



**UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21**

**Trabajo Final de Graduación
Luis Fernando Lamas Alemán
“Control de Constitucionalidad”
Año 2018
Abogacía**

**Directores de TFG
Profesor: Manuel Malbrán**

Dedico este trabajo a quienes confiaron en mí.
A quienes creyeron que era un abogado en potencia y a quienes
no creen que se puede ser mejor un poquito cada día. Todo se
puede, si se cree poder.

Resumen

El control de constitucionalidad fue instituido como una de las bases fundantes del Estado de Derecho. A pesar de los límites que se la han impuesto y las resistencias, tanto políticas como jurídicas, y sin estar expresamente contemplado, ha subsistido hasta nuestros días, como poder implícito de los Jueces.

Junto a la división de poderes, conforman el epítome de la democracia y garantizan su pleno funcionamiento en cuanto a la racionalidad de las decisiones de los poderes públicos y al goce de los derechos fundamentales de todas las personas amparadas por este régimen de libertad.

Es el guardián del cumplimiento de la gigantesca carga axiológica que nuestra Constitución manda a cumplir para el desarrollo de una sociedad justa, equitativa y razonable. Así las cosas, investimos este control como garantía del éxito de una democracia anhelada, depositamos en y a través de él, nuestra fe y compromiso para fortalecerla, porque hasta ahora parece nugatoria y quimérica, resistida y manipulada por ciertos poderes que se pretenden absolutos y perfectos.

Abstract

The judicial review as established as one of the government's rules of law. Despite the political and judicial limits and legal resistance imposed; and without being expressly contemplated, it has remained thus far as the implicit power of the judges.

Together with the separation of powers, it constitutes the epitome of democracy and provides warranty of its proper functioning regarding the rationality of the public powers' decisions. Moreover, it also seeks to ensure full possession of persons' fundamental rights that are legally protected by this regime of liberty.

The judicial review is considered the guardian of the gigantic axiological load that our constitution looks to enforce in order to achieve the development of a just society, equitable and reasonable. In light of the above, we grant this control as a successful warranty of the democracy we long for; we place our trust and commitment in and through it in order to strengthen our democratic system, since so far it look worthless and chimerical, resisted and manipulated by certain powers which pretend to be absolute and perfect.

- *¿Crees tú que un pintor es menos hábil si después de pintar el más hermoso modelo de hombre que pueda verse y de haber dado a cada uno de sus rasgos la mayor perfección, no es capaz de demostrar que pueda existir un hombre semejante?*
 - *No, ¡por Zeus!, no lo creo – contestó.*
- *¿Pues qué? ¿No podremos decir nosotros que también estábamos creando, en la conversación, el modelo de la ciudad buena?*
 - *Si, por cierto.*
- *¿Y pierde su valor lo que decimos si no podemos demostrar que sea posible establecer una ciudad como el modelo?*
 - *De ninguna manera – contestó.*
- *Tal es, pues, la verdad –dije-, pero si quieres que, por complacerte, te muestre cómo y hasta qué punto puede realizarse una ciudad semejante, deberás hacerme algunas concesiones.*
 - *¿Cuáles?*
- *¿Es posible llevar algo a la práctica tal y como se lo describe, o no está en la naturaleza de las cosas que la ejecución se acerque menos a la verdad que la descripción aunque algunos no lo crean? En lo que a ti respecta, ¿estás o no de acuerdo con ello?*
 - *Estoy de acuerdo –dijo.*
- *Así, pues, no me exijas que demuestre la necesidad de que las cosas sucedan en la práctica exactamente como las expusimos de palabra, pero si llegamos a ser capaces de encontrar cómo puede ser organizada una ciudad de la manera más parecida a la que describimos, confiesa que habremos descubierto que era posible realizar lo que tú pretendías ¿o no te bastará un resultado semejante? En lo que a mí respecta me dejaría contento.*
 - *A mí también –afirmó.*

Pág 372, 472d – 473ª diálogo entre Sócrates y Glaucón. Libro V, Platón República. Ed. Losada.

Índice

Introducción.

Capítulo I: Introducción. Consideraciones y algunos conceptos.

1. Introducción.
2. Origen y concepto de control.
3. Antecedentes históricos. Breve reseña.
4. Antecedentes jurídicos.
 - 4.1. Bonham Case.
 - 4.2. Marbury v. Madison.
5. Críticas y algunas consideraciones realistas.

Capítulo II: Cara a cara con el Control de Constitucionalidad.

1. Sistemas y modelos.
2. El modelo Estadounidense. Control difuso.
 - 2.1. Reglas de Marshall.
 - 2.2. Reglas de Cooley.
 - 2.3. Reglas de Brandeis.
3. Modelo Kelseniano. Control concentrado.
4. Argentina, Constitución y control.
5. Argentina, Constitución de 1994 y control compartido.

Capítulo III: Control. Diferentes especies y perspectivas. Génesis de herramientas de control.

