

La presunción de inconstitucionalidad

Buteler A.



ano 15 - n. 62 | outubro/dezembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clémerson Merlin Clève (UFPR) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Yara Stroppa (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | |
| Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) | |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

La presunción de inconstitucionalidad

Alfonso Buteler

Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina) y de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina). Abogado. E-mail: <alfonsobuteler@hotmail.com>.

Resumen: La concepción tradicional del Derecho Constitucional argentino ha implicado que se presuma la constitucionalidad de leyes y demás decisiones estatales mientras no se alegue y acredite lo contrario en un pleito judicial promovido por parte interesada. Sin embargo, empieza a crecer en los últimos años la figura de la presunción de inconstitucionalidad en determinadas situaciones. El artículo analiza dicha cuestión bajo la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia argentina.

Palabras-clave: Presunción de inconstitucionalidad. Categorías sospechosas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho Constitucional. Argentina.

Sumario: I Introducción – II La presunción de inconstitucionalidad – III La carga argumentativa – IV El estándar de control en materia de categorías sospechosas – Referencias

I Introducción

La concepción tradicional del derecho constitucional argentino ha implicado desde los comienzos que se presuma la constitucionalidad de leyes¹ y demás decisiones estatales² –e incluso no estatales–³ mientras no se alegue y acredite lo contrario en un pleito judicial promovido por parte interesada. La finalidad de esa presunción no es otra que apuntalar la seguridad jurídica.⁴

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado en numerosos precedentes⁵ que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes dictadas por el Congreso Federal

¹ Cfr. SAGÜES, María Sofía, "Recurso extraordinario y gravedad institucional", AA.VV. Derecho procesal constitucional, (Pablo L. Manili, coord.), Buenos Aires, Edit. Universidad, 2005, 1ª Ed., p. 49.

² Vgr. actos administrativos, reglamentos, etc.

³ El art. 124.2 del Código Canónico establece que "Se presume válido el acto jurídico debidamente realizado en cuanto a sus elementos externos".

⁴ Véase en este sentido: AMARAL, Karina Almeida do. A conveniência de não combater certos vícios de inconstitucionalidade: análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental a partir da Lei nº 9.882/1999. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 239-263, out./dez. 2014.

⁵ Fallos, 326:417, "San Luis, Provincia de" (2003) Disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Maqueda; Fallos, 330:5032, "Cohen Arazi" (2007); Fallos, 329:5567, "Ávalos" (2007), entre muchos otros.

gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

A partir de esa plataforma conceptual, el presente trabajo tendrá por objeto el análisis de una figura que ha ido in crescendo en los últimos años: la presunción de inconstitucionalidad. Ello, a los fines de indagar sobre los alcances de la misma en el derecho público nacional.

II La presunción de inconstitucionalidad

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ofrece un numeroso catálogo de sentencias en donde el Alto Tribunal ha entendido que se presume la inconstitucionalidad de las normas, entre los que se destacan los siguientes casos: a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas; b) Normas que violentan la libertad de expresión; c) Disposiciones que imponen el pago de una deuda ajena; d) Decretos de necesidad y urgencia.

a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas

1) Origen: Las reglas de la interpretación judicial basadas en categorías sospechosas tiene su génesis en el derecho comparado a partir de lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la causa "Korematsu v. United States"⁶ en 1944. Allí, se discutió la validez constitucional de un decreto del Poder Ejecutivo, dictado poco tiempo después del ataque japonés a los Estados Unidos (Pearl Harbor), que prohibía a las personas de Japón –fueran o no ciudadanos estadounidenses– residir en la costa oeste del país norteamericano. Si bien, en esa oportunidad, la Corte resolvió que la restricción era válida, sentó un principio jurisprudencial que posteriormente fue utilizado en numerosas ocasiones según el cual: todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca.⁷

Según surge de la construcción argumental de ese precedente, la determinación de si una categoría es o no sospechosa de inconstitucionalidad es relevante para establecer cuál es el nivel de escrutinio judicial que se seguirá ante la alegación de un trato desigual.⁸

Como lo señala Alonso García, en ese sistema, "para alcanzar el fin de la norma que sea, ésta no es constitucional si el poder público no prueba que el fin que persigue la nor-

⁶ 323 U. S. 214.

