltar aquí es que hay una razón para la auto restricción remedial que yo diría que es especialmente equivocada, o debería descartarse como tal en los casos estructurales. Me refiero a la que no alude a la "resistencia política sustantiva", ni a la "necesidad de reasignación presupuestaria", sino, simplemente, a la complejidad del problema a remediar. Algunos parecen creer que la complejidad del asunto estructural abordado jurisdiccionalmente pondría en entredicho el alcance de la función jurisdiccional, expondría a la judicatura su falta de capacidades institucionales para abordar cierto tipo de problemas, en especial los referidos a las políticas públicas. En fin, dejaría en evidencia que la naturaleza de ciertos problemas es ajena a la función judicial y obligaría a abstenerse de juzgarlos. Algunos enuncian este motivo como el del "respeto a la división de funciones estatales", otros lo siguen llamando "cuestiones políticas no justiciables", pero revisando las razones detrás, solo nos encontramos con que el asunto es demasiado complejo.

***

Me detengo por último en este razonamiento que encuentro especialmente equivocado, porque cuando observamos de cerca los problemas complejos, ya sea por su multicausalidad, o su arraigo histórico, vemos que son los casos que, por el contrario, más justificarían pragmática y constitucionalmente el control judicial de constitucionalidad. Esto es algo que han entendido muy bien (y que han teorizado en extenso) los llamados experimentalistas remediales. Se trata de teóricos de casos judiciales que vienen investigando remedios judiciales estructurales que se están dando en distintas cortes en el mundo, y que parecen responder a cierta lógica de lo que llaman el "bloqueo político". Es importante advertir, que este asunto del ¨bloque político¨ es un asunto bien diferente a la cuestión de la "resistencia política substantiva" antes mencionada como una buena razón para la auto restricción remedial.

Desde hace algunas décadas se advierte cierta tendencia en la forma de remediación de casos de litigios públicos en distintas partes del mundo, registradas en el afamado artículo del de Charles Sabel y William Simon, traducido a nuestro idioma como "Derechos desestabilizadores". Se trata de un trabajo de 2004 que ha tenido una gran repercusión desde entonces. En él se ofrece un racconto de casos de estudio en donde se teoriza sobre una tendencia dentro de las formas de remediar de algunas cortes de Estados Unidos llamadas remediaciones experimentalistas. Esta tendencia jurisprudencial parece asentarse en dos cuestiones centrales: por un lado, cuando la complejidad causal del agravio en un caso resulta el producto de su persistencia temporal o de su arraigo en las prácticas institucionales, ella estaría evidenciando, para los experimentalistas, o para los jueces experimentalistas, una incapacidad de los poderes públicos para solucionarlo. Inversamente al de la posición de quienes consideran que la

complejidad expone la falta de capacidad de las cortes para intervenir, para la mirada de Sabel & Simon, la complejidad causal y el arraigo temporal del problema acredita que el Estado no está desarrollando las capacidades necesarias para afrontar este tipo de problemáticas. Por otro lado, no hay resistencias políticas respecto a la existencia de un agravio, y el carácter jurídico de ese agravio.

Nadie negaría la violación de derechos en el caso de cárceles superpobladas de Buenos Aires, o adversaría respecto a que el Riachuelo está escandalosamente contaminado. Son típicas situaciones de inconstitucionalidad e ilegalidad sobre cuyo carácter no hay disputa. La cuestión que los experimentalistas resaltan es que ninguna administración previa ha sabido cómo remediarlo, o no se conoce el camino a esa remediación, o no se han desarrollado las capacidades estatales necesarias para remediarlo, o el desarrollo de esas capacidades requieren de más tiempo de impronta directiva que el que duran en sus funciones los funcionarios políticos. Por lo tanto, podemos notar nosotros –glosando a los experimentalistas- que la periodicidad de mandatos no genera los incentivos políticos adecuados para iniciar o para continuar procesos de remediación de problemas estructurales largos y complejos. Estas son las razones que lejos deslegitimar a los jueces, estarían justificando especialmente el control judicial de la actividad estatal. Tal, el hecho de que nos encontremos frente a la evidencia de la incapacidad o de la falta de capacidades estatales, y el hecho de que exista una clara ¨incertidumbre¨ con respecto a la forma de remediación estructural en el caso.

***

Sabel & Simon dicen que estos casos en los que las instituciones han fracasado sistemáticamente durante mucho tiempo, y que permanecen inmunes a

los cambios políticos –a eso se llama bloque político-, de alguna forma estarían probando lo que venimos insinuando: que no hay capacidades estatales, y, sobre todo, que una sola orden judicial simple no alcanzaría. Por otro lado, en estos casos el agravio tiene que ser ¨categórico¨, indiscutible, como la contaminación del riachuelo. Nadie discute la existencia de contaminación del riachuelo o que eso afecta o viola derechos humanos. Es condición para habilitar la remediación experimentalista que no haya desacuerdo sustantivo respecto a los hechos, y tampoco con respecto a la caracterización jurídica de esos hechos. Es decir, no hay una razón para la auto restricción remedial a la que llamamos ¨desacuerdo político substantivo¨.

El "bloqueo político", en cambio, es un asunto diferente. Como lo describen los experimentalistas, significa que las víctimas de esta situación no han tenido posibilidades de influenciar a las autoridades, es decir, estaríamos ante minorías insulares, quienes, Gobierno tras gobierno, no consiguen hacer ingresar su reclamo a las agendas políticas. Eso ha hecho que el agravio se haya ido arraigando y agravando con el tiempo.

¿Qué pasa en estos casos cuando sabemos que no es una cuestión de desacuerdo substantivo de derecho, sino una cuestión de falta de capacidades estatales, y que los bloqueos políticos seguirán manteniendo el problema en la marginalidad de la agenda política, profundizándolo y agravándolo? En estos casos, Sabel & Simon ven que el reclamo de derechos ante la jurisdicción ha venido funcionado como desestabilizador. Los reconocimientos de derechos conculcados funcionarían para deslegitimar a las instituciones fallidas, y tienen un efecto simbólico de invalidar sus presupuestos de funcionamiento.

Las cárceles después del caso Verbitsky fueron registradas en la mirada pública como cercanas a campos de concentración; las escuelas de Salta después de la decisión en Castillo quedaron en el imaginario público como centros de

adoctrinamiento.

En fin, las decisiones judiciales ayudan a fuertes cambios simbólicos a partir del reconocimiento de la violación de derechos y ese cambio deslegitima a las instituciones. Pero, paradójicamente, lo que tenemos en esos casos es una muy baja adversariedad procesal, es decir, las partes procesales no suelen defender el *statu quo*. No hay negativa de los hechos, no hay oposición para calificarlos legalmente como actividades que violan derechos. Solo hay estrategias negatorias de culpa.

***

En el caso Vertibisky el Ministerio de Gobierno de la provincia de Buenos Aires reconoció las estadísticas y reconoció que la situación era una violación de derechos humanos. Nadie defendió el statu quo, y esa baja adversariedad procesal empezó a sugerir un proceso de atribución de responsabilidad sin culpa por un agravio histórico y multicausal.

Ahora bien, este escenario particular, de baja adversariedad procesal, de deslegitimación de las instituciones que están en crisis es, para los experimentalistas, escenario ideal para avanzar procesos de colaboración y de acuerdos. Los experimentalistas presuponen esta disposición o posible predisposición de las partes a colaborar. Entonces proponen que ellas sean aprovechadas para llegar a acuerdos que tiendan a la "descentralización" de la institución en crisis. Por eso, el proceso de remediación experimentalista es, ante todo, un proceso de descentralización de decisiones institucionales o de políticas públicas fallidas en organismos diferentes, o bien, en otros organismos ya existentes que son reautorizados por la participación de actores diferentes a los que disponen la jerarquía burocrática. Por ejemplo, organismos técnicos

permanentes de la administración, que por la decisión judicial resultan jerarquizados frente a la remediación y frente a las burocracias políticas transitorias.

La jerarquía burocrática cambia cada cuatro años, de manera que descentralizar las decisiones en organismos de cierta permanencia, que son rejerarquizados en la temática remedial, garantizaría, de alguna manera, que la remediación mantenga cierta autonomía y estabilidad a pesar de esos cambios. Este proceso estará a cargo de las burocracias que están más cerca de los puntos claves del problema, y de aquellos a quienes se reconozca como stakeholderes, es decir, interesados que pueden resultar de interés en ese proceso transformativo.

***

Ahora bien, si todo eso es cierto, y/o factible, ¿qué hace de este tipo proceso descentralizado un proceso experimentalista? diría que la característica más sobresaliente es que la remediación, en lugar de estructurarse a partir de un grupo de órdenes judiciales instrumentales a cumplir, se transforma en un proceso epistémico de largo tiempo, que busca la transformación de la institución, o de la política fallida, y que está bajo la supervisión judicial. Ese proceso estará regimentado por reglas que no las dará el juez, sino que se irán creando experimentalmente. Ahora, ¿cómo se crean reglas experimentalmente para la transformación institucional? Se crean tal como suena: mediante procesos de prueba y error. Estos procesos necesitan condiciones básicas para poder desarrollarse. La primera condición es tener un punto de partida claro y un punto de llegada establecido.

En efecto, el experimentalismo como proceso de creación y recreación de reglas institucionales exige traducir la situación de ¨violación de derechos¨ o

¨estado de cosas inconstitucional¨ a una línea de base precisa, con datos e indicadores que sirvan de variable de medida. En segundo lugar, debe traducir la instrucción de la Corte respecto al estándar a alcanzar en metas a corto, mediano y largo plazo en términos de los datos y variables establecidos en la línea de base. Es decir, es necesario tener un punto de partida y de llegada claro, y más aún, es imprescindible aceptar que el proceso de testeo –prueba y error- pueda generar incluso la revisión tanto de las variables en que se asientan los datos de la línea de base, como de las metas propuestas.

Por último, el proceso experimentalista de prueba y error no es un ensayo anárquico, sino un ensayo reglado. Exige órganos de monitoreo, de toma de decisiones asentadas en las evidencias, y de expansión de la imaginación institucional a través de la comparación de datos con experiencias múltiples y el testeo de las metas con los afectados en el conflicto.

***

Esas reglas del proceso experimentalista son en parte el producto de la negociación entre partes, pero substantivamente son reglas de transformación mediante un régimen de experimentación, el que permite avanzar en una transformación frente a situaciones de agravios complejos y multicausales. En fin, dicho todo esto, puede notarse que hablar de la creación de una ¨agencia descentralizada de remediación¨ sería una manera corta, pero substantivamente incompleta de describirlo. Esa agencia debe estar sometida a un régimen de metas y de monitoreo sistemático que permita avanzar el proceso. En los casos que analizaron Sabel & Simon, frente a la necesidad pragmática de una remediación compleja, para la cual no existen capacidades estatales, los jueces están optando por esta salida con relativo éxito. A veces nombrando a los llamados special master,

como facilitadores del proceso e interlocutores del juez, a veces jerarquizando a técnicos o a organizaciones de la sociedad civil en los procesos.

En Argentina varias veces hemos estado en escenarios similares a los que describen los experimentalistas como posibilitantes de procesos de este tipo. Los jueces parecieron acercarse tímidamente a estas posibilidades. Han ordenado la formación de mesas de diálogo, o de comisiones de monitoreo, o designado jueces para la aplicación y fiscalización de las acciones. Hasta ahora no se han nombrado special master –si dejamos de lado el hecho de que las quiebras son remediaciones estructurales y que los síndicos podrían ser vistos como special master-, y se ha fallado –fatalmente, según entiendo- en el régimen remedial impuesto. Por lo general se ha optado por no establecer estándares de medición de avances (ni líneas de base, ni metas de corto y mediano plazo), ni la Corte se ha ocupado de garantizar descentralización suficiente en la toma de decisión remedial. De manera que todo lo advertido por los experimentalistas ha ocurrido. El cambio de gobierno ha producido giros de timón constante sin fundamento claro, y la mayoría de las veces se discute en los procesos remediales, medidas aisladas tomadas sin base de justificación o rumbo razonado.

Hay varios casos ejemplificativos de los éxitos de estos procesos en el mundo. Para sintetizar, la idea de la remediación experimentalista, en definitiva, describe una serie de casos que están apareciendo en el mundo, y que también han aparecido en Argentina, como una tendencia en la que se justifica especialmente la intervención jurisdiccional. En especial, son casos que ofrecen oportunidades de transformación jurisdiccional a través de una forma de remediación que propone alcanzar las capacidades institucionales que no están disponibles cuando se toma esta decisión judicial estructural. Construir esas capacidades de una manera descentralizada, y bajo un régimen de prueba y error es, a muy grandes rasgos, la idea general del programa experimentalista.

La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales

Víctor Abramovich [1]

La idea central es abordar la aplicación de tratados de derechos humanos en el ámbito constitucional argentino y vincular esta cuestión con temas que han sido planteados en el marco de este seminario sobre el control de la administración y el control de constitucionalidad de las normas.

Como punto de partida de la discusión que se reavivó con la decisión de la nueva conformación de la Corte Suprema en el caso "Fontevecchia", me parece importante considerar que la incorporación de los tratados de derechos humanos en el sistema jurídico argentino es el resultado de un largo proceso histórico que comienza en la transición democrática durante el gobierno de Alfonsín. En esa etapa, el Congreso, con amplias mayorías políticas, aprueba los principales tratados

[1] Abogado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Magister en Derecho y Estudios Internacionales por el Washington College of Law -American University. Profesor de posgrado en universidades argentinas (UNLa, UBA, UNT) y profesor invitado en FLACSO, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional de Chile, entre otras. Desde 2015 es Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) en el período 2010-2014 y dirigió el Centro de Derechos Humanos de la UNLa entre 2006 y 2009. Entre 2006 y 2009 fue Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y su vicepresidente entre 2008 y 2009.

de derechos humanos que luego, en 1994, se incorporan a la Constitución Nacional. En este escenario político, la aprobación de esas normas internacionales tiende a realizar en el plano institucional la consigna política del "Nunca Más", como una suerte de reaseguro para evitar el riesgo entonces todavía latente de regresiones autoritarias. Al respecto, para ubicar el contexto histórico, basta recordar las crisis recurrentes de golpes militares durante todo el siglo 20, e incluso los alzamientos militares en aquel período de gobierno para impedir el avance de los juicios por crímenes de lesa humanidad.

La idea de asumir compromisos internacionales en materia de derechos humanos funciona también como una limitación del autogobierno, pues conlleva una voluntaria cesión de esferas de autonomía nacional en favor de la supervisión de mecanismos internacionales en determinados asuntos sensibles. Atarse al mástil de los tratados internacionales ha sido una estrategia común en países que atraviesan transiciones hacia la democracia, y como dije, expresa una ecuación compleja, que implica ceder grados de autonomía en busca de mayor estabilidad, garantizar por la vía de la inserción en mecanismos internacionales de supervisión un acompañamiento crítico de procesos políticos endebles.

La idea de Bobbio del derecho internacional de los derechos humanos como "reaseguro" se refiere, en definitiva, a dotar de una garantía adicional a esos derechos esenciales, a través de mecanismos de protección sostenidos por la comunidad de estados, pero que a su vez están más allá de los estados nacionales, y complementan y refuerzan los sistemas de protección domésticos. En este sentido me parece interesante recuperar un planteo que hace la Corte Suprema en el caso "Mazzeo" (2007) respecto del sentido de la reforma constitucional de 1994, donde recoge los debates de la Asamblea Constituyente y sostiene que la incorporación de los tratados de derechos humanos fue parte de una "política constitucional" que según la convencional Alicia Oliveira a quien cita la Corte, tiene

tres objetivos: la universalización de los derechos, el reconocimiento de la autoridad de los órganos de aplicación de tratados, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los comités de Naciones Unidas, y una estrategia gradual de armonización de la legislación Argentina a los tratados de derechos humanos, considerando gran parte de la rémora de leyes que habían sido originadas durante los gobiernos militares, así como temas pendientes en la agenda de discusión política de la transición que se arrastraban aún a inicios del nuevo siglo, entre ellos, la reapertura del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.

***

Luego de la reforma de 1994, el consenso político que sostiene esa "política constitucional" se proyecta en otras decisiones muy relevantes. El Congreso de la Nación aprueba numerosos tratados de derechos humanos con jerarquía supralegal, tres tratados reciben jerarquía constitucional, se desarrollan debates relevantes de políticas públicas donde la apelación a los tratados y a la jurisprudencia internacional sirve para apuntalar las decisiones, como en el caso de la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final. Ese proceso incluye también a las decisiones de la Corte Suprema, antes de la reforma de 1994, su sentencia en el caso "Ekmekdjian", y luego de esa reforma, su jurisprudencia interpretativa del artículo 75.22 de la Constitución, como el caso "Giroldi", y en especial la serie de decisiones sobre el deber de justicia penal ante crímenes masivos que constituye la base jurídica del juzgamiento de esos crímenes.

Me detengo en esta breve contextualización pues entiendo que cualquier análisis de la cláusula de jerarquía de los tratados de derechos humanos debería considerar que su consagración no fue un accidente histórico, ni un acontecimiento extraordinario. Por el contrario, es la decantación de un largo proceso de

construcción de consensos políticos que involucra al constituyente, al legislativo, al ejecutivo, y al sistema de justicia, en especial a la Corte Suprema, y que refleja a su vez nuestras experiencias sociales de ampliación de ciudadanía. Ese marco institucional permite observar en perspectiva los recientes cambios de la jurisprudencia de la Corte.

Ahora bien, si pensamos en la problemática de aplicación de tratados de derechos humanos, podemos identificar al menos cinco grandes temas constitucionales.

El primer tema es la jerarquía constitucional de los tratados. Al respecto la reforma de 1994 aclara en gran medida la discusión, pero hay un debate respecto de lo que significa que los tratados tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia" y que no desplazan los derechos de la parte dogmática de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte incorpora el concepto de "bloque de constitucionalidad federal", en función del cual el tratado incorporado a la Constitución y el resto de Constitución comparten o integran una única Norma Fundamental, un único cuerpo normativo, que por lo tanto tiene en cada una de sus partes idéntica jerarquía, lo que impide realizar juicios de validez contraponiendo unas normas y otras en función de un grado de jerarquía superior e inferior.