1. El Poder Constituyente Material.
2. Amparo.
 - 2.1. Reforma de 1994. Examen de ingreso a la legislación del amparo constitucional.
3. Recurso Extraordinario Federal. Ley 48. ¿Inconstitucionalidad por vetustez?
4. Control de oficio.
5. Iura Novit Curiae.

Capítulo IV: Inconstitucionalidad como regla, Constitucionalidad como excepción:

La administración que todo lo devora

1. Introducción.
2. Órdenes jurídicos del sistema argentino.
 - 2.1. La máquina de sancionar leyes.
3. De garantías y de olvidos.
 - 3.1. La tutela judicial efectiva como garantía.
 - 3.2. El principio de razonabilidad.
 - 3.2.1. Antecedentes.
 - 3.2.2. Su regulación en Argentina.
 - 3.2.3. Desarrollo jurisprudencial.
 - 3.2.3. Administrando razonabilidad: la mayor de las incongruencias.
4. Breve reseña de cómo nació un monstruo.
 - 4.1. La contraparte: algunos hijos predilectos de la administración.
 - 4.2. Ejecución de sentencias contra el Estado.

- 4.3. Ley 26.854. Medidas cautelares.
- 5. Peligrosos sin delito: el disfraz perfecto para el abuso administrativo.

Conclusiones finales.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El “Control de Constitucionalidad” y su funcionamiento. Cuánto hay de expectativa y cuánto de realidad al hablar del mismo, tema soslayado y dejado residualmente para poner fin a un dilatadísimo proceso, con muchos filtros en el medio para poder concretar su ejecución.

Analizaremos las diferentes especies de control y sus elementos, sobre todo los efectos que se le atribuyen a cada uno, como corolario de dicho control, constatar en lo posible, si estos “efectos” se adecuan al panorama que nos plantea el texto Constitucional.

Se aprecia con mucha evidencia lo desactualizado del mismo, en cualquiera de sus especies. Un instituto preponderante que legitima todo un sistema jurídico, es a la vez, muy resistido; por ello, no es de menor importancia lo que se pretende contextualizar en este trabajo.

Hay nuevas leyes cada día, y hasta se inventan o aparecen nuevos derechos que precisan garantías de goce y validez de los mismos en tiempo real, ya que una sociedad cada vez más acostumbrada a la inmediatez, reclama respuestas en presente, que sean justas y concuerden con toda la teoría constitucional y convencional.

No menos importante, será precisar a sus principales detractores, personificados bajo la forma de otros poderes públicos. Un lego pensará que la oposición será representada por abusivos de las más diversas clases, pero no, enarbolan la bandera de la resistencia los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Describiremos la relación existente entre ellos, y la que deberían llevar adelante.

A través de los capítulos del trabajo, transitaremos el marco histórico de cómo se fue desarrollando y que circunstancias se merituaron para darle forma a este instituto. Su cuna europea, su recepción en Norteamérica y finalmente su llegada a Argentina.

En el segundo capítulo se describirán las diferentes formas de ponerlo en marcha, se presentarán a su tiempo, el control difuso y el control concentrado. También la forma en que, a través del tiempo, estas reglas han dejado de ser tan rígidas y se han ido complementando, inclusive por la actuación de otros poderes y órganos del Estado.

El tercer capítulo enuncia diferentes herramientas jurídicas que sirven para ejercer control de constitucionalidad en tiempo y forma. Se hace hincapié, sobretodo en la facultad de los Jueces de poder expedirse de oficio sobre el tema, tema que ha generado siempre

rispideces que han atentado y lo siguen haciendo, contra un desarrollo pleno de la democracia y sobretodo la libertad de este tercer poder, siempre discutido.

El cuarto capítulo, cierra este trabajo de una manera crítica. Describe el funcionamiento de la Administración, a través de sus diferentes órganos. La forma en que la misma ha sabido esquivar su relación con la justicia, en nombre de un Estado pleno. Este capítulo enuncia y hasta subraya la gran capacidad de eludir la mirada correctiva jurisdiccional en el ámbito propio administrativo. Se hace notar el gran talento de inventar delitos, contravenciones y faltas para violar garantías en nombre del Estado, del Bien Común, del Nacionalismo. Este capítulo nos muestra la realidad salvaje en la que vivimos, para nada pionera de buenas costumbres, gestos o estilos, donde tanto unos como otros, somos cómplices, omitimos y silenciemos las injusticias, las arbitrariedades, los abusos de derecho, pero pretendemos ser reconocidos como ejemplo sociológico.

HIPÓTESIS

El Control de Constitucionalidad no debiera escapar a los avances de una sociedad y un sistema que constantemente está mutando. Sabido es que los cambios, traen nuevas realidades y con ellas, problemas congénitos a las mismas que dejan obsoletos algunos recursos de antaño.