⁷ GULLCO, Hernán Víctor, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino" en AA.VV., El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario (Alegre, Marcelo, coord.) Buenos Aires, LexisNexis, 2007, Volumen: u p. 253 y ss.

⁸ TREACY, Guillermo F. "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", JA 2004, IV, 603.

ma protege un interés constitucional extraordinario (compelling interest) El test deja de ser el de la mera racionalidad (rational scrutiny) para pasar a ser uno mucho más tajante (strict scrutiny) en el que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, etc. supone⁹

Desde la doctrina argentina, Treacy¹⁰ ha destacado cuáles han sido los principales argumentos empleados por el máximo tribunal de E.E.U.U. a favor del escrutinio estricto, entre los que enumera a los siguientes:

- a) La alta probabilidad de que, por la larga historia de discriminación racial en ese país, las clasificaciones raciales estén basadas en estereotipos y prejuicios;
- b) La relativa falta de poder político de las minorías raciales;
- c) La existencia de prejuicios y la historia de discriminación hacen que sea más improbable que los grupos minoritarios por su raza u origen nacional puedan valerse del proceso político para protegerse;
- d) La raza es una característica inmodificable. En virtud de ello, resulta injusto discriminar a las personas por una característica que proviene del nacimiento y no puede cambiarse.

No puede soslayarse que la calificación de sospechosa de una categoría se encuentra estrechamente ligada al contexto histórico y cultural de cada sociedad en donde tiene lugar. Así, en Estados Unidos, por lo general, se han presentado problemas con las distinciones normativas basadas en motivos raciales.¹¹ En nuestro país, en cambio, en virtud de las oleadas inmigratorias que tuvieron lugar a partir del Siglo XIX, la cuestión de la nacionalidad ha generado la mayoría de las causas judiciales en donde se discutieron la presencia de categorías sospechosas. Las dificultades interpretativas sobre estas cuestiones, se han intensificado teniendo en cuenta el texto del art. 20 de la Constitución Nacional¹² que establece una equiparación entre nacionales y extranjeros en el goce de los “derechos civiles”.¹³

2) ¿Qué categorías son sospechosas?

⁹ ALONSO GARCIA, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública española*, N° 100, 1983, p. 72.

¹⁰ TREACY, G., op. cit.

¹¹ Sobre el tema puede verse: Cfr. BIANCHI, Alberto, *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008. T. II.

¹² Esa norma dispone que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer la industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes”.

¹³ Un enfoque distinto diferente sobre la temática puede verse en el voto del juez Lozano en la causa “Asociación de Derechos Civiles” (TSJ, C.A.B.A., 31/03/2005) en donde interpretó restrictivamente la expresión “derechos civiles” contenida en el art. 20 de la C.N. concluyendo que la voluntad del constituyente fue asegurar a los extranjeros un tratamiento legislativo igualitario para los bienes que introdujeran al país, pero no garantizar el acceso a los recursos nacionales (Cfr. CLÉRICO, María Laura y SCHVARTZMAN, Sebastián, “Repetto re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros” *La Ley* 2005-F, 29).

Sobre el tema puede verse: (GARAY, Alberto, F., “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas”, *La Ley*, 1989-B, 931).

Destacado el origen de esa noción cabe ahora indagar sobre qué categorías deben ser catalogadas como sospechosas. María Angélica Gelli pone de resalto que existen elementos tales como la raza, el sexo, la nacionalidad, la edad, que poseen una fuerte presunción de discriminación arbitraria¹⁴ y que, por ello, deben ser consideradas sospechosas.