En todo caso, las tensiones entre normas del tratado y de la parte dogmática de la Constitución se resuelven como cualquier otra tensión entre dos cláusulas de la misma Constitución. Hablamos entonces de un mandato de "armonización" y de ponderación entre normas y principios que tienen la misma autoridad en la pirámide jurídica. Existen sin embargo, otras posiciones dentro de la Corte, hasta ahora minoritarias, y a nivel de la doctrina, que interpretan que los tratados de derechos humanos incorporados en virtud del artículo 75.22 son en realidad

normas constitucionales de "segundo rango", y en caso de un conflicto entre el tratado y el resto de la cláusulas constitucionales, o bien entre el tratado y unos "principios de derecho público constitucional argentino" que estarían implícitos en las normas de la constitución, estos últimos deberían prevalecer sobre el tratado por una razón de jerarquía. Este es entonces un aspecto de la discusión.

En este punto creo que es importante señalar que además de los tratados de derechos humanos que se incorporaron a la Constitución en la enmienda de 1994, hubo luego otros tratados que fueron incorporados por el procedimiento de mayoría agravada del artículo 75 inciso 22, e incluso algunos tratados que la Corte entendió que debían considerarse incorporados a la Constitución por estar contenidos o directamente vinculados a otros instrumentos internacionales de rango constitucional. Ello fue por ejemplo lo que decidió la Corte Suprema respecto del Convenio 87 de la OIT que se encuentra expresamente referido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos - "ATE" (2013), "Las Colonias" (2020), "Sindicato de Autopistas" (2021)-. También respecto del Protocolo de San Salvador, que es una norma complementaria de la Convención Americana - "García" (2019)-, pese a lo cual esta postura no es consistente, pues en alguna otra decisión la Corte considera al Protocolo una norma de rango supra-legal - "Farfan" (2019)-.

***

Una segunda cuestión relevante es el de las competencias federales involucradas en la implementación de los tratados. En qué medida la incorporación de los tratados de derechos humanos en la Constitución obliga a revisar las reglas de atribución de competencias federales. Existen en este punto algunos acuerdos

y varios disensos profundos. Un acuerdo es que la implementación de los tratados es un asunto en general de competencia concurrente del gobierno federal y de las provincias, pues cada uno en la esfera de su jurisdicción tiene el deber de adoptar medidas administrativas y legislativas de implementación de los derechos que consagra el tratado. Sin embargo, un aspecto controvertido es el alcance de la función de garantía que tiene el gobierno nacional a partir de las denominadas "cláusulas federales" de los tratados -ejemplo el artículo 28 de la Convención Americana- que le imponen cumplir con el tratado en su órbita de competencia y además "hacer cumplir" el tratado a las provincias. Esa función de garantía de cumplimiento obliga al gobierno federal a actuar ante la omisión o ante acciones lesivas de la autoridad provincial en ciertos asuntos que corresponden a la esfera autónoma de las provincias. Pensemos que las provincias tienen el control de las cárceles, de las policías locales, de sus sistemas judiciales, que son ámbitos de conflictos en materia de derechos humanos, incluso de litigio internacional. Entonces el problema constitucional sin resolver es a través de qué mecanismos el gobierno federal puede actuar para obligar a las provincias a cumplir el tratado en la esfera de sus competencias exclusivas, incluso cuando el gobierno federal se ve obligado a responder por un conflicto ante un organismo internacional por violaciones de derechos que se imputan a las autoridades locales. Al respecto entiendo que el gobierno federal cuenta con competencias para dictar normas de reglamentación directa de los derechos y garantías que consagran el derecho internacional de derechos humanos que integra el orden constitucional, y que esas normas deberían funcionar en todo el territorio como contenidos mínimos federales vinculantes para las autoridades provinciales, como ocurre con las disposiciones constitucionales referidas a contenidos mínimos ambientales -Artículo 41-, o las normas de base de la educación -Art. 75. Inciso 19-. Así, por ejemplo, la ley antidiscriminatoria se considera una norma de carácter federal que

funciona como reglamentación directa del principio de igualdad de la Constitución. Respecto de estas normativas federales las provincias conservan competencias complementarias, y los posibles conflictos se deberían resolver no por la regla tradicional de "no interferencia", sino por un principio de "optimización de la protección", según el cual debe prevalecer la norma federal o local más protectoria o en su caso la menos restrictiva.

La tercera cuestión constitucional relevante se refiere a la ejecución de decisiones de órganos de protección internacional que condenan al Estado nacional. Aquí lo que se discute es el valor jurídico que tienen esas decisiones: qué significa que según las normas de algunos tratados estas sentencias dictadas por órganos internacionales resultan definitivas y obligatorias para el Estado argentino. Es el tema que reabre el caso "Fontevecchia" (2017), en el cual la mayoría de la Corte cambia de forma regresiva la jurisprudencia que el tribunal había desarrollado en "Espósito" (2004) y "Derecho" (2011), incluso respecto de los informes finales de la CIDH, en "Carranza Latrubesse" (2013), entre otros precedentes, sosteniendo ahora que la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH que condenan al Estado argentino queda sujeta a algunas excepciones que allí se describen. Es un tema que reviste complejidad y que no voy a profundizar aquí.

***

Hay dos temas más en los que voy a concentrar el análisis pues entiendo que son centrales para la labor judicial de control de constitucionalidad. Por un lado, las reglas de interpretación del tratado y por otro, la operatividad de las normas del tratado.

Con respecto a las reglas de interpretación me parece importante ver la perspectiva que tienen los tribunales nacionales que van a aplicar el tratado. Esos

tratados aun cuando se consideren ley del país, traen sus propias reglas de interpretación, que están regidas principalmente por los códigos de principios de derecho internacional público, y por los principios particulares del derecho internacional de los derechos humanos. Pensemos en el principio "pro-persona", o el principio de "progresividad y no regresividad" como pautas interpretativas importantes para la aplicación de la normativa internacional. Además de traer esos criterios de interpretación, un elemento fundamental que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema, incluso antes de la reforma de la Constitución, en el caso "Ekmekdjian" (1992), y con posterioridad a la reforma de la Constitución en el caso "Giroldi" (1995), es el valor de esa jurisprudencia de los órganos autorizados como "guía o pauta de interpretación" para los tribunales argentinos. En "Giroldi", la Corte se basa en el artículo 75 inciso 22 que dispone que los tratados se incorporan a la Constitución "en las condiciones de su vigencia" para establecer que este concepto implica que el tratado tiene que ser aplicado en la esfera interna por los tribunales argentinos de manera consistente con su aplicación en el ámbito internacional, tal como rige en la esfera internacional.

***

La idea es evitar que los tratados tengan una doble vida. Se lean de una forma en el país, y de otra diferente en la esfera internacional en la que rigen. Para evitar esa brecha o esa inconsistencia en la aplicación de los tratados, los Estados confieren autoridad interpretativa a órganos que luego integran y sostienen de forma multilateral, como la Corte IDH, o los Comités de Naciones Unidas. La Corte en "Giroldi" señala que los tribunales argentinos tienen el deber de guiarse por la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los tratados, que esa jurisprudencia debe servir de guía de interpretación. ¿Qué significa este deber de guía de

interpretación?: que el tratado no es una tabla rasa que puede ser interpretado de cero, originalmente, sino que tiene una historia interpretativa, y al mismo tiempo es necesario que las mismas normas del tratado sean leídas e interpretadas de manera integral, armónicamente, tomando en cuenta cuáles son las ideas rectoras que originaron la celebración del instrumento, así como también la interpretación

dinámica del tratado en el tiempo, su adecuación al cambio de los escenarios sociales en que debe ser aplicado.

Por eso para la aplicación del tratado no basta acudir a su texto o a los trabajos preparatorios, a la interpretación original de la voluntad de los estados firmantes, sino que se requiere acudir a los órganos autorizados para realizar la labor interpretativa, pues esos órganos además de interpretar la norma en su aplicación a los diversos contextos históricos, aplican esa norma respecto de todos los "Estados parte", y realizan una lectura integral del instrumento, pues deben interpretarlo en el marco de diferentes conflictos y situaciones. De lo contrario se corre el riesgo de realizar en la esfera local una aplicación segmentada e inconsistente del tratado, que incluso puede originar litigios y acarrear responsabilidad internacional. La Corte plantea que la apelación a la autoridad interpretativa tiene como objetivo realizar una interpretación integral del tratado, y al mismo tiempo evitar la responsabilidad internacional.

Ahora bien, entiendo que sobre este concepto de "deber de guía de interpretación" es posible identificar analíticamente en la jurisprudencia de la propia Corte Suprema tres etapas diferenciadas.

La primera etapa es la posterior a la reforma de la Constitución con "Giroldi", "Bramajo (1996) entre muchos otros casos, donde se desarrolla esta idea de guía de interpretación ya planteada inicialmente en "Ekmekdjian", pero ahora sostenida en la cláusula de jerarquía de la enmienda constitucional.

Hay una segunda etapa, propia de la Corte grande que se configura después de la crisis de 2001 y que es la Corte que interpreta los tratados en el escenario de la reapertura de las causas de lesa humanidad, que tiene que definir los alcances constitucionales de los deberes de investigación penal de estos delitos, y que va a ser mucho más enfática en esta idea del valor de guía interpretativa, y más abierta y permeable a receptar los criterios de la jurisprudencia internacional.

Señalo dos casos que me parecen paradigmáticos de esta etapa: el caso "Mazzeo" donde la Corte analiza la validez de los indultos a autores de crímenes de lesa humanidad, y el caso "Rodríguez Pereyra" (2012) donde la Corte analiza el control de constitucionalidad de oficio. En esos dos casos, a la jurisprudencia que ya traía sobre el punto desde "Giroldi, el tribunal la vincula con la tradición histórica del derecho argentino de recepción del "derecho de gentes", y agrega también esta mención que hacía al principio sobre que la reforma de la Constitución en el 75 inciso 22 es evidencia de una "política constitucional" del constituyente que buscó reconocer la autoridad interpretativa de los órganos internacionales para alcanzar gradualmente la armonización de la legislación a la normativa internacional. En ese sentido, la Corte agrega que la jurisprudencia de los órganos internacionales es una "pauta insoslayable de interpretación" y recoge al mismo tiempo un concepto que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid" (2006) que es la noción del "control de convencionalidad". Este concepto se basa en la interpretación del artículo 2 de la Convención Americana que establece el deber de los Estados parte de la Convención de adoptar medidas de orden interno para garantizar la plena efectividad de los derechos y garantías del tratado.

***

Entre los órganos que integran la estructura del Estado que están obligados

a implementar el tratado, están también los tribunales y el sistema de justicia, y entre esas medidas de orden interno necesarias para la implementación de la Convención, se encuentran las sentencias de los tribunales nacionales. Los tribunales están obligados por ende a garantizar la plena eficacia del tratado, aun ante la ausencia de normas reglamentarias por parte del Congreso, o bien de decisiones administrativas.

A su vez, cuando los jueces garantizan la efectividad del tratado, uno de los elementos que deben tener en cuenta es evitar la persistencia de normas contrarias a la Convención y para ello deben hacer un análisis de compatibilidad entre las normas y la Convención. En ese análisis, que la Corte IDH denomina "control de convencionalidad" deben considerar especialmente la interpretación de la Convención que realiza la propia Corte Interamericana. Este concepto de control de convencionalidad, la Corte Suprema lo plantea en "Mazzeo" para definir el alcance del deber de justicia penal por crímenes masivos, y luego en "Rodríguez Pereyra" para reforzar su potestad para descalificar de oficio – sin pedido de parte- la validez constitucional de una ley.

Es interesante también en esta segunda etapa donde la Corte extiende el reconocimiento de la autoridad interpretativa más allá de la Comisión y de la Corte Interamericana a otros órganos de protección como los comités de Naciones Unidas, como el Comité DESC, el Comité de Derechos Humanos, la CEDAW, y el Comité de Discriminación Racial, e incluso los órganos de la OIT como la Comisión de Expertos o el Comité de Libertad Sindical, entre otros.

Respecto de los Comités de ONU, la Corte señala que en la interpretación de los Pactos corresponde tomar en consideración el "corpus iuris" elaborado por esos comités que actúan en las condiciones de vigencia de los tratados y por ende resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional - "Aerolíneas Argentinas S.A." (2009), "Torello" (2009), "Pellicori" (2011)-. La crítica

que se realiza de esta etapa de la Corte es que no siempre aplica precedentes adecuados que rigen plenamente el asunto que tiene a estudio, y que utiliza de manera indiferenciada jurisprudencia en sentido estricto adoptada por órganos de índole jurisdiccional como la Corte IDH, y estándares definidos por órganos de promoción, e incluso informes temáticos, o documentos de *"soft law"*, que carecen de fuerza prescriptiva, y si bien pueden ser fuentes que auxilien la interpretación de las normas internacionales, no tienen el mismo valor jurídico que la jurisprudencia interpretativa de los órganos autorizados.

En ocasiones la Corte o algunos magistrados refieren una fórmula más flexible para abordar este tipo de fuentes y las invocan como "criterios jurídicos valiosos para la aplicación" del tratado.

Diría que estamos ahora en una tercera etapa, pues tenemos una Corte Suprema relativamente nueva, que se configura luego de 2015, con cinco miembros. Con esta nueva conformación, si bien la Corte sigue apelando a la jurisprudencia de organismos internacionales, sobre todo en casos en donde es muy relevante para el examen de la cuestión constitucional, el tribunal no ha vuelto a hablar de "pauta insoslayable" ni de "control de convencionalidad", salvo en algunos votos aislados. El tribunal aplica esa jurisprudencia internacional, pero sin aclarar la regla de valor jurídico, y en algunos casos, cuando lo hace, remite al estándar de la jurisprudencia de la etapa inicial, a la jurisprudencia de "Giroldi" más acotada que la de "Mazzeo". Incluso algunos jueces de la Corte Suprema se manifiestan aún más refractarios a reconocer valor interpretativo a la jurisprudencia internacional, y al momento de aplicar un tratado de derechos humanos construyen su propio camino interpretativo, prescindiendo de la interpretación de los órganos autorizados por el mismo tratado.

***

Un caso interesante que evidencia esta práctica es el de la "Comunidad Mapuche Catalán", en el que se disputa centralmente la interpretación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre el derecho a la consulta previa de las comunidades originarias respecto de decisiones que las afectan. La mayoría del tribunal remite al dictamen de la Procuración General que construye la interpretación de ese derecho de consulta en base principalmente a los desarrollos del derecho internacional, mientras que otros magistrados en sus votos concurrentes o disidentes interpretan el texto de la Convención de OIT sin ninguna consideración de esos antecedentes.

En otro caso, "Ingegnieros" (2019), en el que se analiza si prescriben las acciones civiles reparatorias de crímenes de lesa humanidad, se debate si cierta jurisprudencia internacional invocada para sostener la tesis de la imprescriptibilidad se aplica efectivamente al caso en estudio. Este debate me parece interesante pues evidencia que la Corte busca realizar un examen más riguroso sobre la pertinencia de las fuentes internacionales que se consideran como pauta interpretativa para resolver el caso. El voto de minoría - Maqueda y Rosatti- invoca el precedente de la Corte IDH "Órdenes Guerra" (2018), para sostener que según las normas y principios internacionales no deben sujetarse a prescripción las acciones civiles para reparar daños originados en graves violaciones a los derechos humanos. Los jueces que conforman la mayoría rechazan que el precedente de la Corte IDH rija el asunto por entender que únicamente es aplicable a la imprescriptibilidad de acciones civiles dirigidas con un Estado, y el caso tratado por la Corte Suprema se refería a un litigio entre particulares. Traigo este ejemplo como un elemento más para caracterizar esquemáticamente esta nueva etapa, pues aquí la Corte disputa si un precedente de la Corte IDH rige o no el conflicto. Este rigor no se observa en la etapa

precedente, y más allá de destacar los aspectos positivos de la discusión, es evidente que refleja una postura más cautelosa al momento de acudir a precedentes internacionales como pauta interpretativa.

Solamente como elemento a considerar, en este momento la Corte IDH tiene a estudio el caso "Grisonas", en el que se discute entre otros antecedentes, la postura adoptada por la Corte Suprema en el caso local denominado "Larrabeiti Yáñez" (2006) que es el primero en el que el tribunal resolvió declarar prescriptas las acciones civiles por delitos de desaparición forzada, lo que luego ratificó por mayoría en "Villamil" (2017) y en el referido caso "Ingegnieros". Describo esto para mostrar cómo un asunto constitucional decidido por la Corte Suprema puede resultar luego examinado por la Corte IDH en el marco de un caso contencioso. Incluso es posible que en el futuro la cuestión regrese a conocimiento de la Corte Suprema por la vía de ejecución de una sentencia del sistema regional respecto del Estado argentino, o bien puede ocurrir también que nuevos precedentes del sistema interamericano sobre esta cuestión motiven una revisión de la jurisprudencia hasta ahora mayoritaria en esta materia.

Otra serie de casos en los cuales la Corte disputa el alcance de las normas de derecho internacional de derechos humanos involucradas, es relativo al derecho de sindicalización de miembros de las policías y los servicios penitenciarios –"Sindicato Policial de Buenos Aires" (2017), "Ministerio de Trabajo" (2020) y "Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires" (2021)-. En esos casos la mayoría concluye que el derecho internacional no impone la sindicalización, y la postura disidente se apoya en criterios interpretativos de órganos internacionales para sostener que la regla es el derecho a la sindicalización, y que cualquier restricción debería satisfacer un requisito de legalidad formal estricto.

El quinto asunto constitucional relevante es la cuestión de la operatividad de

los derechos del Tratado. La Corte Suprema plantea desde "Ekmekdjian", en función de la Opinión Consultiva 7 de la Corte IDH, que el sentido de los tratados de derechos humanos es reconocer derechos para las personas, distinto a otros tratados que establecen obligaciones recíprocas entre Estados, y por lo tanto la regla es que esos derechos y garantías resultan directamente aplicables, salvo supuestos excepcionales donde la falta de precisión de la regulación impida que puedan regir de forma directa e inmediata, sin que se dicten normas reglamentarias específicas.