Es posible que empezando a sentar precedentes y descartar leyes, decretos u ordenanzas al estilo americano de la “dead law”, y un Control de oficio por parte del poder judicial, todo en sinergia, nos llevaría al avance necesario en materia Constitucional. La labor doctrinaria y jurisprudencial han sentado las bases del mismo, y ahí ha quedado su desarrollo, mientras que por un lado tenemos problemas jurídicos y leyes nuevas a diario, por el otro contamos con un control que se ha desenvuelto hasta cierto grado y ahí quedó, sin poder nunca alcanzar los problemas en tiempo real, en efecto, esto no describe sólo el proceso del Control de Constitucionalidad, sino al Poder Judicial mismo.

OBJETIVOS.

Objetivo general

- Reconstruir el actual modelo de control de constitucionalidad argentino, y determinar si es efectivo como contralor y filtro de la hipertrofia legislativa en pos de salvaguardar la supremacía constitucional.

Objetivos específicos.

- Establecer el concepto de Control de Constitucionalidad.
- Describir los diferentes modelos y sistemas a lo largo de la historia del proceso de formación del Control Constitucional.
- Comprender las diferencias entre el modelo europeo y el anglosajón, comparándolos a su vez con nuestro sistema de control.
- Analizar pormenorizadamente antecedentes, -“leading cases”-, que han sido importantes para la aplicación práctica del dicho Control a lo largo de la historia.
- Describir antecedentes históricos, jurídicos, ideológicos y políticos.
- Establecer los elementos necesarios para que el Control proceda en nuestro país.
- Determinar si nuestro modelo de Control necesita un cambio acorde a la realidad y avance de la sociedad moderna.
- Características de un modelo de control de oficio, Principio *Iura novit curiae*.
- Establecer la necesidad de un control judicial de oficio

- Determinar cuán relevante es este control en las denominadas “cuestiones políticas no judiciales”.
- Describir la problemática de la minimización de garantías cuando el poder sancionatorio lo ejercen órganos municipales.
- Examinar situaciones donde el Control es absolutamente necesario y sin embargo no procede.
- Analizar cuánto poder discrecional puede detentar el Estado sin un Control adecuado de oficio.
- Establecer el alcance del control judicial de la discrecionalidad administrativa y la renuencia de esta para ello.

MARCO METODOLÓGICO.

Tipo de estudio

El tipo de estudio que utilizaremos en el presente trabajo es descriptivo, pues se pretende analizar un tema jurídico en particular, el tema Control de Constitucionalidad si bien es antiquísimo, sigue dejando dudas y se muestra en nuestro sistema, timorato y fugitivo. El tipo descriptivo, se verá entremezclado también con el tipo jurídico-propositivo, porque se evaluarán fallas del sistema y de las normas y se propondrán humildemente, posibles soluciones y correcciones a tales dilemas.¹

¹ Dávila, Johnny Antonio, “Lineamientos para una investigación jurídica”.
www.ventanalegal.com/estudiantado página web consultada en marzo 2007.

Los estudios descriptivos son útiles para mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto o situación. En esta clase de estudios el investigador debe ser capaz de definir, o al menos visualizar, qué se medirá (qué conceptos, variables componentes, etc.) y sobre qué o quiénes se recolectarán los datos (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, Quinta edición).

Capítulo 1

Introducción, consideraciones y algunos conceptos

Introducción.

Resulta complejo identificar en la realidad y describir claramente conceptos tales como: derechos fundamentales, valores constitucionales, garantías de goce y demás abstracciones elevadas. Probablemente sea una tarea tan ardua como la que se encontró San Agustín de Hipona al tratar de definir ¿Qué es el tiempo? idea importante también en nuestra investigación.

Decía San Agustín: “Pues, ¿qué cosa es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, yo lo sé para entenderlo; pero si quiero explicarlo a quien me lo pregunte, no lo sé para explicarlo.” (Carpio, 2004, pág. 50).

Jurídicamente nos pasa lo mismo al intentar describir y delimitar de manera abstracta, acciones y modos de ser que se visten y a primera vista se los reconoce como derechos fundamentales para nuestra realización como personas libres, tal vez más complejo aún, desarrollar causas adjetivos para garantizarlos.

Es complejo definir y etiquetar todo lo que hacemos, sobretodo qué derechos tenemos y cuáles no, pero de cierta manera lo hacemos, podemos también casuísticamente describir garantías que los protegen, y hasta digitar reglamentos para su ejercicio. Es así que tenemos variedad de definiciones jurídicas para entender nuestra existencia intersubjetiva, con semejantes y con los poderes constituídos.

La cosa cambia, y las definiciones se empiezan a volver borrosas, cuando se intenta apreciar toda esta teoría perfecta en el ámbito sensible. Así las cosas, nuestros derechos no son tan fundamentales cuando los ejercitamos en el plano cotidiano con demás individuos, y necesitamos de repente, una justicia efectiva que legitime unos, y deseche otros. Dentro de un sistema que fagocita las buenas prácticas y los deberes éticos y morales, esta se vuelve en sí, una tarea colosal.