Los instrumentos internacionales que detentan jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la C.N. contienen regulaciones específicas sobre la materia que nos aportan mayor claridad sobre el asunto. Tanto el Pacto de San José de Costa Rica (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26) contienen disposiciones que regulan la temática de las categorías sospechosas al vedar todo tipo de discriminación basada en motivos de raza, religión, sexo, color, idioma, origen nacional, posición económica, etc.¹⁵

Ya desde el derecho comparado, la Ley Fundamental de Alemania en su art. 3º luego de consagrar el derecho a la igualdad expresa que “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 11 dispone que “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.”

3) Jurisprudencia de la CSJN

Nacionalidad. El primer caso en donde parece haberse discutido la violación del derecho a la igualdad por motivos de nacionalidad tuvo lugar en la causa “Radulescu”¹⁶ resuelta en el año 1974, aunque allí no se hizo referencia a las categorías sospechosas. En ese caso se cuestionaba el acto administrativo que basándose en el Reglamento de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos Pasos y Canales por medio del cual se requería ser argentino, nativo o por opción como condición para obtener el título de práctico oficial había denegado esa posibilidad.

En esa oportunidad, el Alto Tribunal desestimó la pretensión del actor pues consideró que el servicio de practicaje tenía por objeto preservar a la navegación de daños y

¹⁴ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 257.

¹⁵ Para un análisis en Brasil: GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração: democracia e MERCOSUL: a construção de uma tese. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

¹⁶ Fallos 290:83 (1974).

riesgos e interesaba definitivamente a la seguridad nacional. A partir de ello, concluyó que la exigencia de ser argentino nativo o por opción para obtener el título de práctico oficial de puerto “no resulta arbitraria o irrazonable, aunque su fundamento sea opinable”.

Varios años después, más precisamente en el año 1988, el Alto Tribunal al sentenciar “Repetto”¹⁷ y, especialmente el voto de los jueces Petracchi y Bacque, introdujo definitivamente el tema de las categorías sospechosas. En el caso, la actora accionó en contra de la Provincia de Buenos Aires a los fines de que se declarara inconstitucional una disposición reglamentaria que le impedía desempeñarse como maestra jardinera en virtud de que no poseía la nacionalidad argentina sino estadounidense aunque, cabe destacar, que la demandante residía en el país desde los tres años de edad.

La Corte Suprema Nacional al resolver, declaró la inconstitucionalidad del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, que imponía el requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada.

Los jueces autores del voto concurrente, entendieron que por aplicación del art. 20 de la C.N., toda distinción entre nacionales extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se hallaba afectado por una presunción de inconstitucionalidad. Además, apuntaron que en esos casos quien pretendiera acreditar la legitimidad de tal tipo de preceptos debía demostrar la existencia de un “intereses estatal urgente” y que la medida era “razonable”.

El mismo criterio mantuvo luego en la causa “Calvo y Pesini”¹⁸ en donde se discutía por vía de acción de amparo la constitucionalidad de una norma que impedía a los extranjeros desempeñarse en el servicio de salud de un hospital público. Allí, el Alto Tribunal –ya por mayoría– entendió que resultaba atinado exigir una “justificación suficiente de la restricción”, extremo que no había sido satisfecho por la demandada en el caso ya que su contestación de demanda había estado orientada a efectuar una defensa dogmática de su postura ya que no había acreditado la razonabilidad de su medida o el interés estatal que la ampare.

Lógicamente, que la Corte a partir del bagaje histórico y cultural que presenta el art. 20 de la CN ha entendido que el patrón de nacionalidad como criterio normativo de distinción es considerado como merecedor de desconfianza y por tal motivo, está sujeto a un escrutinio judicial más estricto que el que se aplica a otras categorías no mencionadas explícitamente en dichos textos, es decir, mas estricto que el criterio de la razonabilidad.¹⁹

Mas recientemente, en autos “Hooft”²⁰ en donde el actor –quien había nacido en el extranjero pero se había naturalizado como argentino– el Alto Tribunal opinó que ante el

¹⁷ Fallos, 311:2272 (1988).