La regla de operatividad en el sistema interamericano, como dije, integra el concepto de "control de convencionalidad", pues de acuerdo con la interpretación tradicional del artículo 2 de la Convención Americana –profundizada en "Almonacid" antes mencionado-, toda la estructura estatal debe organizarse de modo de dotar de aplicación efectiva a las normas del tratado y a los derechos que el tratado consagra; y entre esas medidas de orden interno dirigidas a implementar el tratado, se encuentran no solo las medidas de índole legislativas y administrativas, sino también medidas "de otro carácter", como las sentencias de los tribunales. De modo que los tribunales no pueden justificar su inacción en la ausencia de normas reglamentarias del Congreso.

Este principio es similar a la operatividad de las garantías constitucionales que sostiene la Corte Suprema desde "Siri" y "Kot", pero existen dos aspectos que quiero diferenciar. Por un lado, la operatividad del derecho, que obliga al juez a definir su alcance en un caso particular, las obligaciones que emergen de ese derecho, su modo de ejercicio, los sujetos legitimados y obligados, e incluso las pautas que rigen su posible restricción o suspensión. Por otro lado, la operatividad de las garantías que establece el tratado para resguardar los derechos que consagra. Me refiero aquí al concepto de garantía en un sentido amplio que comprende los mecanismos o técnicas de tutela de esos derechos destinados a

asegurar su efectividad. Esta definición comprende las garantías de debido proceso, defensa en juicio, acceso a la justicia y protección judicial. Pero también las garantías de índole social, como los mecanismos de información, consulta y participación específicas o diferenciadas, las garantías de la libertad sindical y de la acción colectiva, así como los institutos y reglas sustantivas y procesales que integran la protección contra la discriminación y la tutela de los derechos civiles o sociales, como las acciones afirmativas, los enfoques diferenciados, y las reglas de trato preferente en favor de colectivos estructuralmente discriminados.

***

El mandato de operatividad de estas garantías interpela a la función judicial. Los jueces ante la ausencia de reglamentación de los procedimientos o mecanismos de tutela establecidos por las normas internacionales, están obligados a asegurar procedimientos idóneos y efectivos en el caso que deban decidir. Ello significa que deben "hacer el remedio" que brinde solución al caso particular que tienen que juzgar para evitar que esas garantías resulten ilusorias. Esta interpretación tiene también arraigo en la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de garantías constitucionales específicas, luego de "Siri" y "Kot", como el reconocimiento de la operatividad del recurso de habeas data en "Urteaga", del habeas corpus colectivo en "Verbitsky", o del amparo ambiental colectivo en "Mendoza", o de la acción por intereses individuales homogéneos en "Halabi".

Ambas cuestiones abordadas hasta aquí, la operatividad y el valor de guía de la jurisprudencia internacional, están íntimamente relacionadas, pues la aplicación directa de los derechos y sus garantías suele ir acompañada del uso de la jurisprudencia y de las pautas interpretativas de los órganos de tratados para definir su alcance particular.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema se auxilió de jurisprudencia internacional para definir la aplicación directa -operatividad- y a su vez el alcance de ciertas garantías de debido proceso y acceso a la justicia consagradas en normas internacionales, modelando recursos y definiendo remedios jurídicos específicos. En esa línea puede consultarse la jurisprudencia referida al "doble conforme" en materia penal -"Giroldi" (1995), "Casal" (2005), "Di Nunzio" (2005), "Marchal" (2007), "Duarte" (2014), "P.S.M. (2014)-; o el "plazo razonable" en los procesos penales -entre muchos otros ver, "Acerbo" (2007), "Espíndola" (2019),"Escudero" (2021), "Gómez" (2021)-; y en los procesos administrativos sancionatorios, -"Losicer"-, así como el "ajuste de procedimiento" en casos de personas con discapacidad -"Giménez" (2021)-.

También consideró la directa aplicación de otro tipo de garantías sociales definidas en tratados, y definió su contenido básico, supliendo la ausencia de reglamentación legislativa o bien luego de descalificar la validez de las normas reglamentarias aplicables.

Al respecto pueden verse los casos referidos al derecho de consulta de las comunidades indígenas en el Convenio 169 OIT -"Comunidad Mapuche Catalán" (2021)-, las garantías de libertad sindical de las entidades gremiales minoritarias en el Convenio 87 de OIT -"Rossi" (2009), ATE (2013), "Las Colonias" (2020)-, las medidas de protección del salario en el convenio 95 OIT -"Pérez" (2009), "Díaz" (2013)-, o el trato preferente de los créditos laborales en los concursos de acreedores según el Convenio 173 de OIT -"Pinturas y Revestimientos" (2014)-.

Con respecto a la aplicación directa de los derechos y garantías consagrados en tratados constitucionalizados, otro supuesto ilustrativo es el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.

Se trata de un derecho que no está reconocido expresamente en la Constitución y que la Corte Suprema, en el caso "ADC" (2012) reconoce

principalmente a partir del artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Para definir su alcance básico utiliza como guía de interpretación de esos artículos la jurisprudencia internacional, y en particular los desarrollos interpretativos de la Corte IDH en los precedentes "Claude Reyes" (2006) y "Gómez Lund" (2010).

Un aspecto para señalar es que el artículo 13 de la Convención se refiere al derecho a buscar y recibir información, y es la misma Corte IDH la que a partir de esta cláusula del tratado y su vinculación con el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno determina que la Convención ampara el derecho a acceder a información pública, y define los contornos de ese derecho.

La Corte Suprema identifica la existencia de un derecho fundamental de acceso a la información pública sobre la base de esas normas internacionales, define su alcance sobre la base de jurisprudencia de la Corte IDH, al adoptar por ejemplo el principio de "máxima divulgación", y fija los criterios generales para determinar los legitimados activos y los sujetos obligados. En "CIPPEC" (2014), "Giustiniani" (2015), "Garrido" (2016), "Savoia" (2019), la Corte introduce el estándar estricto de control de razonabilidad de normas de reserva de información que la Corte IDH había desarrollado en los casos señalados. De modo que la Corte Suprema se apoya en la jurisprudencia internacional para realizar gran parte de la tarea de interpretación constitucional, pues determina la existencia de un derecho en el orden constitucional argentino por su identificación en las normas del tratado, y a la luz de la interpretación de los órganos internacionales, afirma su operatividad directa aun ante la ausencia de legislación reglamentaria, o bien usa esos estándares internacionales como pauta para interpretar el alcance de las normas administrativas reglamentarias (por ejemplo el Decreto 1172-03), y establece sobre esas pautas internacionales el alcance de las obligaciones que emergen de ese

derecho, los legitimados activos, los sujetos obligados, y las reglas que estructuran el examen de razonabilidad de normas de restricción.

Por otra parte, me parece interesante destacar que esa jurisprudencia de la Corte favoreció los consensos políticos necesarios para la sanción de la ley de acceso a la información pública que recoge en gran medida todos esos desarrollos jurisprudenciales.

La operatividad directa de las garantías consagradas por los tratados, interpretadas según la jurisprudencia de los órganos autorizados, resulta clave también en la esfera de la protección antidiscriminatoria.

***

La jurisprudencia internacional en materia de igualdad y de no discriminación ha brindado pautas relevantes para interpretar el alcance de los principios de igualdad tanto en el artículo 16 como en el 75 inciso 23 de la Constitución. Un caso importante es "Álvarez" (2010) donde se discute la aplicación de la ley antidiscriminación en la esfera laboral. La Corte, por un lado, reconoce que esa legislación tiene naturaleza federal pues es reglamentación directa del artículo 16 de la Constitución. Luego apela a la jurisprudencia internacional, en particular a la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte IDH para justificar la existencia de un interés del Estado en que esa normativa se aplique no solo a actos de la administración, sino también a actos entre particulares. Plantea que el deber del Estado en materia de igualdad no se limita al mandato negativo de evitar acciones públicas discriminatorias, sino que comprende el mandato positivo de proteger frente a conductas discriminatorias de particulares, y una expresión de ese deber positivo es la necesaria regulación de las relaciones entre particulares para prevenir conductas o prácticas discriminatorias, entre otras áreas, en el ámbito de las

relaciones laborales.

En el caso "Álvarez" además se apela al derecho internacional para definir el alcance del remedio adecuado para contrarrestar los efectos del acto discriminatorio y en especial para prevenir la difusión de prácticas sistémicas.

La ley antidiscriminatoria establece que corresponde "hacer cesar" los efectos del acto del acto cuestionado. Su aplicación a la relación laboral conlleva el deber de anular o invalidar el despido discriminatorio, pero esta interpretación como es sabido, entra en tensión con la libertad de contratación y la jurisprudencia histórica de la Corte sobre protección del despido arbitrario y la estabilidad impropia en los contratos privados.

Es interesante cómo la tesis de la mayoría que reafirma el remedio de la anulación del despido, se apoya centralmente en la jurisprudencia internacional sobre proporcionalidad de las medidas de reparación en materia de actos discriminatorios.

Otro caso donde también se recoge jurisprudencia internacional en materia de igualdad y no discriminación es "Pellicori" (2011), que es básicamente un caso de operatividad directa de garantías, pues lo que se discutía era el régimen de cargas probatorias de una conducta discriminatoria. Una primera decisión importante que toma la Corte es abrir el recurso extraordinario por cuestión federal pues considera que no está en juego solo un asunto referido a la prueba de un hecho, sino que se discute cuál es el régimen de distribución de cargas probatorias que a su vez es inherente a la protección contra la discriminación que tiene base constitucional. La Corte en este caso parte de la base de que las conductas discriminatorias suelen encubrirse y por ello apela a la jurisprudencia de los comités de Naciones Unidas sobre todo al Comité contra la Discriminación Racial, pero también a órganos de OIT que interpretan el Convenio 111, para establecer una regla que aligera o flexibiliza la carga de la prueba que se impone a la víctima de la discriminación;

pues le basta probar por distintos medios un cuadro indiciario que a primera vista muestre como verosímil que media un propósito discriminatorio, y en ese caso, se invierte la carga y corresponde al demandado acreditar que el trato dispensado obedece a una justificación objetiva y razonable o bien a un propósito extraño a cualquier motivo discriminatorio. Este estándar se va revisando en fallos posteriores, como "Varela" (2018), "Fontana" (2021) y "Caminos" (2021).

Este elemento de carga dinámica de la prueba y del análisis contextual de la cuestión discriminatoria tiene un fuerte desarrollo en la jurisprudencia internacional y veo ahí un tema muy relevante para considerar en el análisis de control de conductas administrativas, pero también de prácticas discriminatorias de particulares, en la esfera del trabajo, de la educación, de la salud o en las relaciones de consumo.

***

Otro ejemplo es el precedente "Castillo" (2017) sobre educación religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta, en el que la Corte interpreta el principio de igualdad estructural sobre la base del artículo 75.23 de la Constitución y las normas sobre igualdad en los tratados de derechos humanos. Además, apela a la jurisprudencia internacional de derechos humanos con el fin de reforzar el examen de escrutinio estricto cuando se utilizan "categorías sospechosas" para sostener una diferencia de trato, y desarrolla el concepto de "discriminación indirecta" o "impacto discriminatorio" de normas en apariencia neutrales. Para definir este concepto clave de "impacto discriminatorio" la Corte Suprema considera la Observación General número 20 del Comité de DESC. Al respecto existe un desarrollo incipiente de este concepto en la esfera del referido Comité, en el reciente caso "Trujillo Calero" (2018) y en el sistema interamericano, en la

sentencia de la Corte IDH en el caso "Norin Catriman" (2014). En "Castillo" la Corte sostiene que una perspectiva sistémica de la igualdad requiere ponderar el contexto social de aplicación de las normas y el impacto sobre la condición de subordinación de grupos sociales, de modo que esta perspectiva conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que el que corresponde al enfoque tradicional de igualdad ante la ley.

Para finalizar entonces, entiendo que estos dos conceptos, el "valor de guía" de la jurisprudencia internacional, y la "operatividad" directa de los derechos convencionales y de sus garantías, resultan piezas claves del control jurisdiccional de constitucionalidad, entendido en un sentido amplio que comprende tanto el análisis de validez de una norma como la interpretación de normas federales, o incluso de derecho común, conforme a los principios y las garantías constitucionales. Ello incluye el deber de los jueces de implementar esas garantías para dotar de efectividad a los derechos fundamentales y evitar que sean promesas ilusorias.

Hemos brindado algunos ejemplos del valor de la jurisprudencia internacional para definir el alcance de garantías de debido proceso y de otras garantías institucionales y sociales consagradas en tratados de derechos humanos.

Los casos de acceso a la información pública evidencian el peso de la jurisprudencia internacional para identificar un derecho en la norma fundamental, definir su alcance, las obligaciones correlativas, los sujetos obligados y legitimados, e incluso las pautas que rigen la restricción legítima de ese derecho. En el campo de la protección antidiscriminatoria, vemos el uso de la jurisprudencia de los órganos de tratados para interpretar los principios de igualdad y desarrollar reglas y técnicas jurídicas de garantía, como la distribución de cargas de prueba, el examen riguroso de las diferencias basadas en categorías prohibidas, y la valoración del impacto discriminatorio de normas que resultan en apariencia

neutrales. Estos criterios inciden decisivamente en la interpretación constitucional.

Control de constitucionalidad y sus proyecciones sobre el acto administrativo

Patricio Sammartino [1]

En esta exposición abordaremos la siguiente cuestión: si las reglas que gobiernan el control constitucional producen efectos jurídicos (directos e indirectos) sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Si la respuesta es afirmativa consideraremos, en segundo lugar, cómo y con qué alcance las reglas actuales del control de constitucionalidad impactan -o deberían impactar- sobre el esquema de ordenación vigente del acto administrativo.

Anticipando respuestas, estimo que en el Estado constitucional social de derecho algunas reglas actuales del control de constitucionalidad repercuten y se reflejan, con variable intensidad, en la configuración de los requisitos esenciales del acto administrativo; en alguno de sus vicios; en el régimen de invalidez; en algunos de sus caracteres y en los modos de extinción cuyo hontanar reside en la inobservancia del principio de juridicidad.

[1] Abogado. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral con Diploma de Honor. Profesor en las Maestrías en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (UBA); Universidad Austral (UA), Universidad Nacional de Córdoba, entre otras. Profesor en las Especializaciones en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) y Escuela de Abogacía Pública de la Procuración General de la CABA, entre otras. Miembro del Instituto de Derecho administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Publicó, en el país y en el extranjero, artículos sobre temas de su especialidad. En el ámbito público se desempeñó en: Procuración del Tesoro de la Nación (PTN); Banco Central de la República Argentina (BCRA); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (MINJUS) y Procuración General de la CABA. En el ámbito privado: asesor jurídico en cuestiones de derecho administrativo, hidrocarburos, derecho ambiental, procesos constitucionales y administrativos urgentes.

Naturalmente, cada uno de los temas que estamos abordando es realmente un mundo. De antemano pido disculpas por la celeridad y generalidad con la que trataremos algunas cuestiones. Estoy convencido, sin embargo, que para visualizar los puntos de contacto y confluencia entre control de constitucionalidad y el acto administrativo es necesario tener a una visión global, macroscópica que permita, dentro de lo posible, reducir de la complejidad.

***

Al referirse al modelo argentino de separación de los poderes, el profesor Alberto Bianchi señala que existen similitudes entre la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución Nacional.

Con fundamento en distintos fallos de nuestro más alto Tribunal Federal, el distinguido constitucionalista puntualiza que las semejanzas más importantes que tienen las constituciones de Estados Unidos y Argentina son el régimen federal; la separación formal entre los tres poderes; la organización del Congreso en sistema bicameral; la supremacía de la constitución (el artículo sexto de la Constitución norteamericana está reproducido en el artículo 31 de nuestra Constitución).

Finalmente, dentro de esas coincidencias, se subraya la relativa a la rama del Poder Judicial. En este sentido se enfatiza el paralelismo que exhibe el sistema de control de constitucionalidad que nuestra Corte Federal, en el caso “Sojo”, adoptó de “Marbury vs. Madison”.

El acto administrativo, en cambio, exhibe un origen distinto.

En los albores de la Revolución francesa el acto de administración se presenta como un instrumento técnico de deslinde de competencias entre los tribunales ordinarios – en manos de la nobleza- y la Administración.

Dentro del concepto de acto de la administración quedaba incluido un elenco heterogéneo de actuaciones pues, además de actos singulares, quedaban comprendidas las disposiciones reglamentarias y algunas operaciones materiales. Va de suyo que en esta etapa histórica el acto tuvo como función establecer el elenco de actuaciones que quedaban detraídas del control de los jueces ordinarios. Así, la Ley de 16-24 de agosto de 1790 estableció expresamente que los jueces no podían perturbar las funciones de los cuerpos administrativos. En la misma línea la Constitución de 1791 dispuso que los jueces no podían inmiscuirse ni interferir o encargarse de funciones administrativas. A la vez, por una ley de 1795 se prohibió terminantemente a los tribunales judiciales el conocimiento de los actos de la administración.

Ciertamente desde la perspectiva de los principios rectores que gobiernan el estatuto del poder en nuestro país (v.gr. artículo 109 y concordantes de la Constitución Nacional) las susodichas previsiones normativas, juntamente con ese particular esquema de separación de los poderes, resultan difíciles de comprender.

***

El control de constitucionalidad y el acto administrativo tienen, como todo sabemos, grandes diferencias. Casi no existen puntos de contacto, comenzando desde la ubicación dentro de las ramas del saber jurídico.

Así, el control de constitucionalidad es objeto de estudio del derecho procesal constitucional o en el derecho constitucional procesal. Se lo estudia como materia propia de la justicia constitucional.

El acto administrativo, en cambio, es unidad de conocimiento del derecho administrativo.

El control de constitucionalidad y el acto administrativo son productos de funciones distintas. El primero, de la función judicial; el segundo, de la función administrativa.

En lo conceptual, el control de constitucionalidad se presenta como un examen de compatibilidad, de conformidad, entre normas infra constitucionales y la Constitución. El profesor Jorge Reinaldo Vanossi destaca que el control de constitucionalidad implica una vigilancia sobre la superioridad de la propia Constitución Nacional.