Esta justicia, ejercida por hombres y no por ideas, necesita herramientas eficaces, procesos rápidos y equitativos, un ordenamiento jurídico respetable, sopesado y con prelación normativa coherentes, en síntesis, necesita todo hecho a la medida de nuestra vanidad e improbidad.

Nuestra justicia vive dentro de una sociedad que cambia. Avanza hacia escenarios nuevos, -aunque muchas veces pareciera que retrocede-, impensados siempre, utópicos algunos y distópicos otros. Con esa mutación constante, se generan nuevos conflictos y derechos. La cuestión es evitar que estos nuevos derechos, sembrados siempre en el recipiente de los derechos fundamentales, choquen indirectamente con estos, o sobrepasen su alcance, generando contradicciones. Para eso, y en paralelo también las herramientas jurídicas deben estar actualizadas y ser efectivas.

En esta línea de pensamiento, debiera abonar en su plenitud un control que mida con la misma vara leyes, decretos, ordenanzas, actos administrativos y demás para mantener el equilibrio de la Pirámide Constitucional, y afianzar el Bloque Federal de Constitucionalidad, de lo contrario, si esto no sucede, todo este sistema jurídico, de frenos y contrapesos, de principios, de valores y virtudes democráticas es sólo una entelequia para entretener lectores ávidos de ciencia ficción, situados en un Tribunal como escenario, donde las chicanas y la demagogia tienen el papel principal, y la ley, un rol secundario.

Origen y concepto de Control.

Los procesos revolucionarios, cuando son legítimos, dejan consecuencias que son beneficiosas para la posteridad en la gran mayoría de los casos, por cierto, es tradicional que las cosas alguna vez, cambien. Es así, que el control de constitucionalidad nació para contradecir el modelo de soberanía parlamentaria inglesa. Limitando el poder del Parlamento y dándole atribuciones del control de éste al poder Judicial, si bien se quedó con el common law inglés, redefinió la forma de qué órgano sentaría tales precedentes (stare decisis).

Como toda novedad, fue resistido en un primer momento, pero es aquí donde uno creería que la sociedad era reacia a su utilidad, pero se deja entrever que tanto el poder Ejecutivo como el Legislativo fueron. -y siguen siendo-, los incómodos.

A menudo se afirma que la judicial review se originó con la revolución de 1800, hay quienes también sitúan el nacimiento de la misma junto a la Constitución federal de 1787. Sobre lo que no cabe duda alguna, es que el nacimiento de todo evento importante viene supeditado históricamente a momentos difíciles, que de alguna manera abonan el campo para que comience el florecimiento de un cambio. Independientemente de la mirada con que se aprecie el valor de una Constitución escrita o la conformidad que tenga todo el ordenamiento con ella, ya sea que se supedite su creación a hechos históricos, racionales, o sociológicos, o a todos ellos sinérgicamente, el ánimo de su creación es que se mantenga perenne para todos los tiempos y épocas venideras. Lo cierto es que ante una realidad convulsionada, luego de la independencia de Inglaterra, las clases sociales americanas quedaron devastadas, había un nuevo contexto social que exigía un nuevo orden, que atempere las situaciones de todos, quienes comerciaban con Inglaterra, y quienes contrataban con dichos comerciantes americanos (Amaya, 2017, pág.2).

Esta situación no podía dejar de lado a los poderes de turno, que intervinieron, sobretodo el legislativo, en el dictado de medidas que beneficien de algún modo a los sectores menos favorecidos, generando así reacciones de todo tipo de la clase dirigente, tildando a las legislaturas como tiránicas.

Es en esta etapa donde convergen necesariamente trabajos de pensadores y filósofos de la más variada índole, para legitimar las posturas y crear un sistema jurídico equilibrado.

Hamilton, ex secretario de Washington, fue quién tomó la decisión de escribir artículos para explicar y apoyar el nuevo sistema gubernamental establecido por la Constitución. Nace así, el Federalista, artículos escritos entre 1787 y 1788, publicados bajo el seudónimo de Publius dirigidos al pueblo de New York para que ratifiquen esta nueva construcción. Se encuentran en estos documentos (ochenta y cinco) los más variados razonamientos, desde Locke, Montesquieu y Hobbes en las plumas de Hamilton, Jay y Madison.

Era necesario argumentar a favor del nuevo sistema, porque en política se creía que existían pocos principios que no podían ser percibidos por la totalidad de la ciudadanía. (Gargarella, 2011, pág 44)

A pesar de lo clasista del pensamiento, y haciendo una concesión a la subclasificación de verdad y “verdades políticas”, se fundamentaba esta separación con argumentos de Locke sobre las verdades primarias. Locke afirmaba que existían verdades primarias sobre derechos naturales, estas verdades, aunque autoevidentes, no podían ser percibidas por todos., la mayoría del pueblo se encontraba incapacitada para detectar tales principios debido a factores de diversos, ya sea por falta de tiempo para reflexionar, o la falta de capacidad de razonamiento (Gargarella, 2011.)