¹⁸ Fallos 321:194 (1998).

¹⁹ Cfr. BIANCHI, Enrique T. y GULLCO, Hernán B., La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente, JA 2001, I, 1241.

²⁰ Fallos, 327:5118 (2004).

contenido de algunas cláusulas de instrumentos internacionales que ostentan jerarquía constitucional, el art. 177 de la Constitución de Buenos Aires que excluye para el ingreso a determinados cargos públicos a las personas naturalizadas se presentaba afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser levantada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la amerite y exigir una “justificación suficiente de la restricción”.

A esos efectos, apuntó que el Estado debía demostrar los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, señaló que deben ser sustanciales y no basta con que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, entendió que es insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que debe juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.²¹

Dos años después resolvió el caso “Gottschau”.²² Allí, la actora, de nacionalidad alemana, se inscribió en un concurso convocado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para un cargo de secretaria judicial. Al ser desestimada su inscripción por no cumplir el recaudo de nacionalidad argentina, dedujo un recurso administrativo, que fue rechazado.

Arribado el pleito a la Corte Suprema Nacional ésta entendió remitiendo a “Hoof” que el criterio de la razonabilidad solo funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad pero resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa, ya que, en estos casos, se requiere aplicar un escrutinio más severo. Es por ello que sostuvo la inversión del onus probandi y que el Estado debía acreditar la substancialidad de los fines y que no existían de otras alternativas menos restrictivas.

Luego, en “R. A., D.”,²³ en donde la actora de nacionalidad boliviana a quien se le había denegado una pensión por invalidez por no cumplir con el recaudo normativo de residencia continua durante 20 años el cimero tribunal opinó que la contradicción directa con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional, obligaba a considerar a la categorización realizada por el decreto 432/97 como sospechosa de discriminación y a hacer pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad.

Más recientemente, in re “Mantecón Valdés”²⁴ en el cual una persona cuestionaba por vía de amparo el acto administrativo por medio del cual se desestimó su solicitud de participación en un concurso convocado para el cargo de bibliotecario de la C.S.J.N. por

²¹ Considerando 6°.

²² Fallos, 329:2986 (2006).

²³ Fallos, 330:3853, voto de los jueces Petracchi y Argibay.

²⁴ Fallos, 331:1715 (2008).

ser de nacionalidad cubana cuando la reglamentación exigía ser argentino, se declaró la invalidez del acto administrativo y la inconstitucionalidad del reglamento que le dio base a esa decisión.

Sexo. Esta categoría sospechosa también ha motivado el dictado de sentencias por el Alto Tribunal. Así, en "González de Delgado"²⁵ donde se atacaba una decisión de la Universidad de Córdoba por medio de la cual se había transformado al Colegio Nacional de Monserrat en mixto, algunos jueces del cimero tribunal invocaron la existencia de una "categoría sospechosa" al discutir la validez constitucional de una práctica que impedía el ingreso de mujeres a dicha escuela.

Edad. En causa la causa "Arguello"²⁶ en la que se cuestionaba el límite de sesenta y cinco años para el desempeño en la docencia universitaria la Corte entendió que tal restricción era constitucional ya que no implicaba una violación al derecho a la igualdad. Esta tesis ha sido objeto de críticas por Badeni quien sostiene que en ese caso se avala una discriminación arbitraria en función de la edad que se halla desprovista de toda razonabilidad científica.²⁷

Asimismo, en la causa "Franco"²⁸ en la cual una escribana puso en tela de juicio la norma que le impedía el ejercicio de la profesión notarial luego de los setenta y cinco años, la el Alto Tribunal entendió que esa norma resultaba contraria a la Carta Magna.