La finalidad de este control es asegurar la supremacía de la Constitución, la prelación jerárquica de la Ley Fundamental.

La consecuencia práctica del control constitucional es, naturalmente, la abstención o la inaplicación de la norma que colisione y se oponga a la Norma Fundamental.

Algunos fallos del alto Tribunal Federal destacan que el control de constitucionalidad es una garantía que asegura los derechos constitucionales frente a los poderes. Un destacado juez, el profesor doctor Luis M. Boffi Boggero, señalaba acertadamente antes del quiebre institucional de 1966, que el control de constitucionalidad, cuando se realizaba en el marco de los juicios de amparo, estaba llamado a asegurar los derechos humanos.

Indudablemente el control de constitucionalidad es uno de los fines supremos del Poder Judicial. Deriva de la separación entre los poderes constituyentes y legislativo ordinario y del carácter rígido de la Constitución Nacional.

El acto administrativo, en cambio, es una declaración, que emana de órganos o entes que desarrollan la función administrativa. Es una declaración que, por sí misma, produce efectos directos, singulares y concretos sobre terceros ajenos a la administración.

Mientras el control de constitucionalidad consiste en el ejercicio de una atribución -implícita para algunos, expresa para otros- del Poder Judicial, mediante el cual se examina la compatibilidad con la Constitución de la tarea realizada u omitida por otros poderes del Estado, el acto administrativo, en cambio, es una declaración formal de la función administrativa que produce efectos sobre terceros ajenos a la administración. Naturalmente, la incursión o injerencia del acto administrativo sobre la tarea propia que le incumbe a otro poder del estado, nos coloca frente a un vicio grave determinante de una nulidad absoluta. Los precedentes "Ganadera Los Lagos" o "Antinori" son una muestra de esta situación.

El control de constitucionalidad tiende a dar significado a los principios y valores constitucionales, siempre que exista un caso. Este es el presupuesto constitucional de actuación del Poder Judicial (conf. art. 116, CN).

Mediante el acto administrativo, en cambio, la función administrativa está llamada a servir y satisfacer de manera concreta, directa e inmediata el interés público en el marco vinculante de la juridicidad.

Desde este vértice, no parecen existir puntos de contacto visibles que relacionen el control constitucional con el acto administrativo.

***

Ahora bien, además de las iniciales razones de índole procesal y política, tanto la sentencia judicial cómo el acto o negocio jurídico -figura capital del derecho civil del siglo diecinueve- contribuyeron, de manera significativa, a la configuración estructural y funcional del acto administrativo.

En el derecho interno la influencia del negocio o acto jurídico sobre el acto administrativo es indudable. Basta recordar a "Ganadera Los Lagos" (1941) -un fallo central, emblemático, en la evolución del derecho público argentino- para

comprender la influencia del régimen jurídico del acto jurídico en la configuración de los elementos esenciales, el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo.

***

A los fines de esta exposición propongo atender a la otra variable, la vertiente que enfatiza el paralelismo de acto administrativo con la sentencia judicial.

Otto Mayer, en la página 75 del tomo 1, en su obra Derecho Administrativo alemán, de finales del siglo diecinueve -traducida al castellano en la Argentina- destacaba, con inocultable énfasis, que el acto administrativo era el correlativo necesario, el equivalente a la sentencia judicial.

Esta apreciación de O. Mayer tuvo y tiene resabios en diferentes parcelas de la teoría del acto administrativo.

Así, el paralelismo entre la sentencia judicial y el acto administrativo se refleja en institutos relevantes, como la denominada cosa juzgada administrativa -asumida por la CSJN en "Carmen de Cantón" (1936)-.

Como bien sabemos la cosa juzgada administrativa (denominada estabilidad del acto administrativo en precedentes jurisprudenciales y administrativos) opera como límite al ejercicio de la potestad anulatoria de los actos administrativos favorables que han creado, declarado o reconocido derechos subjetivos.

También la susodicha equivalencia funcional se manifiesta en otro de los caracteres del acto, la ejecutoriedad. En el derecho argentino este último aspecto fue puntualizado especialmente por J.F. Linares.

Tomando en cuenta la incidencia de estas vertientes pasaremos a enunciar las bases que gobiernan el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo a partir de la LNPA.

Inicialmente debemos asumir que el acto administrativo es una primaria garantía de libertad. En efecto: la Administración está jurídicamente impedida de realizar actuaciones materiales que generen situaciones pasivas -o limiten una situación activa- sin un acto administrativo previo que las sustente. Desde este vértice, el acto administrativo asume la condición de garantía frente al riesgo de interferencias fácticas o materiales indebidas de la administración sobre el círculo vital de intereses (ámbito de indemnidad) de las personas. A la vez, el acto administrativo, en tanto garantía, presupone y se abastece de un variado catálogo de garantías ora formales, ora materiales, cuya inobservancia grave o leve tiene efectos jurídicos relevantes.

En segundo lugar, el acto administrativo es una declaración. Si bien la ley nacional no proporciona una definición de acto -a diferencia de lo ocurre en algunos ordenamientos provinciales o extranjeros- la jurisprudencia especializada y la doctrina autoral consideran que el acto administrativo es una declaración emanada de los órganos y entes que despliegan la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales, directos, y concretos sobre terceros ajenos a la administración.

En tercer lugar, vemos que ese acto administrativo produce efectos jurídicos que modifican la situación jurídica del particular. Sin el auxilio del Poder Judicial, la declaración, por sí misma, reconoce, declara o crea situaciones jurídicas favorables o desfavorables. La díada actos administrativos favorables (o de beneficio) y desfavorables (o de gravamen) es, en nuestra opinión, la clasificación más importante de los actos administrativos.

En cuarto lugar: el acto administrativo regular -en tanto cumple condiciones esenciales de validez-, del que hubieren nacido derechos subjetivos y está notificado, goza de estabilidad, es inalterable (y por ende irrevocable) en sede administrativa. Bajo el régimen jurisprudencial se decía que estos actos hacían cosa

juzgada administrativa. La estabilidad es una cualidad de algunos actos administrativos favorables. Ella, por un lado, opera como límite a la potestad anulatoria. Por otro, actúa como garantía, pues protege a la intangibilidad de la situación jurídica activa creada por el propio acto administrativo. Si bien esta cualidad es un principio que solo informa a ciertos actos regulares (los que han generado derechos subjetivos y están notificados), el régimen legal jurisprudencial expandió su alcance a un elenco específico de actos irregulares: los que estuvieren firmes y consentidos y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, siempre que el particular no tenga conocimiento del vicio.

En quinto lugar, si el acto administrativo carece de alguna de las piezas indispensables, o exhibe un vicio grave en alguna de ellas, el principio de legitimidad impera a la administración a remover del mundo jurídico el acto gravemente ilegítimo (mediante la anulación o, como dice la LNPA, revocación por ilegitimidad), para restablecer el imperio de la juridicidad.

En este punto cabe recordar las diferencias entre ilegitimidad, invalidez, nulidad e ineficacia. Locuciones que, con frecuencia, se las emplea de manera indistinta aun cuando tienen significados diferentes.

La ilegitimidad atañe a la discordancia del acto con las normas que lo condicionan. La invalidez es la declaración formal de ilegitimidad por parte de la autoridad competente, administrativa o judicial. La nulidad es la secuela sancionatoria de la invalidez, es decir, la remoción del acto, su expulsión del acto del mundo jurídico. Finalmente, la ineficacia concierne a la cesación definitiva de los efectos jurídicos del acto.

En sexto lugar, debemos recordar que los actos tienen diferentes cualidades, propiedades, caracteres. La ley enuncia solo dos: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad (el elenco de caracteres, en algunas leyes provinciales, es más amplio que el expresamente consagrado en el art. 12 LNPA). Mediante la presunción de

legitimidad se indica que el acto administrativo se supone que fue dictado por la autoridad competente; que se sustenta en un evento de la realidad verificable y en el derecho aplicable (causa); que el contenido u objeto es cierto, lícito y posible; que se ha respetado el debido procedimiento previo; que está debida y suficientemente fundamentado; y, naturalmente, que el acto cumple con los fines queridos por la norma que le confiere competencia al órgano emisor y satisface los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo en que se encauza el propio acto. En virtud de esta suposición, de suyo provisional, atañe al particular la carga de alegar y probar el defecto de ese acto administrativo. En efecto: la presunción de legitimidad traslada al particular la carga de la impugnación y de la prueba.

Acompañando esta cualidad el régimen legal jurisprudencial vigente contempla a la ejecutoriedad como regla general. Se contemplan, sin embargo, dos excepciones. La jurisprudencia y la doctrina consideran que, en supuestos de incursión forzosa sobre la libertad de la persona o su propiedad, la administración, como principio, deberá solicitar el auxilio de la justicia.

Todo este esquema se completa con el Título IV de la LNPA. En él se establece que la revisión judicial del acto está subordinada a dos condiciones de admisibilidad: el agotamiento de la vía administrativa y la interposición de la pretensión procesal administrativa, impugnatoria del acto, dentro de un plazo breve, fugaz, el plazo de caducidad.

***

Como conclusión subrayo que, en el régimen legal jurisprudencial vigente, el acto administrativo está sometido a un esquema básico de ordenación que, por un lado, está llamado a ordenar y limitar el ejercicio de las prerrogativas públicas de los órganos que desarrollan la función administrativa; por otro, tiene como

propósito generar una básica previsibilidad y certidumbre jurídica en cuanto al desarrollo formal de la función administrativa.

Sin embargo, volvemos a insistir que, en este esquema de ordenación, el acto se presenta como una primaria garantía de libertad.

En paralelo al régimen legal-jurisprudencial del acto, las vertientes que contribuyeron a su desarrollo -el acto jurídico y la sentencia judicial- exhibían regímenes jurídicos específicos.

Mientras el acto jurídico estaba regido por el Código Civil de Vélez Sarsfield, de características básicamente individualistas, las decisiones judiciales que realizaban el control constitucional -que, según lo sostiene reiteradamente la CSJN, es la atribución más delicada de las que pueda encomendarse a un tribunal de justicia- se afincaban en aquello que la doctrina ha denominado las reglas clásicas del control de constitucionalidad.

En efecto: junto al esquema legal-jurisprudencial del acto administrativo que expusimos -que tiene su punto de partida en la ley de facto 19.549 que, a su vez, es tributaria de la ley de procedimientos administrativos española de 1958 con la reforma de 1963-, el control de constitucionalidad estaba sometido a un elenco de pautas, denominadas por la doctrina especializada como reglas clásicas o tradicionales del control constitucional.

Las reglas clásicas de control de constitucionalidad, brevemente enunciadas, consolidan el siguiente esquema de ordenación: el control de constitucionalidad es difuso, es decir, desconcentrado; es un control que asume como presupuesto la preexistencia de un caso contencioso, una controversia; el control constitucional requiere la presencia de un gravamen actual; es básicamente un control parcial, toda vez que opera sobre normas jurídicas que, a la vez, se presumen constitucionales; es un control esencialmente reparatorio, correctivo; el vicio constitucional debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca; por ende, el

control no se realiza de oficio; los efectos de la decisión se proyectan inter partes; la declaración de inconstitucionalidad se traduce en la inaplicación de la norma para el caso. Estas reglas clásicas del control de constitucionalidad -que rigen coetáneamente con el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo- se completan con un variado catálogo de asuntos detraídos de revisión judicial, las llamadas cuestiones políticas no justiciables.

***

Las vertientes que influyeron en la configuración y desarrollo del régimen jurídico del acto administrativo -el acto jurídico y la sentencias que actúan la más delicada atribución del Poder Judicial, el control de constitucionalidad- sufrieron sustanciales modificaciones durante los últimos lustros.

En efecto.

Hace apenas unos pocos años -en 2014- el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.994. Esta ley aprobó el Código Civil y Comercial.

Los fundamentos del anteproyecto de CCC subrayan que este cuerpo normativo: (i) se integra al bloque cultural Latinoamericano; (ii) procura la constitucionalización del derecho privado; (iii) toma en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad; (iv) es el código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio; (v) es el código de los derechos individuales y colectivos.

En este orden el esquema del acto jurídico, en el nuevo Código Civil y Comercial se sustenta en los valores y principios de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994. De modo prístino la constitucionalización (y convencionalización) del derecho privado se presenta con claridad en los artículos

primero y segundo del CCC. Así mientras el art. 1°, del CCC, establece que los casos regidos por el Código "deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte", el artículo 2° del CCC prescribe que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos (...). En este sentido los artículos 51, 52, 279, entre muchos otros, resultan claramente inordinados en los principios y valores de la Constitución convencionalizada de 1994.

***

Las reglas clásicas del control constitucional también exhiben importantes modulaciones en los últimos cuatro lustros.

En primer lugar, el caso, en su configuración actual, presenta una textura abierta que guarda correlato con el deber de respeto y protección que exigen los nuevos derechos reconocidos por la reforma constitucional de 1994. En función de estos se establecen nuevas legitimaciones -activas y también pasivas- y también nuevos cauces procesales, como por ejemplo los dispositivos de prevención como la acción declarativa de inconstitucionalidad que se suma así al amparo preventivo. Esa textura abierta adquiere su máxima expresión en aquello que técnicamente se denomina procesos estructurales o litigios de reforma estructural, en los que, según la feliz expresión de la Corte constitucional colombiana, se procura la remoción o el cambio de un estado de cosas inconstitucional, sobre todo en materia de derechos sociales y ambientales.

Según los criterios actuales, el control constitucional no opera únicamente sobre normas, como lo predicaban las reglas clásicas. Se extiende también a las omisiones (v.gr. "Badaro"). Las omisiones inconstitucionales, ha dicho la sentencia

dictada en "P, S.M.", de 26 de diciembre de 2019, debilitan la fuerza normativa de la Constitución. La indiscutible tendencia del derecho judicial nos hace inferir que el control de constitucionalidad, en la actualidad, opera sobre normas y también sobre omisiones.

El presupuesto clásico que habilita el control constitucional exige, invariablemente, la presencia de un gravamen constitucional actual. Sin embargo, en los últimos lustros, el alto tribunal se ha pronunciado aun cuando la cuestión sobreviene abstracta. A tal efecto la procedencia del control constitucional sin que se constate la presencia de agravio actual, está jurisprudencialmente condicionada a que se presente un indudable interés institucional más la posibilidad de repetición. El relativamente reciente caso "GCBA c/ Estado Nacional" (sobre la presencialidad en las aulas de las escuelas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), del 4 de mayo de 2021, ratifica esta tendencia que ya la CSJN había asumido en "Bussi" (2007), entre otros precedentes.

Por cierto, según los criterios actuales el control constitucional no solo es correctivo o reparador. En algunos supuestos adquiere modalidad preventiva. Naturalmente la prevención concierne a los actos o hechos, más no a normas.

Según las reglas clásicas el control constitucional se realiza sobre normas jurídicas dotadas de presunción de constitucionalidad. Sin embargo, durante los cuatro últimos lustros se puede comprobar una consolidada tendencia jurisprudencial que distingue el control constitucional de normas con presunción de constitucionalidad, de aquel otro que se realiza sobre normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad (v.gr., por incurrir en un trato discriminatorio por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social). Los precedentes "Hooft" (2004), "Gottschau" (2006); "Mantecón Valdés" (2008), "Reyes Aguilera" (2009), "Pérez Ortega" (2013),

"Zartarian" (2014), "Castillo" (2017),"Salas" (2015), "Vázquez" (2020), entre otros, determinan que frente a normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad -por estar basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" -, el control constitucional está sometido a un "exigente criterio de ponderación" (Pérez Ortega), a un "escrutinio riguroso" (Zartarian). En tales supuestos se invierte la carga de la prueba y el control adquiere carácter más estricto, riguroso, puesto que en estos casos está en juego la dignidad esencial de la persona humana. En tales supuestos la parte demandada tiene la carga de justificar: (i) que la norma -sometida a control- pretende satisfacer fines trascendentes, sustanciales -no meramente convenientes- en tanto hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado; (ii) que el medio utilizado efectivamente promueve esos fines; (iii) que el medio resulta absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado, en el entendimiento que no existan otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

***

La CSJN subraya que el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico por razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras (conf. "Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta", cons. 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

A diferencia de lo que ocurre con las reglas clásicas, la orientación jurisprudencial actual permite inferir que el control de constitucionalidad se realiza tanto a pedido de parte como de oficio, cuidando respetar el principio de congruencia en relación con los hechos y planteos al trabarse la litis. Como

sabemos, a partir de Mill de Pereyra (2001) la CSJN abandona la doctrina de "Ganadera Los Lagos" (1941) y, fundada en el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna), abre un sendero que se completa con fallos ratificatorios de esa tendencia, v.gr., "Banco Comercial de Finanzas" (2004), "Lapadú" (2004), "Mansilla" (2014) y, en fecha más reciente, "B., J.M." (2020).

Por cierto, con miras a dotar de adecuada protección a los derechos humanos, la CSJN asume expresamente la atribución de realizar el control difuso de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su raíz esta técnica está llamada a procurar que las disposiciones de la Convención no vean mermadas su eficacia por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin ("Mazzeo", 2007). Tiempo después la CSJN da un paso más. En línea con la jurisprudencia interamericana sostiene que todos los jueces están habilitados para realizar de oficio el control de convencionalidad ("Rodríguez Pereyra", 2012).

Finamente, es dable comprobar que el elenco de las cuestiones políticas no justiciables exhibe reducciones con respecto a lo que ocurría en tiempos pretéritos en los que imperaban las denominadas reglas clásicas del control constitucional (v.gr. "Aparicio", 2015).

***

Ahora bien: según hemos visto, las dos grandes vertientes que influyeron en la configuración y desarrollo del acto administrativo (el acto jurídico y la sentencia judicial mediante la cual se realiza el control constitucional) se han modificado sustancialmente en los últimos cuatro lustros.

Sin embargo, el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo, juntamente con las bases que lo sustentan, permanece anclado, de manera

predominante, en los criterios labrados inicialmente en períodos de interrupción del orden institucional.