De esta guisa de argumentos filosóficos sobre las verdades de un gobierno, habría que preguntarse a quiénes les corresponde enseñar y mostrar el camino hacia esas verdades primarias, ¿a los políticos, a los jueces, o a los maestros?

En las páginas del Federalista, enumeran estos escritores, conceptos como primeros principios, valores, la necesidad de establecer impuestos a favor del gobierno nacional, se insta a la unidad, describen como la pasión prima sobre la razón, cuanto más son los integrantes de las asambleas, entre otros temas; así es como se comienza a perfilar o se pretende teorizar sobre la dicotomía entre mayorías y minorías, conceptos de alto contenido político, a la vez muy importantes en este trabajo y que claramente, hasta el día de hoy parecen no haber cesado las disquisiciones entre ellos, pues somos herederos de la más amplia casta de demagogos en todos los estratos.

Al respecto dice Madison:

Denle todo el poder a la mayoría (the many), y ellas oprimirán a las minorías (the few). Denle todo el poder a las minorías (the few), y ellas oprimirán a las mayorías (the many). Ambas partes, entonces, deben contar con el suficiente poder, que les permita a cada una defenderse contra la otra (Gargarella, 2011, pág. 36).

Para balancear estos grupos, -mayorías y minorías-, y que su poder participativo sea igualitario, se utiliza el sistema de “frenos y contrapesos” de Montesquieu, vaciado en la realidad de Estados Unidos a través de los aportes de John Adams.

Como indica Gargarella (2011) Este sistema estuvo orientado a establecer diferentes áreas de poder, con la capacidad de poder controlarse mutuamente. De esta manera se explican el veto presidencial, los vetos de las Cámaras, el Control judicial de leyes.

En este orden de cosas, lo necesario era limitar el Legislativo, enaltecer a la Constitución como norma suprema, y la posibilidad de controlar la hipertrofia legislativa, y sobretodo que esté a cargo de un tercer poder: el Judicial.

La Constitución Norteamericana, sienta así las bases de selección y nombramiento de jueces, la conservación de sus puestos mientras observen buena conducta, el tiempo que durarán en sus cargos, causales para su remoción, ítems que pretenden aportar la autonomía de estos funcionarios, para que su actividad autónoma y ecuánime sea garantizada.

Con atino, Hamilton observa:

Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes.

El judicial, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento (El federalista, versión electrónica, pág. 294).

Se desprende de estos razonamientos, la necesaria estabilidad de los Jueces como garantía y la importancia de su actividad jurídica para con el pueblo, la revisión de las actuaciones legislativas por éste, conforman así, la prerrogativa esencial del Poder Judicial: contrastar toda ley sancionada por el Legislativo con la letra de la Constitución,

aclarando los significados de una y otra, y determinar si la ley ordinaria discrepa o no con la Carta Magna, en este caso, se preferirá la validez de la Constitución por sobre la ley sancionada en discordancia con aquélla. Ya que la Constitución refleja el poder del pueblo, -el poder constituyente-, superior al poder Legislativo y Judicial, -poderes constituídos-. Por esto, el juez debe empoderar y preferir a la Constitución, siendo el fiel guardián de la observancia de ésta.

Como se verá más adelante, entre los requisitos para la procedencia del control, una de sus notas es la instancia de parte, asentada en las reglas Marshall, durante la casuística de su creación, sin embargo, fue este juez, John Marshall, en su famoso caso “Marbury v. Madison” quién aplicó el control de oficio, ya que dentro de las peticiones de las partes, la traba de la litis no se encuadraba sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un postulado legal.

El citado caso, marca el precedente por excelencia de la creación del control y la revisión judicial de las acciones del Ejecutivo y el Congreso, reservada exclusivamente para su ejercicio a los tribunales. En consonancia con lo que pasa hasta el día de hoy, al Ejecutivo, no le agradaba esta idea, ni esta manera de dividir atribuciones.

El presidente Jefferson, no estaba dispuesto a recibir órdenes del tribunal, deliberadamente se posicionó en una actitud negatoria del poder potencial que tuviera la Corte para darle mandamus, aun teniendo esta, jurisdicción para hacerlo. (Amaya, 2017)

Es evidente la tensión entre los poderes, a pesar de la discursiva democrática y federalista; la precariedad del respeto hacia la Constitución y la imperatividad de sus normas.

Si bien el Federalista, como observamos supra, esgrimió artículos exegéticos de la misma para lograr, por fin, una ratificación popular, explicando la filosofía de la misma y su concepción claramente naturalista, superior a la del derecho positivo, la realidad es que hasta el día de hoy existe esta resistencia o pretendido desconocimiento, resistencia que fue quebrada en este precedente por Marshall, ya que él y su razonamiento se fundan en estas argumentaciones, creando así el Juez como arquitecto y legislador negativo de un sistema basado en el precedente: el common law.