b) Normas que violentan la libertad de expresión

Cabe destacar, que en "Verbitsky"²⁹ al cuestionarse la prohibición judicial de publicar una solicitada en varios periódicos del país, en su voto disidente el juez Fayt, si bien no hizo referencia a una categoría sospechosa señaló que debía reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tenía una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Posteriormente, en la causa "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias"³⁰ en la cual se discutía los alcances de la censura previa se señaló que toda restricción previa sobre una determinada expresión adolece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad

c) Normas que imponen el pago de una deuda ajena

Tanto al dictar sentencia en "Rodríguez"³¹ como en "Escudero"³² el Alto Tribunal sostuvo que toda norma o interpretación que obligue al pago de una deuda en principio ajena, adolece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad por agraviar la intangibi-

²⁵ Fallos 323:2659 (2000).

²⁶ Fallos, 327:5002 (2004).

²⁷ BADENI, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2010, 3ª ed. act. y ampl., T., I, p. 701.

²⁸ Fallos, 325:2968 (2002).

²⁹ Fallos, 312:916 (1989).

³⁰ Fallos, 324:975 (2001), voto disidente del juez Petracchi.

³¹ Fallos, 316:713 (1993).

³² Fallos, 323, 2552 (2000).

lidad del patrimonio con base en el art. 17 de la Ley Fundamental.

d) Decretos de necesidad y urgencia³³

A partir de lo decidido recientemente por la jueza Argibay en las causas “Consumidores Argentinos”³⁴ y “Aceval Pollacchi”³⁵ ha surgido un nuevo supuesto de presunción de inconstitucionalidad. Es que dicha magistrada entiende que en virtud de la prohibición prevista por el art. 99 inciso 3º de la C.N. a los fines de la utilización de facultades legislativas, el dictado de un DNU por parte del Presidente se presume inconstitucional hasta tanto se acredite el cumplimiento de los estándares previstos en esa cláusula constitucional.

III La carga argumentativa

Como hemos visto hasta aquí, una de las principales consecuencias que se derivan de la presunción de inconstitucionalidad para la Corte Nacional es que frente a la presencia de las categorías sospechosas en una norma se traslada al Estado demandado el onus probandi.

A nuestro modo de ver esa exigencia resulta incorrecta al menos desde un plano apriorístico, pues en la mayoría de los supuestos en donde se enjuicien disposiciones que contengan categorías sospechosas, estaremos en presencia de asuntos de puro derecho en donde no debe desplegarse material probatorio alguno. En esos casos, creemos que lo que se traslada a la autoridad pública es la responsabilidad de justificar constitucionalmente la normativa bajo análisis.³⁶

Debe tenerse presente, asimismo, que de acuerdo a la construcción teórica de los fallos reseñados, es la demandada quien debe argumentar sobre los siguientes aspectos:

- 1) Que la regulación que hace la diferenciación persigue fines sustanciales;
- 2) Que los medios elegidos promueven efectivamente esos fines; y
- 3) Que no existen medios alternativos menos gravosos para el interesado para alcanzar los fines.

IV El estándar de control en materia de categorías sospechosas

Tal como lo hemos resaltado, en los supuestos de categorías sospechosas se entiende que el escrutinio judicial debe ser más estricto que cuando la norma que se enjuicia se presume legítima, ya que en este último supuesto basta con verificar la razonabilidad de

³³ En adelante DNU.

³⁴ Fallos: 333:633, “Consumidores Argentinos” (2010).

³⁵ C.S.J.N., 28/06/11, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”.

³⁶ Cfr. GARAY, Alberto, F., “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas”, La Ley, 1989-B, 931.

la decisión. Aquella modalidad, entonces, exige la verificación en el caso concreto de que no haya existido para el Estado –en sus diversas variantes– la posibilidad de adoptar una medida menos lesiva o gravosa para los derechos del afectado y, que tal decisión, haya sido necesaria para lograr la referida finalidad.