No es fácil discernir cuál o cuáles son las causas que explican la pervivencia del régimen legal jurisprudencial configurado hace casi cincuenta años -con base en la ley española de 1958, con las modificaciones de 1963-, en un contexto político, jurídico, social, cultural, económico, financiero, bien distinto al actual.

Sin embargo, no podemos ignorar la realidad: el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo en la actualidad, es el producto de la coexistencia de modelos de derecho administrativo que responden a opciones valorativas diferentes. Sobre un mismo objeto de estudio –el acto administrativo- cohabitan en paralelo, y con variable intensidad, principios y reglas que responden a matrices constitucionales distintas.

Por cierto, cuando aludimos al régimen jurídico del acto administrativo nos referimos a las normas regulatorias y a las interpretaciones jurisprudenciales y de la doctrina administrativa de los órganos especializados de la propia administración, sin olvidar, claro está, la doctrina autoral cuyas posiciones adquieren carácter pre-jurisprudencial.

En efecto: las diferentes parcelas básicas que vertebran el acto administrativo en el ámbito nacional (noción; requisitos; régimen de la invalidez; vicios; caracteres; extinción) están sometidas, simultáneamente, a tres esquemas básicos de ordenación que responden a matrices constitucionales distintas: el elaborado durante períodos de quiebre institucional (que implica la negación de la supremacía de la Constitución); el consagrado bajo el estado formal y democrático de derecho, y en menor medida, el que reposa en el Estado constitucional social de derecho afincado, de manera primordial, en la Constitución Nacional convencionalizada juntamente con las interpretaciones que realiza el alto Tribunal Federal.

Adviértase que no estamos hablando de evolución, sino de la coetánea cohabitación de modelos (ora antagónicos, ora incompatibles con la Constitución convencionalizada en 1994) y de regímenes jurídicos vinculados a esos modelos.

En efecto.

La ley de procedimientos y parte de la jurisprudencia que hoy gobierna el régimen jurídico del acto administrativo fue elaborada en tiempos de quiebre institucional (basta solo recordar, v.gr, los casos "Rodríguez Blanco de Serrao", "Duperial", "Universidad Bartolomé Mitre", entre otros). En este período no existía supremacía de la Constitución. Tampoco separación de poderes. La ley no era el producto de la voluntad de los gobernados. No había periodicidad en el ejercicio de los cargos públicos. Los jueces, que no eran independientes ni imparciales, accedían a la magistratura sin cumplir el procedimiento previo que consagra la Constitución. Y, sobre todo, no se respetaban ni protegían los derechos humanos. En puridad, en el período de quiebre o interrupción institucional, no cabe considerar que hubiese existido derecho administrativo. El derecho administrativo tiene como presupuesto el Estado de derecho. Esta etapa careció de este presupuesto.

El segundo modelo se manifiesta a través del derecho administrativo edificado bajo la matriz del Estado formal y democrático de derecho. Este modelo de derecho administrativo se preocupa, de manera primordial, del "quién" y el "cómo", la competencia y el procedimiento. Es un modelo básicamente formal que se afinca en la idea de equilibrio entre las prerrogativas (sustanciales y procesales) y las garantías (sustanciales y adjetivas). Sin embargo, este modelo no expresa qué se entiende por equilibrio ni tampoco indica sobre qué bases se asienta el punto de equilibrio. En este esquema la construcción de la idea de interés general o interés público es básicamente formal.

El derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho presenta tres importantes fragilidades.

Inicialmente advertimos que, bajo este modelo, algunas importantes parcelas del derecho administrativo aparecen como una prórroga congenial de las construcciones normativas y jurisprudenciales cimentadas en períodos de quiebre o discontinuidad institucional.

En esta etapa el esquema de ordenación administrativo labrado bajo gobiernos de facto reingresa orondamente en el derecho administrativo del Estado de derecho, buscando, de manera solapada, su purificación jurídica a través de sentencias, dictámenes y de la doctrina autoral gatopardista. Ello acarrea, como consecuencia inmediata previsible, la consolidación de criterios que favorecen la hipertrofia de las prerrogativas y el correlativo menoscabo de las garantías sustanciales.

En segundo lugar, es dable observar que algunos esquemas legales, reglamentarios y jurisprudenciales de ordenación administrativa labrados bajo esta matriz, resultan permeables a los intereses sectoriales (v.gr. art. 9, inciso p, de la ley 27.328, reguladora de los contratos PPP; en esta misma línea se inscribe un sector de la doctrina autoral que pretende la íntegra traslación del esquema de protección consagrado por el corpus iuris interamericano de los derechos humanos a las personas jurídicas).

La tercera debilidad que exhibe el derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho, reside en su neutralidad frente a la naturaleza de los derechos que cada relación jusadministrativa pone en juego y la indiferencia con la que asumen las necesidades que los bienes jurídicos protegidos por esos derechos están llamados a satisfacer.

Como veremos, el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho procura reducir y brindar respuestas consistentes a las fragilidades que presenta esta matriz.

El tercer modelo, el del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho, es un modelo adscrito a la Constitución convencionalizada en 1994. Ofrece respuestas plausibles superadoras de las fragilidades que exhibe el derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En el Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo adviene como un esquema sistemático de ordenación y armonización de potestades y garantías afincado en la Constitución Nacional convencionalizada –en 1994- y en los principios pre estatales que ella reconoce.

Este modelo, sin ambigüedades ni concesiones, asume que las bases formales y materiales del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, son las bases que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

***

Es, así pues, que, con arreglo a esta impronta, el derecho administrativo adquiere la condición de derecho constitucional y convencional en concreta y continua realización.

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho hunde sus raíces en la supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994 y en su fuerza normativa.

En este marco, como lo ha subrayado la Corte Federal, los derechos fundamentales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Cabe subrayar que en el Estado constitucional social de derecho, el principio de juridicidad -al que está subordinada y sometida la función administrativa- se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los principios pre estatales que ella reconoce y despliega, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional, los tratados, las leyes, los reglamentos; sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH.

En el Estado constitucional contemporáneo -también denominado Estado de los derechos fundamentales- los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio "jurídico" fundamental de dignidad humana.

En este sentido todas las autoridades públicas, cualquiera sea el tipo de función que desarrollen, tienen el compromiso jurídico fundamental de respetar y garantizar la dignidad esencial de la persona humana.

En efecto.

Dignidad de la persona humana, derechos humanos y principio pro persona, componen la tríada basal material que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La tríada basal material del Estado constitucional contemporáneo -junto con uno de sus corolarios, el principio de interdicción de la insensibilidad frente a la intervención indebida sobre los derechos fundamentales- inaugura vínculos "jurídicos" obligatorios que conforman la juridicidad a la que está sometida la Administración.

La vocación de efectividad de esos vínculos jurídicos fundamentales -incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional- hace nacer

nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización -sustentados, insisto, en la susodicha tríada basal material- también son definitivos puntos de ruptura con el derecho administrativo labrado en períodos de interrupción del orden constitucional.

La aludida tríada basal material que emerge del art. 75, inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional, al tiempo que renueva la savia que recorre a la función administrativa -me refiero al interés general- inmuniza el derecho administrativo frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideario autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

***

En definitiva: en el Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo está llamado a resolver las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

De acuerdo con esta matriz el derecho administrativo asume un fuerte compromiso con la supremacía de la Constitución convencionalizada y su fuerza normativa; con el principio de dignidad esencial de la persona humana; con los derechos humanos que le son inherentes y el principio pro persona; con la vocación de efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por el bloque de constitucionalidad; con el corpus iuris interamericano; con los principios generales del derecho; con el principio democrático (art. 36 de la CN); con los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la separación de poderes y el control recíproco, como garantía de libertad de las personas; con las reglas actuales de control judicial de constitucionalidad; con las reglas actuales del control judicial

difuso de convencionalidad; con el control administrativo de convencionalidad, según el criterio establecido por la CorteIDH ("Gelman" -2011-, "García Ibarra"-2015-, "Petro Urrego" -2020-, "Urrutia Laubreaux" -2020-, OC/28-21, entre otros); con la armonización de las potestades públicas con los derechos humanos; con su corolario, el principio material de justa administración.

***

Algunas reglas actuales del control constitucional y convencionalidad, junto con el fundamento que las sustentan -la dignidad esencial de la persona humana-, impactan singularmente sobre el régimen jurídico del acto administrativo y modulan la configuración de las parcelas que lo vertebran.

En este orden de ideas, hemos subrayado que el control constitucional opera sobre normas y omisiones. En relación con las primeras, la doctrina del Tribunal de los últimos lustros distingue normas legales o reglamentarias dotadas de presunción de constitucionalidad, por un lado, y normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad, por el otro. En este último supuesto los criterios de control de constitucionalidad son más estrictos que los tradicionales. Ello produce la modificación del alcance e intensidad del control constitucional y la consecuente inversión del *onus probandi*.

Reconocer que una norma legal o reglamentaria es portadora de presunción de inconstitucionalidad impacta fuertemente sobre la configuración de algunos elementos esenciales del acto administrativo, como la causa (como antecedente de derecho) y el objeto. También se refleja en los caracteres del acto.

Desde esta atalaya, al régimen jurídico del acto administrativo en el Estado constitucional contemporáneo se le plantean problemas cruciales como, por ejemplo, si una norma vigente portadora de presunción de inconstitucionalidad

puede ser asumida, sin más, como un antecedente de derecho válido de un acto administrativo. En tal supuesto, el objeto o contenido de un acto que aplica y refleja lo establecido en una norma portadora de presunción de inconstitucionalidad por incurrir en discriminación prohibida por los artículos 16, 20 y art. 1.1, 20 y concordantes de la CADH ¿guarda conformidad con el principio de juridicidad?

El control de convencionalidad en sede administrativa es uno de los temas más relevantes y a la vez controvertido del derecho administrativo argentino actual.

Un adecuado enfoque del tema requiere discernir diferentes variables: si el control preventivo de convencionalidad se debe realizar sobre una norma legal o reglamentaria; si la norma sometida a control es portadora o no de presunción de constitucionalidad; si el control se realiza en situaciones de urgencia o no; si la cuestión concierne a derechos fundamentales disponibles o indisponibles; si el control es únicamente de carácter preventivo (tendiente a evitar la aplicación de la norma inconvencional) o si cabe realizar un control administrativo de convencionalidad en el procedimiento de revisión de oficio -o a pedido de parte- del acto administrativo inconvencional.

A la vez, en relación con los caracteres, se nos presenta una nueva encrucijada: un acto administrativo sustentado en un antecedente de derecho (causa) portador de una presunción de inconstitucionalidad ¿goza, a priori, de la presunción de legitimidad que reconoce el art. 12 de la LNPA?

Las reglas actuales del control de constitucionalidad, en cuanto habilitan el control de constitucionalidad ex officio (conf. “Mill de Pereyra”; “Banco Comercial de Finanzas”; “Lapadú”; “Mansilla”; “B., J.M.”), también se proyectan directamente sobre el régimen jurídico del acto administrativo. Abandonada la doctrina judicial labrada pen “Ganadera Los Lagos” (1941), resulta inaceptable predicar, hoy en día, que los actos administrativos irregulares no son susceptibles de ser anulados de oficio por el juez.

Ahora bien: ¿Qué actos administrativos podrán ser declarados nulos de oficio por un tribunal judicial?

Con arreglo a las reglas actuales del control de constitucionalidad estimamos que únicamente los actos administrativos que comprometen de modo directo la supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada deberán ser anulados de oficio. A tal efecto, la decisión jurisdiccional deberá resguardar el principio de congruencia en cuanto a los hechos y los planteos.

En este marco es necesario distinguir los actos según el grado y la índole de la antijuridicidad. En tal sentido es necesario insistir en que los actos administrativos irregulares pueden padecer vicios graves puramente administrativos y vicios graves constitucionales o convencionales. Dentro de estos existen tres diferentes clases: (i) los actos que incurren en una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada (v.gr. caso "Aparicio", de 2014); (ii) los actos que está afectados por una infracción estructural genética u originaria material directa de la Constitución convencionalizada (v.gr., CorteIDH, "Ivcher Bronstein") y (iii) los actos que sufren una infracción estructural genética u originaria formal-material directa de la Constitución convencionalizada (quedan incluidos en este categoría todos los supuestos en que están en juego.v.gr., normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad: "Gottschau", "Pérez Ortega", "Mantecón Valdés", entre otros).

***

En definitiva:

Las reglas actuales del control de constitucionalidad están llamadas a brindar directa efectividad a los principios y valores que emanan de la Constitución

convencionalizada en 1994, entre ellos el principio rector y supremo de dignidad esencial de la persona humana.

Las reglas del control constitucional que están directamente llamadas a brindar protección de los derechos fundamentales de los seres humanos se proyectan sobre el régimen jurídico del acto administrativo.

En este orden, el reconocimiento de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad -por sustentarse en categorías específicamente prohibidas o sospechosas de discriminación en razón de la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (art. 1°, de la CADH; art. 26 del PIDCP)- tiene consecuencias jurídicas directas sobre el procedimiento y acto administrativo. Específicamente se proyecta sobre la "causa" (antecedente de derecho) que se proyectan y reflejan sobre el "objeto" (contenido) del acto y la "competencia" del órgano emisor.

Una norma carente de presunción de constitucionalidad (o, como ha dicho la Corte, con presunción de invalidez -conf. "Castillo", 2017-) frente a la cual la administración no puede exhibir razones sustanciales, trascendentes, que la justifiquen, no debe ser considerada causa válida de un acto administrativo.

La presencia de un antecedente de derecho portador de presunción de inconstitucionalidad, obliga a la Administración a realizar un control administrativo de convencionalidad (conf. CorteIDH, "Gelman", "García Ibarra", "Petro Urrego", "Urrutia", entre otros), de carácter "armonizante" en relación a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22). Ello a fin de evitar que la vocación de efectividad de los derechos humanos que reconoce la Constitución Nacional convencionalizada, se vea debilitada por la aplicación de normas que los lesionan.

Como señalamos, frente un antecedente de derecho (causa) prima facie inconstitucional o inconvencional, la administración está facultada y a la vez obligada a realizar, por sí, un control preventivo de juridicidad mediante una interpretación armonizante de acuerdo con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos (conf. artículos 1 y 2 del CCC) según la jurisprudencia de la CSJN y la CorteIDH. De este modo se previene la emisión de actos administrativos -inconstitucionales o inconvencionales- que debiliten y hagan mermar tanto la supremacía como la fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada. El susodicho control administrativo de convencionalidad previene la violación de los derechos humanos que, como ha dicho la Corte Federal argentina, son normas jurídicas operativas dotadas de vocación de efectividad. En tal sentido cabe recordar que el alto tribunal argentino en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios.

La facultad para adoptar medidas administrativas de prevención del ilícito convencional, es una competencia inherente de la Administración que es dable extraer de los artículos 99, inciso 1°; 100, inciso 1°, y 75.22 -artículos 1° y 2°, CADH- de la Constitución Nacional).

Ciertamente, el reconocimiento de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad se proyecta sobre los caracteres del acto administrativo. Desde este vértice no resulta razonable predicar a priori la presunción de legitimidad (art. 12 LNPA) de un acto administrativo que se sustenta en un antecedente de derecho portador de una presunción de invalidez.

Las reglas actuales del control constitucional, en cuanto reconocen la competencia de los tribunales para realizar de oficio ese control, también se proyectan sobre los actos administrativos. En el esquema de control difuso de

control de constitucionalidad que impera en la Argentina, y con arreglo al principio de congruencia, todos los jueces están facultados para controlar de oficio la validez (constitucional y convencional) de los actos administrativos afectados por un vicio o infracción estructural genética u originaria formal, material o formal-material directa de la Constitución Nacional convencionalizada.

Ciertamente el fundamento que está en la raíz de algunas de las reglas actuales del control constitucional (principio de dignidad esencial de la persona humana, respeto y protección de los derechos humanos, principio pro persona, supremacía y fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada) se proyecta también el régimen de invalidez, la estabilidad y los modos de extinción.

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los reglamentos

Carlos Laplacette [1]

La idea de esta disertación se vincula con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad puede ser el antecedente de una decisión más amplia, por ejemplo, la condena a reparar los daños ocasionados por un acto inconstitucional. O quizás el rechazo de una demanda cuya pretensión tiene por causa una norma inconstitucional.

En estos casos no nos preguntamos acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pues ellos son más o menos obvios (rechazar la demanda o habilitar la reparación de daños). Sin embargo, cuando pasamos de las pretensiones de condena al ámbito de lo que son las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, la cuestión de los efectos de la sentencia surge de modo más inmediato. Acá las alternativas que se presentan son múltiples, a punto tal que un criterio habitual para distinguir entre diversos sistemas de control de constitucionalidad está dado por los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma.

[1] Abogado (UNR). Especializado en Derecho Constitucional, Administrativo y Litigio Institucional. Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en las Universidades Austral, Católica Argentina, del Salvador y de Palermo, así como en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Libertad de Expresión del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y titular del Servicio de Orientación Legal de la Asociación de Entidades Periodísticas Argentina (ADEPA) en materia de Libertad de Expresión. Miembro Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Ha publicado cuatro libros y un centenar de trabajos sobre distintas temáticas de su especialidad.

Me referiré solamente a uno de los problemas que se presentan con la declaración de inconstitucionalidad y concretamente a la extensión subjetiva de la declaración de inconstitucionalidad, dejando de lado otro aspecto de interés, como es el ámbito temporal de esa declaración.

***

Lo que se pretende exponer y -si se quiere- defender, son tres ideas capitales, tres ideas basales. En primer lugar, que los alcances y la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad son un problema contingente de política constitucional. En segundo lugar, que en el sistema constitucional argentino la declaración de inconstitucionalidad debe tener siempre el alcance necesario para resolver el caso que fue debatido ante el juez; esto supone que la extensión de la declaración de inconstitucionalidad se encuentra indisolublemente vinculada con el alcance de la petición esgrimida y del tipo de proceso en cual tramitó. Por último, propongo dejar de lado la vieja discusión sobre el alcance de declaración de nulidad de las leyes y reglamentos y su vinculación con la inconstitucionalidad, al considerar que hoy ese problema puede ser satisfactoriamente superado por los procesos colectivos.