Este breve relato histórico, que pretende describir de manera general los principios que dan vida no sólo al control judicial, sino los de un Estado –moderno-, pone en evidencia, si bien de manera resumida, el largo camino que se ha venido transitando para poder ver paulatinamente plasmada esta teoría en la realidad empírica. Construcción que no se ha logrado del todo hasta el día de hoy.

El constitucionalismo estadounidense, el federalismo, la división de poderes, la soberanía popular, la supremacía Constitucional y el Poder Judicial autónomo que garantice el respeto del catálogo de derechos individuales, son los pilares sobre los cuales se asentó el teorema del Estado contemporáneo (Amaya, 2017).

Antecedentes jurídicos.

Bonham case.

Un antecedente del control judicial es este caso Bonham, acaecido en Inglaterra en 1610. Thomas Bonham era un médico inglés, inhabilitado de sus funciones y encarcelado por el Royal College of physicians, alegando tener potestades para determinar quién ejerce la medicina, castigar con inhabilitación y hasta imponer pena de prisión. Para su defensa, recurrió ante la Court of Common Pleas, presidida por el Juez Sir Edward Coke. Al momento de sentenciar, Coke fundamentó y sostuvo que el Royal College of Physicians no tenía jurisdicción en dicho caso, y si la ley le hubiere conferido dicha potestad, aquella era nula (Amaya, 2017).

Sostenía Coke:

Aparecen en nuestros libros, que en muchos casos, el common law controlará a las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del derecho o sean de imposible cumplimiento (Bianchi, 1992, pág. 67).

Así las cosas, el poder, poco a poco, se muestra limitado por el common law, -normas procedentes de jurisprudencia que no han sido reguladas debida y legalmente-, aunque se lo creía ilimitado y discrecional. El rey podía juzgar, pero sólo a través de los jueces -Case of prohibitionis-, tampoco podía crear delitos o modificar el derecho nacional -Case of proclamations- (García Pelayo, 1950, pág. 262).

Amaya sostiene:

Este precedente ha sido considerado, desde un punto de vista jurídico-formal, como la raíz del control de constitucionalidad, sobre el paralelismo de que el juez Coke hubiera situado al common law por encima del Parlamento, atribuyendo a áquel carácter de fundamental law del ordenamiento inglés a través del cual se permitiera a los jueces controlar actos del Parlamento (Amaya, 2017, pág. 16).

La teoría elaborada por Coke, tendrá gran recepción en las colonias americanas, cobijada ésta se comenzó a utilizar en norteamérica los principios del judicial review utilizado por Coke, sin embargo en Inglaterra, no fue bien recibida, y si bien en un comienzo tuvo cierta acogida, luego quedó en desuso. A partir de la revolución de 1688, se aprecia tal abandono en el caso City of London v. Wood, donde se sostuvo que una ley del Parlamento no es nula, aunque establezca desigualdades o excesos. (Bianchi, 1992)

Mardbury v. Madison

Las connotaciones políticas, y las antinomias partidarias acaparan todos los debates en todos los tiempos, entre estos, las disquisiciones entre republicanos y federalistas allá por 1789.

Durante las elecciones, los republicanos representados por Jefferson salen victoriosos, ante tal situación, el derrotado Adams, -federalista-, decide llenar vacantes en diferentes órganos jurisdiccionales y tribunales con partidarios suyos como legado. La ansiedad y la necesidad de dejar todo este panorama político lo más balanceado, o desbalanceado posible, a través de la ilimitada creatividad política para inventar antinomias y

animadversiones, llevó a que no se puedan cursar en tiempo y en forma las debidas notificaciones sobre los nuevos nombramientos de estos magistrados, entre ellos la de William Marbury.

Ya en el poder los Jeffersonianos, John Madison, nuevo secretario de Estado, se rehúsa a cursar dichas notificaciones, ante esta negativa, Marbury y otros jueces nombrados, se dirigen a la Corte Suprema solicitando se le ordene a la Administración que permita la debida ocupación de sus cargos, acorde a lo que establecía la ley (Judiciary act, 1789):

La Corte Suprema también deberá tener jurisdicción en vía de apelación proveniente de las cortes de circuito y de las cortes estatales, en los casos previstos por la ley; y deberá tener poder para emitir órdenes judiciales inhibitorias a las cortes de distrito y órdenes de mandamus dirigidas a cualquier corte, o a servidores públicos, bajo la autoridad de los Estados Unidos.²

En este contexto político y ante el incipiente florecimiento judicial, lo que se tenía que decidir por la judicatura tenía gran importancia para el futuro tanto político como judicial, pues, se iba a empoderar uno y debilitar el otro según lo que se decida, y peor aún, si se obedecía o se hacía caso omiso de la decisión que se tome.