En nuestra opinión, la exigencia pretoriana de que no existan para el Estado medios menos gravosos no hace más que consagrar el control de proporcionalidad en sentido estricto; mecanismo utilizado principalmente en Europa y que se halla compuesta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.³⁷

Como puede verse, en estos casos, la Corte Suprema hace aplicación de dos mecanismos que pertenecen a sistemas distintos. Por un lado, toma el tema del control estricto de constitucionalidad frente a una categoría sospechosa de la jurisprudencia de E.E.U.U., tal como los hizo en los casos “Repetto” y “Calvo” y, por el otro, le agrega del sistema Europeo de control de proporcionalidad a partir del caso “Hooft”. Al tratarse de dos sistemas de control de constitucionalidad distintos –ya que uno es difuso y el otro concentrado– las dos herramientas de control pueden presentarse, en muchos casos, como incompatibles. En nuestra opinión, o se aplica el sistema de control estricto o de proporcionalidad europeo. Es que si le damos el juez la herramienta de control estricto y además la de proporcionalidad, el escrutinio judicial puede ser en muchos casos demasiado invasivo y, por ende, violentar el equilibrio de poderes que debe existir entre en las diversas esferas que componen el Estado.

The Presumption of Unconstitutionality

Abstract: The traditional conception of the Argentine Constitutional Law implies that it is meant to presume the constitutionality of laws and other state decisions while some interested party do not claim and prove its unconstitutionality in a lawsuit. However, it begins to grow in recent years the figure of the presumption of unconstitutionality in certain situations. The article discusses the issue from the perspective of doctrine and jurisprudence in Argentina.

Key words: Presumption of unconstitutionality. Suspicious categories. Supreme Court of Justice of the Nation. Constitutional Law. Argentina.

Referencias

³⁷ Cfr. ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, L.L., 9/10/08, p. 2/3. Entre nosotros, este patrón de control ha sido concebido como una variante de la razonabilidad que evidencia mayor estrictez que la mera fiscalización de adecuación que normalmente ha sido denominada como un control de razonabilidad. Puesto que con dicho estándar se evalúa que entre el contenido del acto y su finalidad exista relación de proporcionalidad verificando, de este modo, que el medio elegido por la autoridad de la que emana la decisión no exceda al fin público perseguido con su dictado y por supuesto, que no vulnere derechos y garantías constitucionales.

- ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", L.L., 9/10/08, p. 1.
- ALONSO GARCIA, Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública española*, Nº 100, 1983, p. 72.
- AMARAL, Karina Almeida do. A conveniência de não combater certos vícios de inconstitucionalidade: análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental a partir da Lei nº 9.882/1999. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 239-263, out./dez. 2014.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, 3ª ed. act. y ampl., T., I, p. 701.
- BIANCHI, Alberto, *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008. T. II.
- BIANCHI, Enrique T. y GULLCO, Hernán B., La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente, *JA* 2001, I, 1241.
- CLÉRICO, María Laura y SCHVARTZMAN, Sebastián, "Repetto re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros", *La Ley* 2005-F, 29).
- GULLCO, Hernán Víctor, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino" en AA.VV., *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Alegre, Marcelo, coord.) Buenos Aires, LexisNexis, 2007, Volumen: u p. 253 y ss.
- GARAY, Alberto, F., "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", *La Ley*, 1989-B, 931.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 2ª edición ampliada y actualizada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 257.
- GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração: democracia e MERCOSUL: a construção de uma tese. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.
- SAGÜES, María Sofía, "Recurso extraordinario y gravedad institucional", AA.VV. *Derecho procesal constitucional*, (Pablo L. Manili, coord.), Buenos Aires, Edit. Universidad, 2005, 1ª Ed., p. 49.
- TREACY, Guillermo F. "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", *JA* 2004, IV, 603.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BUTELER, Alfonso. La presunción de inconstitucionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 33-43, out./dez. 2015.

Recebido em: 13.05.2015

Aprovado em: 28.07.2015