Como primer paso, debo decir que me encantó la mención al pasar, pero sumamente relevante, que hizo el doctor Sammartino acerca de las cuestiones terminológicas y los problemas de distinguir determinados conceptos que están vinculados, que se acercan, que a veces son parecidos, pero que son distintos y que responde a situaciones diversas. Más allá de las palabras que se usen -nunca doy la vida por una cuestión terminológica- lo que me importa es que lo que queramos decir se entienda. En ese quicio, creo que un primer elemento a tener en cuenta es

distinguir entre normas válidas e inválidas, regulares o irregulares de otros supuestos parecidos.

El control de constitucionalidad, y sigo estando de acuerdo con Sammartino, es un juicio de conformidad, de adecuación. En sus términos más elementales lo que hacemos es analizar algo, ese algo puede ser una norma general, una norma particular, un hecho, una omisión, un estado de cosas y lo comparamos con el ordenamiento jurídico, con la Constitución, con las leyes, con la Convención Americana, etc.

***

Hacemos una comparación. Una norma será inconstitucional cuando sea incompatible con el ordenamiento jurídico. Puede ser incompatible porque prescribe algo distinto de lo que está prescripto en el ordenamiento jurídico, porque fue creada a través de una autoridad que no tenía competencia o a través de un procedimiento distinto al contemplado en la Constitución. Desde esta óptica podemos aceptar que una norma inconstitucional es una norma irregular, una norma inválida podemos llamarla, si entendemos por validez la creación regular de esa norma; regular en el sentido de su forma, en su contenido y en su procedimiento que respeta los estándares o los cánones que fija el ordenamiento jurídico.

Entonces si el control de constitucionalidad es la actividad de comparar y de analizar si una norma es válida o inválida, regular o irregular, lo que vamos a tratar son las consecuencias que siguen al considerar que una norma es incompatible con el ordenamiento jurídico.

Esto nos lleva a distinguir la validez y regularidad en la norma, de otras tres ideas o conceptos adyacentes pero que son distintos; me refiero a la vigencia de la

norma, a la aplicabilidad de la norma y la pertinencia de la norma en el ordenamiento jurídico.

Por vigencia podemos entender el período durante el cual la norma está destinada a generar efectos de acuerdo con lo que disponga la autoridad encargada de su creación y derogación. Validez y vigencia hacen referencia a dos ideas distintas: puedo derogar una norma que fue declarada inconstitucional y puedo controlar la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de normas derogadas. Un buen ejemplo es el caso "Muiña", del 2 × 1 de la Corte Suprema; un caso de delitos de lesa humanidad donde la mayoría de la Corte aplica y resuelve el caso por la norma derogada, la del 2 × 1, y la minoría concibe inaplicable el 2 × 1, entre otros argumentos, por entender que esta norma podía ser inconstitucional.

***

Así como la validez se tiene que distinguir de la vigencia, también podemos distinguirla de la pertenencia de la norma en el ordenamiento jurídico. Una norma puede ser inválida, en el sentido de contar -por ejemplo- con un vicio de procedimiento, y de todas maneras formar parte del ordenamiento jurídico. Un reglamento con vicios que lo hagan anulable es, al mismo tiempo, un reglamento inválido, irregular, pertenece al ordenamiento jurídico, e incluso puede tener que ser aplicado por la autoridad encargada de hacerlo, por ejemplo, porque prescribió o caducó la posibilidad de impugnarlo. Esta última mención nos introduce en el problema de la aplicabilidad, que es distinto de los anteriores. Ni la vigencia, ni la validez, ni la pertinencia de una norma al ordenamiento jurídico, se identifican o son antecedentes necesarios de la aplicabilidad de una norma para resolver un problema concreto.

Con el término aplicabilidad lo que queremos indicar es que cierta norma debe ser utilizada por un juez -o cualquier otra autoridad- para resolver un caso dado. La aplicabilidad presenta dos ideas, cercanas pero distintas; lo que se conoce como aplicabilidad externa y aplicabilidad interna.

La aplicabilidad interna es esta idea de que un caso está regulado por una norma; pero que un caso esté regulado por una norma, no quiere decir que el juez o el funcionario administrativo deban aplicar esa norma, porque ella puede estar en conflicto con otra distinta.

La aplicabilidad externa, en cambio, es lo que permite decir que una norma debe ser aplicada por el funcionario para resolver el caso concreto. Esto último no tiene que ver con la pertenencia de la norma al sistema jurídico, pues en muchas ocasiones los jueces aplican normas que no forman parte de él, por ejemplo, en los casos de derecho internacional privado, cuando se tiene que aplicar una norma extranjera de otro país para resolver un caso de matrimonio o de herencia.

La aplicabilidad de la norma tampoco presupone validez; los jueces pueden verse en la necesidad y en la obligación de aplicar normas inválidas. Puede ocurrir porque la norma haya sido convalidada por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por motivos de seguridad jurídica o por otros motivos.

***

Es el caso del funcionario de facto, el caso “Rozsas” de la Corte Suprema. No hablo de gobierno de facto, sino de funcionarios de facto. Los jueces subrogantes, que de acuerdo con lo que entendió la Corte habían asumido con nombramientos inválidos, de todas maneras, no se puso en duda la validez de sus sentencias por razones de seguridad jurídica. Muchas veces la invalidez de algo tiene efectos hacia el futuro y se toleran, se aceptan las consecuencias de su declaración de invalidez

hacia el pasado. El artículo 99 inciso 3 de la Constitución dice algo similar cuando deja en manos del Congreso determinar los efectos de su control sobre los DNU, por no mencionar algunos otros ejemplos -seguramente más polémicos- como la obligación constitucional que tendrían los jueces de aplicar las normas inconstitucionales, en tanto y en cuanto las partes acepten su aplicación.

Por lo tanto, ni la validez, ni la vigencia, ni la pertenencia de una norma a un sistema jurídico, implican su aplicabilidad a un caso, y todas estas alternativas se pueden combinar de modo distinto (aplicabilidad de normas inválidas, declaración de invalidez de normas derogadas, etc.).

Luego de ese pequeño recorrido podemos volver al principio. Una vez que comparamos una norma con el ordenamiento jurídico y concluimos que esa norma es inválida, debemos considerar cuáles son las consecuencias de esa invalidez, es decir, cuál es la respuesta del ordenamiento jurídico; esa es, como dije al principio, una respuesta contingente de política constitucional.

En términos generales, la jerarquía material entre dos normas puede funcionar como un criterio de pertinencia al sistema o con un criterio de aplicabilidad. En el primer supuesto -pertenencia- lo que hace la declaración de inconstitucionalidad o invalidez es excluir del sistema la norma inválida. Así ocurre, por ejemplo, con la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual es una acción originaria entre el Superior Tribunal donde la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es la derogación de la norma. Pero no es la única respuesta posible; como todos sabemos, hay otras formas de enfrentarse a la invalidez de una norma.

El segundo grupo de respuestas se da en el ámbito de la aplicabilidad. La declaración de inconstitucionalidad no incide sobre la pertenencia de la norma al sistema. Las normas inválidas siguen formando parte de este sistema jurídico no depurado, solo que no se aplican en una determinada situación.

La jerarquía normativa funciona directamente sobre el punto de la aplicabilidad y no sobre la pertenencia.

Si los alcances y las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad son contingentes, son problemas de política constitucional que solamente pueden ser respondidos a la luz de un sistema constitucional concreto. Lo que sigue es preguntarnos qué pasa en nuestro país y, en buena medida, el motivo de esta exposición es considerar cuál es la respuesta que el sistema jurídico argentino asigna a la declaración de invalidez y/o inconstitucionalidad de normas.

En estas últimas décadas se ha desarrollado una discusión muy extensa acerca del alcance subjetivo de la declaración de inconstitucionalidad. Esta discusión tiene su epicentro en la posibilidad de que los jueces, al declarar la inconstitucionalidad de una norma general, no se limiten al dejar de aplicarla para el caso concreto resolviendo, sino que vayan más allá, impidiendo cualquier otra aplicación de la norma inválida.

La respuesta a este problema -en mi opinión- es clara si se recuerdan algunas ideas básicas del sistema constitucional, de para que tenemos una constitución y una de esas ideas básicas, es que el fin de asegurar un estado de derecho individuales y la dignidad de las personas, las autoridades están limitadas. Por eso es que ninguna autoridad -y cuando digo ninguna autoridad estoy pensando en los funcionarios y en los jueces- puede asumir una competencia que el ordenamiento jurídico no le asigne.

Si partimos de esa premisa y nos preguntamos qué efecto o alcance subjetivo tendrá el control de constitucionalidad, lo que tendríamos que preguntarnos es por qué los jueces controlan la constitucionalidad de las normas en nuestro sistema; de dónde surge esa competencia. Claramente no puede ser una competencia autoasignada, porque si no serían más que pequeños émulos de Uriburu.

El ordenamiento jurídico en algún lado les tiene que dar esa competencia, sino ella constituiría una usurpación de competencias que el legislador podría prohibir en cualquier momento.

***

Pues bien, la declaración de inconstitucionalidad en nuestro sistema, a falta de otra norma jurídica (solo aparece de forma incidental en 1994 en el artículo 43 de la Constitución, excepto en la provincia de Buenos Aires que tiene el orgullo de tenerla en su Constitución desde hace tiempo) a nivel nacional no se explica como una competencia íncita del Poder Judicial sino como una herramienta o como un apéndice de la competencia específica que está en el artículo 116 de la Constitución que es la de conocer y decidir las causas que versen sobre puntos regidos por Constitución y por las leyes.

Es a efectos de ejercer esa competencia que se comprueba la constitucionalidad de las normas; por lo tanto, los efectos de esa declaración de inconstitucionalidad tendrán todo el alcance necesario para poder ejercer esa competencia, es decir, decidir los conflictos que se presentan ante el juez. Dicho de otra manera, es la necesidad de resolver el caso lo que explica la declaración judicial de inconstitucionalidad y es con ese alcance con el cual ese poder puede ser ejercido. Así fue asumido por nuestros constituyentes, así fue asumido por los constituyentes norteamericanos antes de Marbury vs Madison, así también lo declararon los jueces norteamericanos antes de ese precedente, y así fue entendido siempre en nuestro país. En todo caso, quienes rechazaban el control de constitucionalidad por parte de los jueces tenían como respuesta el "No, no hay una función de control de constitucionalidad, una especie de control de la legalidad, sino que tenemos alguien que resuelve los casos que involucran a la Constitución y

a las leyes; es dentro de ese ámbito donde se realiza ese control y por lo tanto no hay de qué preocuparse". Esta es un poco la discusión del siglo XIX que todavía no se modificó porque nunca se modificó el artículo 116 de la Constitución.

De ahí que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sean interpartes. Los tribunales de la Nación no fueron investidos con un poder para enjuiciar leyes o reglamentos; tampoco son creados como órganos que purifiquen el ordenamiento jurídico. Podrían haberlo sido, pero no lo fueron. El control de constitucionalidad se explica, entonces, por la necesidad de resolver un conflicto concreto; y la necesidad de resolver ese conflicto concreto es lo que nos va a explicar el alcance subjetivo de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma.

***

Pensémoslo de esta manera: si el juez declara la inconstitucionalidad de una norma sin que exista un caso, estará ejerciendo una función distinta de la que le asignó el artículo 116 de la Constitución; sin caso, una declaración de inconstitucionalidad sería asumir una competencia que el juez no tiene. Del mismo modo, si el juez declara una inconstitucionalidad con efectos más amplios de los necesarios para resolver el caso concreto que tiene ante sí, estaría actuando más allá de la competencia que le asigna el artículo 116 citado. Fíjense que incluso cuando la Corte Suprema ha utilizado acordadas para declarar la invalidez general de una norma, se ha cuidado muy bien de indicar que no estaba ejerciendo una función judicial; no era una competencia derivada del artículo 116 de la Constitución y, por lo tanto, propia de todos los jueces, sino una competencia que tenía como cabeza al poder judicial y que deriva del artículo 108 de la Constitución. Por ello esa facultad solo ha sido reconocida a la Corte Suprema y no a los tribunales inferiores.

Todo lo dicho no quiere decir que una sentencia declarativa de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* sea intrínseca o conceptualmente incompatible con el principio de división de poderes. Nada de eso. De lo que aquí se trata es de advertir que, en nuestro sistema de control de constitucionalidad la única posibilidad que tienen los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la norma es a partir del ejercicio de la función judicial definida en el artículo 116 de la Constitución Nacional. Ir más allá supondría asumir una competencia que no tienen. Esa función judicial es lo que explica el alcance subjetivo de la declaración de subjetividad.

***

Dicho todo eso, la pregunta que sigue es: ¿qué ocurre con las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma en procesos colectivos? ¿Tienen efecto para todo el mundo o al menos para un grupo importante de personas que no han estado presentes en ese proceso?

Adelanto mi opinión en el sentido que no hay aquí un cambio sustancial de la función judicial, sino tan solo de aspectos procedimentales y de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico. Esta modificación se da través de dos caminos; por un lado, la idea de acción de clase, es decir, de proceso a través de los cuales se litiga y resuelven, en forma conjunta, cientos, miles, millones de conflictos individuales.

Acá la declaración judicial se extiende respecto de todas aquellas personas que integran la clase activa o la clase pasiva, sin importar que no hayan participado personalmente del juicio; pues que no hayan intervenido personalmente en el expediente no quiere decir que sus derechos no hayan sido representados, litigados y discutidos por alguien que asumió la defensa vicaria de todo o de ese grupo.

En estos procesos el control de constitucionalidad será tan extenso como lo sea el grupo de personas cuyos derechos fueron debatidos en el litigio. Lo que tenemos acá -de vuelta- es la consolidación de muchos conflictos en uno solo. Esto impone cuidados especiales en materia de publicidad del proceso, de legitimación, de representatividad y en algunos otros aspectos de relevancia; pero la función del poder judicial seguirá siendo resolver conflictos concretos y para resolver esos conflictos concretos, eventualmente, deberá controlar la constitucionalidad de una norma del mismo modo que tiene que resolver cualquier tipo de antinomia que se le presente.

Otra situación es la de aquellos conflictos en los cuales el interés del actor solo puede verse satisfecho si la sentencia definitiva produce efectos sobre personas distintas del demandado. Son situaciones en las cuales, si no se le da a la sentencia efectos más o menos generales, la decisión que se dicte no va a tener sentido, no va a resolver el conflicto. El ejemplo tradicional es la tutela el medio ambiente; las condiciones que pongo yo para reparar una porción del medio ambiente tiene que ser oponible a todo el mundo o la sentencia no tendría utilidad. También esto puede ocurrir en casos de procesos que no tengan por objeto bienes colectivos; por ejemplo, si se impugna una licitación, oferentes que participaron y eventualmente los que ganaron tienen que estar en ese proceso, por más que la discusión se dé directamente entre uno de los oferentes o el que no pudo aportar por una traba y el estado. Si no se van a ver alcanzados por una cosa juzgada que habrá resuelto su derecho sin que ellos formaran parte.

Si se mira de cerca, lo que se advierte es que no se trata de extender la cosa juzgada más allá del caso, sino de asegurar, que ese caso, ese litigio, esté integrado por todos aquellos sujetos que serán afectados por la decisión final. Por eso es que necesitamos un representante, o varios representantes; por eso los procesos se vuelven multipolares, porque a lo mejor hay distintos intereses que tienen que ser

representados por distintas personas, pero tienen que estar dentro del proceso judicial si van a ser afectados por la sentencia.

De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar que la sentencia judicial sea útil para resolver el caso, y que tenga la amplitud individual o colectiva que tuvo el debate que lo precedió. Si tenemos un proceso colectivo, una pretensión colectiva, tenemos un debate colectivo. Podemos obtener una sentencia colectiva tan amplia como lo fue ese proceso, esa pretensión y ese debate. Lo que no puedo tener, porque ahí es donde entiendo que damos el paso en falso y salimos del ámbito de la función judicial, es una sentencia con efectos generales o *erga omnes* que sea el resultado de un proceso individual y de un debate individual.

***

El último aspecto que quiero mencionar es el vínculo entre nulidad e inconstitucionalidad. Producto de ciertos equívocos terminológicos y de problemas que suelen crearse con la utilización del lenguaje, muchas veces nos hemos encontrado con esta idea de que si declaro la inconstitucionalidad tengo una sentencia que tiene efectos para el caso concreto, pero ¿qué ocurre si se declara la nulidad? ¿Esa declaración tiene efectos *erga omnes*? Posiblemente el caso más patente y más cercano en el tiempo, sean las sentencias dictadas en los casos "Fayt" y "Schiffrin".

A partir de distinguir entre nulidad e inconstitucionalidad, hay un sector de la doctrina para quien la declaración de nulidad dispuesta en una sentencia judicial impediría toda aplicación posterior de la norma, incluso más allá del caso concreto. Habría decisiones judiciales *erga omnes* que se producen cuando se declara la nulidad de la ley o del reglamento, y sentencias interpartes cuando se declara la inconstitucionalidad.

Entiendo que lo que ocurre en estos casos es que se está utilizando descuidadamente el término "nulidad"; no porque esté mal, sino porque se lo utiliza para designar dos cosas distintas al mismo tiempo. En ocasiones el término nulidad se utiliza para hacer referencia al defecto o irregularidad que tiene la norma; es lo que se conoce como nulidad de vicio, porque fue dictado sin competencia, tiene un vicio, y los efectos, como vimos, pueden ser contingentes.

Por otro lado, con la palabra nulidad es posible hacer referencia no al vicio sino a la consecuencia, a la sanción que traería aparejada esa situación de invalidez, irregularidad. Aquí se habla de nulidad sanción y esta es la definición de Borda, la sanción, la nulidad del ordenamiento jurídico contra un acto por los vicios originarios que tenía.

No interesa cuál es la idea exacta de nulidad; lo que quiero hacer ver es que la respuesta que da el ordenamiento jurídico a un vicio o irregularidad (a una norma "nula" en el sentido de norma irregular) es contingente. Esa respuesta debe surgir del ordenamiento jurídico y, específicamente, de una norma jurídica secundaria, de una norma que atribuya competencias al funcionario -en este caso judicial- encargado de lidiar con la norma irregular.