Planteados las posiciones de las partes, la Corte nulifica una disposición de la Judiciary act que no tenía relación alguna con los derechos esgrimidos por las partes, no afectaba derechos de ninguna, se trataba de una disposición en la que se ampliaba el poder de la Corte, reitero, esta disposición no había sido ni refutada, ni ninguna pretensión esgrimida se había apoyado en ella.

La disposición en cuestión es nulificada porque no enunciaba que el Congreso haya dado el poder a la Corte de dar writs of mandamus ejerciendo jurisdicción originaria (Amaya, 2017). Marshall sentencia categóricamente con la negativa de que su Corte no tenía poder para emitir mandamus a funcionarios de Gobierno.

Al respecto, vale hacer una observación en lo que respecta a la validez de esta disposición, ya que antes de este caso, la misma había sido ratificada por la Corte en

² Judiciary act 1789, sección 3.

algunos casos como “United States v. Judge Lawrence”³ en 1794, y “United States v. Peters”⁴ de 1795. Cuestión que es llamativa, y sigue sucediendo hasta nuestros días, donde normas aplicadas y de cierta manera aceptadas de repente dejan de ser constitucionales, cuestión que tiene que ver, evidentemente, con los cambios de época, costumbres y modos de vida según el contexto histórico de turno. Entra a terciar aquí la idea de ultraactividad de algunas leyes a pesar de su inconstitucionalidad, que refuerzan y apuntalan una cierta mirada política que poco tiene que ver con los derechos fundamentales y una vez atacadas, las cosas no vuelven a su estado anterior, porque suele ser muy tarde.

Sobre la sentencia y la “lógica” Marshall, se enaltece este caso ya que a través de el mismo se pone de relieve y empieza a amalgamarse la división de poderes y el equilibrio de los mismos.

Lo importante para la administración presidencial fue que no se atribuyera el puesto al juez Marbury; lo esencial para el tribunal fue el establecimiento del principio de control, cuya lógica consistía en reforzar el poder federal (Amaya, 2017, pág. 50).

Con estos hechos se van perfilando los aspectos susceptibles de control de la administración pública y aquellos de tamiz político que escapan al control, -en principio-, sin perjuicio de lo que en la posteridad se haga por ciertos gobiernos amparados en esta separación, sin tener en cuenta el momento histórico en el que se utiliza una u otra filiación teórica al respecto.

La decisión de Marshall ha sido valorada como de gran ingenio político y a través de ella se ha podido tomar conciencia de un federalismo incipiente, dentro del cual el Poder Judicial ocupa un lugar de sumo valor, al ser el guardián y depositario natural de las disposiciones de la Constitución.

Fuera de esta relación quedó el trato con el Legislativo, si bien se declaró inconstitucional una ley sancionada por aquél y revisada en su tiempo por el mismo

³ 3 U.S. 42 United States v. Judge Lawrence. (1794).

⁴ 3 U.S. 121 United States v. Peters. (1795).

Marshall, este precedente marca el acercamiento entre el Ejecutivo y el Judicial, demostrando que podrán trabajar a veces en conjunto, pero en un entramado constantemente virulento por llevar cada uno dos estandartes distintos y a la vez, según la práctica, opuestos: el Poder y el Derecho.

Si bien, este no es el caso, es dable ilustrar que este trabajo en “conjunto” entre Ejecutivo y Judicial, es esbozado durante la Convención Constituyente Norteamericana en lo que se denominó “Plan de Virginia”, Edmund Randolph apuntaló estas ideas, sobre todo la de controlar los potenciales excesos del Poder Legislativo, a través de dos medios: a- un consejo de revisión de leyes formado por integrantes del Ejecutivo y Judicial y b- un poder Judicial elegido por la Legislatura. De ambas herramientas, la primera fue quedando a un lado. (Gargarella, 2011, pág 56.)

Así, entonces queda más o menos configurada el área que a cada poder del gobierno le sería atribuida textual o tácitamente, a modo de poderes implícitos para llevar a cabo cada uno, su finalidad suprema atribuida por el texto de una Constitución joven, que necesitaba del esfuerzo de todos para crecer y establecerse como la madre de un régimen que dará a cada ciudadano y cada funcionario un lugar en la sociedad como función sintetizadora de una existencia ordenada.

No sería justo, obviar en este apartado la opinión de Thomas Jefferson, derrotado, según su perspectiva, por este caso judicial, que atacaba directamente su poder de Presidente y los del Congreso.