Frente a una norma irregular o nula (nulidad vicio), el sistema jurídico puede responder con criterios de pertenencia o solo de aplicabilidad. Una cosa es declarar la invalidez en términos generales y purgar el ordenamiento jurídico (pertenencia) y otra cosa resolver conflictos y, para ello, dejar de aplicar la norma irregular. La primera competencia no existe en el régimen jurídico del poder judicial de la Nación, la segunda sí. Y la segunda se consigue a través del proceso colectivo en el cual todas las partes interesadas pueden ser escuchadas, todas pueden ser debatidas, y el alcance necesario que tenga para resolver el conflicto.

En mi libro *Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad* he intentado profundizar esta idea, al cual remito en caso de que se desee profundizar. Aquí se ha procurado dejar planteada la idea en términos muy elementales.

Artículo de clausura
Apuntes sobre la revisión de las normas por acordada de la Corte Suprema de Justicia[1]

Daniel Fernando Soria

a. La actividad principal que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante y de manera indistinta CSJN) está llamada a cumplir, consiste en la resolución de un determinado tipo de conflictos. Un puñado de ellos corresponde a su jurisdicción originaria, porque en su mayoría son dirimidos, vía recursiva extraordinaria mediante, en última instancia (arts. 116 y 117, CN, 14, ley 48). Así, obra en su calidad de tribunal de justicia, cuando protagoniza la función judicial: su misión básica. Para llevarla a cabo cuenta con un aparato administrativo, como sucede con toda organización medianamente compleja.

A la vez la CSJN es la *cabeza* del Poder Judicial de la Nación[2] y en tal carácter cumple un rol trascendente. Despliega un cometido institucional,[3] para cuya consecución formula (y a veces lo comunica en eventos institucionales o de manera informal) las líneas de acción contenidas en los planes y programas de la Administración de Justicia. El quehacer coadyuva al mejor desempeño de la jurisdicción.

[1] Realizado a partir de la lectura de las diversas ponencias presentadas en el presente ciclo de conferencias sobre La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias.

[2] Fallos: 241:23; 306: 1537; 310:2421; 319:806; 330:251; 340:41; 343:1457; 344:3156, 3636.

[3] Cfr. BIANCHI, Alberto B., *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,* LA LEY AR/DOC/19983/2001), quien afirma que después de la reforma constitucional de 1994 no ha dejado de considerarse que la CSJN sea el órgano supremo del Poder Judicial. El Consejo de la Magistratura cumple el rol de una administración complementaria.

b. La referencia a una función gubernativa de la Corte, con ser descriptiva tiene un alcance y connotaciones más acotados que los que informan al quehacer los órganos de fuente de legitimación democrática directa, como el Poder Ejecutivo y el Congreso[4]. La titularizan –en su medida, pero preferentemente- el Alto Tribunal, y, tras la reforma constitucional de 1994 (arts. 108, 114 y concs., CN), el Consejo de la Magistratura, en la suya. Tienen a su cargo la mayor parte de esas tareas de apoyo[5]. El encuadre jurídico general del régimen que las organiza pertenece al derecho administrativo. Debiera ser análogo al que rige el obrar de las autoridades administrativas propiamente tales. Con ese alcance, ambos órganos contribuyen al desenvolvimiento del *servicio de justicia*.

c. Ese soporte del que la CSJN dispone para el desarrollo de sus funciones, así como el haz de atribuciones no judiciales que titulariza y ejerce (tal vez con menor extensión y minuciosidad desde la instauración del Consejo de la Magistratura), se engloban bajo el concepto genérico de *superintendencia*[6].

[4] Es notorio el mayor margen de maniobra gubernativa del legislador o del Poder Ejecutivo. Así, entre otras, las tareas de gobierno que estos ejercen se relaciona con la adopción de grandes opciones políticas, la organización de la economía y la tributación, las relaciones internacionales, la realización de agendas públicas sometidas a la voluntad del electorado, la discusión entre cambios o continuidades relevantes, o, v.gr., con la iniciativa para la reforma de la Constitución.

[5] A ellas se suman las tareas administrativas que gestionan las Cámaras de Apelación (cfr. arts. 26, ley 4055, 48, decreto ley 1285/58; Fallos: 330:4389).

[6] A los fines de estas líneas de trabajo, las expresiones «superintendencia» y vía «institucional» o «gubernativa» se utilizan como sinónimos. Una descripción muy acotada de las tareas de superintendencia se consignaba en la Ley 4.055. En el año 1902 esa norma disponía que la Corte ha de ejercer "superintendencia sobre las Cámaras Federales, Jueces de Sección, Jueces Letrados de Territorios Nacionales y demás funcionarios de la Justicia Federal, debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia". En el art. 11 especificaba algunas de esas tareas: 1° Velar por el cumplimiento de esos reglamentos e imponer las penas disciplinarias que ellos fijen para los casos de infracción. 2° Exigir se le remita anualmente o en cualquier tiempo una relación de las causas entradas, del número y estado de las pendientes y de las falladas. 3° Acordar o denegar licencia a los miembros de los Territorios Nacionales y demás funcionarios de la Justicia Federal, para ausentarse del lugar en que desempeñan sus funciones, por más de tres días o dejar de asistir al Tribunal, Juzgado u Oficina por más de una semana. 4° Imponer … penas disciplinarias por faltas a la consideración y respeto debidos a la Corte o a alguno de sus miembros, por actos ofensivos al decoro de la administración de justicia o por falta o negligencia en el cumplimiento de su deber…".

Expresión que sintetiza un conjunto de actuaciones y de responsabilidades de muy variada índole (v.gr. la adquisición de bienes e insumos, la regulación e implementación de la carrera administrativa de sus agentes y funcionarios, la potestad disciplinaria, las auditorias y los mecanismos de control o evaluación de desempeño, los programas de capacitación del personal, la organización de un sistema de comunicación institucional de acceso para la opinión pública, las tareas relacionadas con la infraestructura edilicia, los programas de innovación tecnológica y gestión digital de los procesos, las reglamentaciones de una serie de institutos procesales, las modalidades de comunicación institucional y gobierno abierto, los proyectos de reformas legislativas, los servicios de apoyo como bibliotecas y fuentes documentales, etc.). Su fundamento se desprende de los arts. 108, 110, 113, 116, 117, C.N.

d. En uso de las potestades de superintendencia, la CSJN dicta reglamentos de distinto tipo y actos administrativos, celebra contratos y convenios, ejecuta operaciones materiales, ejerce la potestad disciplinaria en materia de empleo público, etc. Su actuar, continuo y regular, supone una disponibilidad de recursos que el normal funcionamiento de la Administración de Justicia crecientemente demanda.

***

a. En un sitio alejado del área normal de aquel quehacer se ubica nuestro tema: las acordadas descalificatorias de ciertas leyes o decretos. Tale decisiones declaran -en vía gubernativa o de superintendencia- no aplicables una o varias normas sancionadas por otros órganos estatales, en razón de su incompatibilidad con determinadas reglas o principios constitucionales, particularmente los relativos a la independencia del Poder Judicial. Esta modalidad guarda cierta similitud con el

control judicial de oficio[7] sin llegar a identificársele por completo. En rigor difiere de este en aspectos esenciales. Con todo, a su manera, es una subespecie de la revisión constitucional de las normas, que representa un espacio todavía más estrecho y excepcional que el propio del escrutinio oficioso. Define a uno de los puntos álgidos del examen de validez constitucional de actos y disposiciones normativas.

b. La peculiar forma de descalificación señalada no surge de un debate, ni anida en el seno de un proceso judicial. A diferencia de otras situaciones[8] tampoco da cuenta de una necesidad decisoria emergente en un litigio. Ni, desde luego, estas acordadas se asemejan a una sentencia. Antes bien, se desarrollan en la arena político institucional. Por su intermedio la CSJN hace pública una postura que reacciona frente al obrar de otro órgano[9]. De ordinario, es la respuesta al dictado de normas cuyo contenido –se entiende- afecta ciertas atribuciones, prerrogativas o inmunidades propias del Poder Judicial.

***

a. Este escrutinio de leyes o de reglamentos en la esfera gubernativa de la CSJN se ha concretado en una serie de supuestos en general bastante delicados desde el punto de vista del juego de las instituciones según la

[7] Tema al que se han referido con detalle y profundidad, en este ciclo, Leandro Safi (*Control de constitucionalidad: ¿de oficio o a pedido de parte? Estado de la cuestión*) y Carlos Laplacette (*Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los reglamentos*).

[8] P. ej., la que se origina en los casos de la declaración de inconstitucionalidad *ex officio.*

[9] En algunos supuestos el asunto (v.gr. una designación de magistrados; la regulación del impuesto a las ganancias) involucra a cointeresados.

Constitución[10]. La Suprema Corte de la Provincia lo ha hecho también pero en menos ocasiones [11].

[10] P.ej. mediante el dictado de las siguientes acordadas: 7/1968, por la que se descalificó un régimen de enjuiciamiento de magistrados de superiores tribunales provinciales aprobado por el gobierno de facto; 4/1984, sobre la inaplicabilidad del artículo 22 de la Ley 22.192 que regulaba la integración de tribunales de ética forense; 47/1986 que modificó la jerarquía funcional y presupuestaria de funcionarios de una Cámara de Apelaciones; 42/1991 por la que se dejó sin efecto el decreto n° 2071/1991 que suspendió por un año las facultades conferidas al Tribunal para fijar remuneraciones judiciales; 45/1995, en la que se consideró inadmisible convalidar una asignación de funciones contraria a la Constitución como las previstas por la Ley 24.480 sobre *Centro nacional de informática de detenidos y extravíos de personas*; 20/1996 sobre la inaplicabilidad de la Ley 24.631 referida al impuesto a las ganancias; 60/1996 que descalificó a la Ley 24.675 sobre aspirantes a peritos; 41/1998 que declaró la invalidez del artículo 65 inc. b) de la Ley 24.906 del Ministerio Público; 1/2000 que dispuso la inaplicabilidad de algunas normas de la Ley de ética pública 25.188; 36/2004, por medio de la cual suspendió la vigencia de una Resolución del Consejo de la Magistratura; 10/2011 que declaró la invalidez de la Resolución N° 400/09 del mismo Consejo referida a licencias extraordinarias del personal; 11/2011 que declaró la invalidez de la Resolución N° 254/10, del Consejo de la Magistratura por la que se modificaba el art. 10 del Reglamento para la Justicia Nacional y dispuso que las prohibiciones contenidas en el inc. d) del art. 8º no regirían respecto de los funcionarios; 24/2013, referida al registro de sentencias, acordadas y resoluciones de la CSJN, así como a la sentencias de las cámaras nacionales y federales y los tribunales orales, y a la publicidad de las actuaciones, compartiendo los objetivos de la Ley 26.856, pero expresando un «distinto enfoque» respecto de su art. 4, declaró inaplicable esta norma; 25/2013, relacionada con la sanción de la Ley 26.857, que establece el régimen de las declaraciones juradas patrimoniales del sector público; 42/2017, que declaró la inaplicabilidad de ciertos dispositivos de la Ley 27.275, de acceso a la información pública. Como surge del listado anterior, la CSJN varias veces privó de efectos a una serie de actos del Consejo de la Magistratura, en el marco de las diferencias de criterio con el órgano creado por el art. 114 de la CN.

[11] La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en contadas oportunidades, caracterizadas por la existencia de un entuerto con otro poder, ha seguido el camino inaugurado por la CSJN. Así lo hizo –entre otros- en los siguientes casos: la Resolución SCBA N° 1730/90, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 3999/90 por el cual el Gobernador había decidido suspender la vigencia del sistema de equiparación de remuneraciones nominales entre el ministro de la corte provincial y el de la Corte nacional; la Resolución SCBA N° 1571/91. Este acto invalidó dos decretos del Poder Ejecutivo provincial que habían rechazado una disposición de la Corte en materia salarial; la Resolución N° 2701/1996 sobre el impuesto a las ganancias que remata su decisión sosteniendo que en las normas de la Ley 24.631 en cuanto deroga la exención del impuesto a las ganancias a los jueces eran inaplicables-; la Resolución SCBA N° 1925/01 declaró la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 1960/201, acto por cuya virtud el Poder Ejecutivo provincial había declarado la emergencia financiera de la Provincia alcanzando al Poder Judicial; la Resolución SCBA N°1500/02 dispuso la inconstitucionalidad del art. 31 de la Ley 12.874 que creó una comisión especial con representantes de todos los poderes del Estado para regular, entre otros aspectos, el funcionamiento de los tribunales en un modo que se entendió avanzaba sobre competencias propias del Poder Judicial; el Acuerdo SCBA N° 3438/2009 mediante el cual se declaró la inaplicabilidad del artículo 3 de la Ley 13.941 referido al pago de la remuneración a los jueces por subrogaciones, pasando por alto las competencias reguladoras de la Corte local; finalmente, por Acuerdo SCBA N°3562/2011 en vía institucional declaró la invalidez de distintas normas de la Ley 14.296 que trasferían a la justicia de ejecución penal las responsabilidades en materia de patronato de liberados, invalidez que se consideraba fundada en la atribución de competencias incompatibles con las propias del Poder Judicial. Por justificada que hubiese sido la posición de fondo en los ejemplos citados, a estas intervenciones de la Corte provincial le caben las mismas dudas y observaciones críticas que se esbozan con relación al sistema nacional. He suscripto el Acuerdo N° 3438 y N°3562. En perspectiva entiendo de manera autocrítica que tal vez debió haberse buscado un camino más deferente hacia la legislatura; v: FAVAROTTO, Ricardo y SIMAZ, Alexis L., *Los peligros del activismo decisionista (A propósito de la Acordada 3562 de la Suprema Corte de Buenos Aires),* elDial.com - DC1712.

El instituto que se analiza exhibe claras particularidades.

a. Primeramente se afirma en los poderes *implícitos o inherentes* de la Corte, que viene a, reivindicar para sí en su condición de titular del sistema judicial de la Nación. Con esa lógica su ejercicio es inabordable por el resto de los órganos judiciales[12]. Así formulada, este instituto se aparta de la estructuración del sistema nacional de control de constitucionalidad de las normas, una de cuyas premisas consiste en la atribución indiferenciada a los tribunales de todas las instancias y fueros (sistema difuso), del escrutinio constitucional, como una cualidad inherente a la jurisdicción.

La atribución de repeler una norma o acto del Legislador o del Poder Ejecutivo se (auto)concentra en la CSJN. Los demás jueces, ajenos a la cúspide del Poder Judicial, carecen de ella.

b. En segundo lugar, en estos supuestos la Corte actúa fuera de un caso, causa o controversia. Al declarar la inconstitucionalidad en vía institucional no obra como tercero imparcial en el proceso. Lo hace como titular de un poder implicado en el asunto, por medio, precisamente, del dictado y la comunicación de la acordada (para la prevención, protección o autodefensa del Poder Judicial). Una determinación que es «provocada» por una ley o un decreto que afectan competencias o prerrogativas de la Administración de Justicia. El componente gubernativo, a veces de cuño agonal, es perceptible. Como se ha dicho en la acordada 20/1996 (Cons. 4°): se trata de un acto que no atañe a las funciones jurisdiccionales del Tribunal, ni requiere entonces de la configuración de una controversia en los términos requeridos por los arts. 116 y 117 de la Constitución.

[12] Fallos: 241:23; 259:11; 263:15; 286:17.

c. De los ejemplos mencionados se desprenden otras características de la especie en tratamiento; así: i] la inmediatez de su dictado, que suele efectuarse ni bien es sancionada la norma que ha de neutralizarse; ii] el «juzgamiento» en abstracto, sin necesidad de la concreta aplicación de la norma implicada; iii] la funcionalidad asociada a la necesidad de enervar los efectos de una norma que avanza sobre garantías institucionales, prerrogativas o inmunidades del Poder Judicial, lo cual pone en evidencia una suerte de conflicto interorgánico; iv] los efectos de la descalificación resuelta por la acordada, que en principio tienen alcance *erga omnes*.

d. En síntesis, estas acordadas ponen de relieve una forma de decidir diferente a la que caracteriza el desenvolvimiento de la CSJN, puesto de manifiesto cuando resuelve como juzgador equidistante de los contendientes. Por ello, la probabilidad de su uso no puede ser evaluada sino en términos de estrictez. Los asuntos que resuelven, en principio, no conciernen a la tutela de derechos fundamentales, sino a las relaciones con los restantes poderes. Evidencian desacuerdos en torno a las competencias de aquella rama del Estado o sobre los principios que la estructuran (v.gr. en especial, en materia de autogobierno e independencia). Esta modalidad de revisión normativa refleja la variante más extrema de la *última ratio.*

***

a. Aceptada, como generalizadamente lo está, la condición de intérprete final de la Constitución y guardián de las garantías constitucionales que la CSJN se

adjudica para sí [13], parece indudable que esa aptitud se refiere en modo central a su desempeño en los procesos judiciales. Allí su labor es diáfana: el máximo tribunal de justicia se erige en el «último resorte para todos los asuntos contenciosos … pertenecientes al Poder Judicial de la Nación», tal cual lo dijera, también desde antiguo[14]. Cuesta hilvanar argumentos que den cabal sustento a la aplicación de idénticas funcionalidades o aptitudes en otros planos: por ejemplo, cuando declara la invalidez constitucional de leyes, decretos del Poder Ejecutivo o actos semejantes, sin caso; y que ello pueda incuestionablemente ser llevado a cabo en la esfera de la superintendencia del tribunal. El objetable desenvolvimiento de la Corte se ha tratado de justificar por identidad subjetiva del órgano emisor (y su titularidad del Poder Judicial), el uso defensivo como último recurso y de la dificultad de admitir la idea de la Corte promoviendo una acción judicial.

b. A ellas se contrapone el condicionamiento que surge de la Constitución (art. 116, CN), con arreglo al cual el control de constitucionalidad presupone la concurrencia de una controversia. Al pronunciarse mediante estos acuerdos, la CSJN no se expide en última instancia. Por la sencilla razón de que aún no ha habido *instancia* (judicial).

c. El ámbito más adecuado para resolver los asuntos constitucionales en ejercicio de la jurisdicción, por medio de una decisión fundada, es el proceso, cuyo

[13] Según lo sostuvo en uno de sus fallos inaugurales. En efecto en el caso "Calvete" del año 1864. Fallos: 1:340 (*"El Ministerio Fiscal con don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un Senador",* de fecha 17/10/1864) la Corte afirmó que "… es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte".

[14] Agregando que, en tales condiciones, las decisiones que adopta son «finales» y que «ningún Tribunal las puede revocar» Cfr. *"Fisco Nacional c. Ocampo Manuel"*, Fallos 12:134.

régimen delinea ese conjunto de actuaciones, mecanismos de información y comprobación de los hechos, a la vez que asegura espacios para el contrapunto de argumentos jurídicos, es el proceso judicial. He aquí una amalgama que, a la vez, fija un piso de racionalidad.

***

a. El ejercicio de la superintendencia, rutinaria y tradicional, no suele involucrar una cuestión constitucional. Esta especie de función administrativa que, aunque mermada por la atribución de competencias al Consejo de la Magistratura desarrolla la Corte, es parte de un cometido consolidado. En su ejecución no difiere demasiado del desempeño que suele realizar cualquier agencia del Poder Ejecutivo[15]. Como esta, la CSJN o el Consejo de la Magistratura, se encuentran vinculados positivamente por el principio de legalidad o juridicidad, que obliga a toda autoridad pública a conformar sus quehaceres a la ley y al derecho.

b. Su aptitud para producir efectos jurídicos directos da pie a su impugnabilidad. En cuanto un acto administrativo de la autoridad judicial afectare situaciones subjetivas protegidas por el ordenamiento, será pasible de ser cuestionado en un proceso impugnativo. Nada especial posee que permita situarlo en una zona exenta del control jurídico.

c. Vale decir: no solo pueden ser revisados en la propia sede del órgano emisor: deben serlo -como garantía de control suficiente- ante cualquier juez competente, en el marco de un litigio (art. 18, CN), tal como sucede con los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones ministeriales y en general las decisiones lesivas

[15] Ocurre algo similar en el espacio que le concierne con el Consejo de la Magistratura.

emanadas de cualquier otra autoridad o agencia perteneciente a la Administración Pública, o con los actos de esa índole expedidos por el Consejo de la Magistratura.

d. Aun cuando la conclusión anterior parece incontestable, por décadas la jurisprudencia del Alto Tribunal se mantuvo esquiva a adoptarla. La posibilidad de enjuiciar estas decisiones estándar u ordinarias de superintendencia, sobre todo la expresada por medio de actos de alcance particular; fue materia vedada[16].

e. El Tribunal mantuvo una histórica posición contraria a la fiscalización judicial de sus actos de superintendencia. Una muestra representativa de esa restricción se observa en lo actuado por la CSJN en la causa "Guardia" (sentencias de fechas 3/09/1985 [17] y 25/09/1985 [18]). El criterio de esos fallos era producto de la confusión en torno al alcance de las funciones que desempeña la Corte[19].

El error persistió varios años más. Por ejemplo, se verificó también en la causa "Sanchíz Ferrero"[20] por el cual la CSJN, ante la comunicación cursada por la Secretaría de Justicia de la Nación[21] en un amparo iniciado contra una denegatoria administrativa del Tribunal a un reclamo patrimonial sostuvo que la vía intentada era inadmisible por cuanto no procede cuando "… el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial" (art. 2°, inc. b, ley 16.686), sin reparar que esa norma se refiere a las sentencias o alguna decisión emitida en un proceso, en ejercicio de la jurisdicción, y no a los actos administrativos o de superintendencia[22].

[16] CSJN, Fallos 307: 1571, 1601, 1779.
[17] Fallos: 307:1601.
[18] Fallos: 307:1779.
[19] Aquella sentencia niega el control judicial de tales actos, con cita –entre otros- del antiguo fallo "Fisco Nacional c. Ocampo" Fallos: 12:134.
[20] Fallos 311:2423.
[21] A fin de contestar el informe previsto en el art. 8° de la Ley 16.686.
[22] Como lo sostuvo la minoría integrada por los jueces Petracchi y Bacqué.

En las postrimerías del siglo pasado, al resolver el caso "Rodríguez Varela"[23] la Corte introdujo cierta flexibilidad en su doctrina jurisprudencial. Tímidamente, se admitió la impugnación del acto administrativo del órgano judicial cuando el interesado se hubiese visto impedido de tramitar regularmente su planteo y de obtener, por tanto, una resolución en el ámbito de superintendencia[24] con sujeción a las formas del debido proceso. Pero tiempo después, en "Dragonetti de Román" [25] volvió a poner en jaque la observancia del principio de *accesibilidad* irrestricta a la tutela judicial efectiva.

f. Hasta que, finalmente, en el precedente "Charpin" la CSJN revirtió el criterio restrictivo y despejó la confusión entre las funciones judiciales y administrativas que, aun cuando convergiesen en el mismo órgano, es indispensable distinguir[26].

[23] CSJN, Fallos 315: 2990, sent. de 23/12/1992.

[24] Cabe destacar que en el fallo se califica como «inconveniente» que los jueces revisaran lo decidido por la CSJN en materia administrativa, en razón de lo previsto en el art. 99 de la CN.

[25] CSJN, Fallos 323: 3672. La síntesis de los antecedentes de ese fallo es descriptiva de la magnitud del retroceso. Una jueza laboral, a quien la Corte le había aplicado —sin sumario previo— una multa por haberse rehusado a informar acerca del personal de su juzgado que se había adherido a un paro de actividades, demandó al Estado Nacional ante un juzgado en lo contencioso administrativo federal, una vez agotada en modo adverso a sus intereses la vía de superintendencia, solicitando la declaración de ilegitimidad de la medida y la indemnización del daño moral. El Ministerio de Justicia, al ser notificado por oficio de la demanda, remitió copia a la Corte para "conocimiento y evaluación", y —en ese estado del proceso— el cimero tribunal requirió las actuaciones al juzgado, lo que le posibilitó expedirse, sin más, en sentido negativo, sobre la viabilidad del proceso, que archivó. Si no obra como tribunal, entonces no es procedente que pretenda interferir un proceso en trámite, iniciado por quien —correctamente legitimado— invocaba una lesión emergente de un acto típicamente administrativo. Salta a la vista el desacierto del fallo al reputar una sanción como si fuese una sentencia e impedir al afectado el acceso a justicia (Arts. 8.1 y 25.1, CADH). Sobre esta cuestión v. SORIA Daniel F., *Consideraciones sobre el acceso a la justicia administrativa,* en V.A. CASSAGNE, Juan C., Director, *Cuestiones del Contencioso administrativo*, Bs. As, 2007, p. 49, 64 y ss.

[26] Fallos 331:536, sent. de 8/04/2008. Poco tiempo después, en el caso R. 710. XLIII. Recurso de Hecho, "Rodríguez, Eduardo Ángel c/ Provincia de Santa Fe" (de fecha 16/3/2010) la Corte desestimó la queja presentada por quien había sido privado de la revisión judicial, reclamada a raíz de una denegatoria de su reclamo por diferencias salariales, resuelta por el superior tribunal provincial en ejercicio de funciones administrativas. Aplicó el art. 280 del CPCC, pese a que el dictamen de la Procuración fiscal había aconsejado abrir la queja y sobre la base de la doctrina de "Carpín" propició dejar sin efecto la sentencia y remitir las actuaciones al tribunal de origen para el dictado de una nueva sentencia con arreglo a derecho (v.https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6558211; dictamen de fecha 27/10/2008).

En esta sentencia dejó establecido que los actos emanados de ese cuerpo en ejercicio de funciones administrativas están sometidos al control de los tribunales con igual alcance al que lo están los de naturaleza análoga emanados de los otros departamentos del Estado[27]. La defensa frente a un obrar público lesivo de derechos o intereses incluye a los actos administrativos dictados por órganos de los tres poderes[28].

***

a. Así como el cuestionamiento judicial del obrar simplemente administrativo, de la actuación rutinaria o normal de superintendencia, ha sido a la postre aceptado, no hay razón para objetar aquel que pudiere tener por objeto la validez de las acordadas bajo examen. Ello, en el entendimiento de que como estas últimas no constituyen sentencias, tampoco expresan su palabra (judicial) final de la CSJN, por lo que no hay razón para excluirlas del control judicial suficiente[29]. Desde luego, se trata de cosas distintas. Reconocido por la Corte en el caso "Charpin", el derecho a cuestionar en sede judicial los actos de superintendencia no exhibe particularidades, pues sigue las aguas del esquema general de impugnación de los actos administrativos, cuyo diseño se basa en la dialéctica *interesado afectado versus administración demandada*. En cambio, la revisión de normas por acordada tiene rasgos específicos.

b. Frente al dictado de actos tan extremos como son las descalificaciones de leyes o decretos dispuestas sin causa judicial, debe posibilitarse al órgano afectado

[27] Con cita de Fallos: 308:666 y sus citas; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos).

[28] Cfr. MAIRAL. H.A. Control judicial de la administración pública, 2ª ed., Bs. As., 2021, ap. 262.

[29] Fallos: 247:646; 328:651; 344:2307, entre otros.

por la decisión (el emisor de la norma) discutir la validez de esas medidas; algo que no pudo hacer durante el trámite de su gestación.

De primeras, se advierte que los actos señalados pueden ser materia de una pretensión de tipo impugnativo. Pero basta con proponerse a indagar sobre el carril destinado a cuestionar la validez de estos actos de la CSJN para advertir de inmediato las dudas que surgen a la hora de definir la pretensión a deducir y su marco procesal.

c. Un cauce que permite canalizar la solución de diferencias generadas por el dictado de estas acordadas y el consecuente debate a su respecto, podría ser el conflicto de poderes[30]. Sin enaltecerlo, pues no brinda respuesta a todos los supuestos posibles [31]. Por otra parte, este remedio debe tener fuente en normas de la Constitución o al menos de la ley. Pero en el orden nacional no ha sido consagrado[32].

A esto se añade que la posición del Poder Judicial como litigante genera extrañeza o perplejidad.

d. En el derecho público provincial el conflicto de poderes, con esa o con otras denominaciones (v.gr. cuestiones de competencia o conflictos entre facultades y atribuciones de los poderes públicos), suele estar regulado. Se asigna al superior tribunal la jurisdicción exclusiva y originaria para juzgar estas causas. Esto es lo que prescriben los textos constitucionales de la Provincia de Buenos Aires (arts. 161 inc. 2 y 196), y los insertos en los ordenamientos de igual rango del resto de las

[30] V. al respecto la conferencia brindada en este ciclo por Miguel Berri, titulada: *Control de constitucionalidad y conflicto de poderes.*

[31] Este déficit se advierte cuando la CSJN descalifica la ley o el decreto por aspectos diferentes a la invasión en la esfera de competencias de la judicatura.

[32] La Corte Suprema echó mano a muchos casos a las cuestiones de competencia previstas en el Decreto Ley 1.285/58, pero esto no es correcto.

provincias, así como el estatuto constitucional de la Ciudad de Buenos Aires (art. 113 inc. 1).

En la Provincia de Buenos Aires ha sido promovido por órganos judiciales contra autoridades del Poder Ejecutivo[33], como por estos[34], por autoridades independientes –v.gr. la Junta Electoral[35]- o por municipios[36] contra órganos del Poder Judicial. Varios de ellos promovidos por el Fiscal de Estado [37] o el Consejo de la Magistratura[38], contra decisiones de jueces y de tribunales fueron desestimados.

***

a. Se insiste: la falta de un carril reglado específico no enerva *per se* esa alternativa, ni tiene por qué sofrenar la búsqueda de un método para reconducir la discusión sobre la juridicidad en un espacio a conformarse para esta clase de controversias.

b. A las personas se le reconoce el derecho a la acción como derivación de la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN; 8 y 25, CADH). No sucede lo mismo con los órganos estatales, cuya aptitud para accionar depende de los términos de la norma atributiva de su competencia material, el factor condicionante de su legitimación procesal. Sin embargo (y más allá de tener presente que determinadas autoridades cualificadas, pertenecientes o vinculadas al Poder Judicial, como el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, el Fiscal de Estado en varias provincias,

[33] SCBA, B. 68.599, "Tribunal de Menores Nº 1 de Trenque Lauquen", sent. de 22/10/2008.
[34] SCBA, B. 66.632, "Ministro de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 31/3/2004.
[35] SCBA, B. 68.316, "Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 29/7/2005, por mayoría y con mi disidencia.
[36] SCBA, B. 65.108, "Intendente municipal de San Isidro", sent. de 8/9/2004.
[37] SCBA, b.62.362, "Fiscal de Estado", res. de 7/3/2001.
[38] SCBA, B 68.185, "Consejo de la Magistratura", Resolución del 6/4/2005.

etc., pueden demandar contra actos de otra autoridad estatal), el derecho a demandar en defensa de las autoridades, en defensa de sus competencias o prerrogativas de base constitucional, no debería serles negado. La acción declarativa de inconstitucionalidad puede ser un sucedáneo adecuado. También la acción contencioso administrativa. Debe haber algún método para establecer espacios de solución de controversias sobre la juridicidad de las acordadas descalificatorias.

c. Algunos remedios que en su hora carecían de una regulación fueron puestos en funcionamiento por la jurisprudencia, y hoy son indiscutibles. La CSJN lo tuvo presente en los casos "Siri" y "Kot"[39] cuando «creó» el amparo. El mismo temperamento aplicó en "Halabi"[40] y así sentó las bases del proceso colectivo para la tutela de los derechos individuales homogéneos.

***

La figura bajo análisis permite abrir paso, al menos en el plano teórico o conceptual, a un escenario que presenta dos grandes alternativas.

a. La primera alternativa parte de la admisión del dictado de estas acordadas de la CSJN como medio excepcional para enervar la aplicación al Poder Judicial de una determinada norma legal o reglamentaria, por motivos de raíz constitucional. El proceso incoado tendría por objeto discutir su legitimidad. Cabe imaginarse una secuencia que se sintetiza en el esquema siguiente: i] la CSJN emite la acordada y deja sin efecto o declara inaplicable una ley; ii] la acordada es el objeto de la

[39] Fallos: Fallos: 239:459; 241:291

[40] Fallos: 332:111, Cons. 12).

pretensión impugnativa [41]; iii] el legitimado para controvertirla es el órgano emisor de la norma descalificada por la acordada (el Congreso, el Poder Ejecutivo, etc.), aunque como excepción cabría admitir la intervención de algún posible cointeresado; iv] la defensa de la juridicidad del acuerdo de la CSJN debería asumirla el representante del Poder Judicial[42]; v] de resultar necesaria la intervención de la Corte, los integrantes que hubieran firmado la acordada deberían excusarse y ser reemplazados por conjueces.

Al tiempo que reconoce en la medida descalificatoria un instrumento excepcional de autoprotección para el Poder Judicial, la secuencia establecida mantiene la posibilidad del control jurídico. El debate sobre su validez o juridicidad es garantido por medio de una vía judicial impugnatoria.

b. La otra opción se corresponde con una hipótesis inversa; sostenible, pero de escasa factibilidad. Asume un punto de partida opuesto: que la interdicción de una ley o un reglamento puedan ser descalificados por la Corte mediante un acto de superintendencia.[43] ¿Qué podría hacer entonces la CSJN? Promover el proceso impugnativo. En vez de optar por la autotutela cuasi abrogatoria de la norma podría demandar su invalidez en un proceso. El esquema de esta alternativa sería el que sigue: i] el material sometido a la revisión en el proceso es la norma o acto que avanza sobre competencias o inmunidades del Poder Judicial; ii] la pretensión debería ser deducida en representación de ese poder; iii] el demandado sería el órgano emisor de la norma objetada y eventualmente algún cointeresado; iv] si llegara a interponerse un recurso extraordinario federal debería intervenir la Corte, integrada por conjueces.

[41] Vendría a ser tan impugnable como un acto reglamentario o una decisión administrativa de alcance singular emanados del Poder Ejecutivo.

[42] En puridad, el demandado sería el Estado nacional, pero dentro de éste, el órgano emplazado sería la Corte Suprema.

[43] Al margen de un proceso judicial, sin caso, en abstracto y de oficio.

c. La factibilidad de una pretensión equivalente al conflicto de poderes ha abierto el abanico de opiniones, aunque pareciera prevalecer la negativa [44]. Sea por una alternativa o por la otra, la impugnación podría canalizarse por medio de la pretensión anulatoria o acaso acudiendo a la acción declarativa de inconstitucionalidad, como vía eventual. Pero el debate sobre estos puntos requiere de mayor profundidad y forma ineludible ser prontamente abordado.

***

En conclusión:

i. En el universo de actividades de la CSJN, las acordadas revisoras de normas de otros poderes ocupan un lugar significativo de su quehacer no jurisdiccional.
ii. Desafían la racionalidad básica del examen constitucional, pues no encajan en el esquema tradicional en materia de revisión constitucional de las normas.
iii. Por eso su uso debería ser restringido, además de estar sujeto a una instancia impugnativa.
iv. Entre tanto, el criterio a seguir debiera ser el de la más severa autorrestricción a la hora de evaluar la procedencia de su ejercicio en concreto.

[44] De la siempre autorizada opinión de Bianchi se desprende que en ausencia de reglas específicas habría que evitar el uso de cualquier opción que emule la incoación de un proceso tan peculiar como el referido. Señala este autor que el Poder Judicial a los fines de la interposición de una pretensión no puede equipararse a un particular. Entiende, en suma, que no pueden negarse a la Corte facultades de «auto preservación» ante el avance de los otros poderes y que no advierte que haya otro modo de ejercerlas que por la vía de una acordada, para concluir sosteniendo que "… no parece que la Corte pueda iniciar un proceso judicial ante un tribunal como si se tratara de un particular, ni tampoco tiene el poder de veto del Presidente… [s]u única salida institucional es acudir a sus poderes inherentes y expresarlos formalmente a través de una acordada" (BIANCHI, Alberto *¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucional por vía de acordada?*, TR LALEY AR/DOC/19085/2001).

Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

NOVIEMBRE 2022