Bianchi, cita un fragmento lapidario de una carta dirigida al juez Spencer Roane, de la Corte Suprema de Virginia en 1819, Jefferson escribe:

Al intentar establecer tres departamentos, coordinados e independientes, para que puedan moderarse y equilibrarse uno a otro, ha otorgado a uno solo de ellos, conforme a esa opinión, el derecho a fijar reglas para el gobierno de los otros, y asimismo, al que no es elegido por la nación y es independiente de ella. Porque la experiencia ya ha demostrado que el enjuiciamiento que contempla no es ni siquiera un espantajo, que opiniones como las que usted combate, emitidas con cautela, como también señala usted, aisladas, con frecuencia no pertenecientes al caso, sino buscadas fuera de él, como para reunir de antemano la opinión pública

de acuerdo a sus criterios, y para indicar en qué fila ha de marchar, han sido tan tranquilamente pasadas por alto como para no haber provocado nunca censura, ni aun en un discurso de alguno de los miembros del cuerpo encargado del enjuiciamiento. La Constitución, según esta hipótesis, es, en manos de la administración de justicia, un mero objeto de cera, que pueden ellos torcer y darle la forma que deseen. Debería recordarse como un axioma de permanente verdad en política que cualquier poder que es independiente dentro de cualquier gobierno es también absoluto. (Bianchi, 1992, pág. 200).

Críticas y algunas consideraciones realistas.

A pesar de lo razonable y bien articuladas que suenan las palabras de Hamilton, los razonamientos de Marshall, como de tantos otros filósofos y constructores del derecho que a lo largo de la historia jurídica y del desarrollo de la civilización se han expedido al respecto, muchas de éstas han ido convirtiéndose en piedras angulares sobre las que se asentó un sistema que antes de elaborarse, ha sido sopesado y ha dado participación a todos los actores sociales, para que por medio de esas construcciones intelectuales y la recepción del derecho natural que allí se hicieron, estos principios sentados por los constituyentes y filósofos puedan ser plasmados con pluma y en papel, en un ámbito de aplicación posible, reconociendo prima facie la facultad natural de la teleología humana: hacia la felicidad plena y la más duradera satisfacción subjetiva de la persona por su existencia misma.

Ahora bien, no es menos cierto, que tales postulados perfectos en la teoría de la organización del Estado, resultan a veces inexactos, cuanto menos parciales, y la mayoría de las veces ideales.

Vivimos en un mundo donde la injusticia está por todos lados, y no podemos abstraernos de socializar, lo que Aristóteles diría del hombre: el zoon politikon, esta “cualidad” nos marca el lienzo sobre el cual desenvolveremos y desarrollaremos nuestra personalidad: con otros actores sociales, dejando de lado el individualismo, previo al contrato social de Rousseau, que ahora, -luego de ese contractualismo-, se convirtió en sociedad políticamente organizada, el control y el

orden como valores de una sociedad civilizada se convierten en absolutamente necesarios, y justamente, en estas teorías y fundamentaciones se los aprecia a primera vista como emblemas fáciles de entender y sobretodo irrefutables, pero su fracaso cotidiano yerguen postulados de contradicciones entre su entramado teórico y el real.

Gargarella (2011) enuncia posibles refutaciones a este sistema de la Supremacía Constitucional, y el consenso para plasmar los principios que los primeros teóricos esgrimen en sus escritos y sentencias.

Entre ellas se encuentran:

a- Argumento histórico. Esta refutación afirma que la voluntad del pueblo expresada en la Constitución no es cierta. Históricamente se ha demostrado que en estos procesos de redacción y ponderación de derechos inalienables para “todos”, gran parte de ese pueblo fue ignorado, en Estados Unidos, por ejemplo los esclavos, personas de color, mujeres y los pobres. ¿Qué participación podrían haber tenido personas que ni escribir sabrían, o no eran considerados siquiera personas? ¿En qué momento podrían estos filosofar acerca de derechos, si necesitaban invertir todo el tiempo en conseguir alimento, respeto o simplemente evitar que los maten?

No es difícil de hacer la comparación en nuestro país. ¿Realmente los constituyentes, legisladores y funcionarios del poder político de este país nos representan? ¿Se movilizan para representarnos lo mejor posible o sólo se representan ellos y defienden ideas y tesis partidarias? ¿Cuántos marginados han sido incluidos en la universalidad de nuestra Constitución a la hora de su recepción?

b- Argumento intemporal. Este argumento recurre a la excepcionalidad del momento en que el proceso constitucional fue llevado a cabo. Momento de algidez y hasta de peligro logran que la sociedad deje de lado diferencias y olvide su tendencia exclusógena para conformar un todo que sea portador de cambio. El razonamiento necesario es ¿Sólo podemos obtener cambios ante situaciones complejas y negativas? ¿No somos capaces de valorar las nuevas ideas y filosofías en torno a nuestra ciencia del derecho?

Fijémonos que en los ámbitos judiciales, aún hoy, Siglo XXI, la sentencia *Marbury v. Madison* sigue siendo alegada por cuanto abogado ve un sesgo de

inconstitucionalidad en el caso que lleva adelante. Citamos constantemente fuentes, argumentos ad verecundiam, de personajes de hace trescientos años, que vivieron contextos diferentes, y que los efectos de sus logros (no menos merecidos y dignos de elogio) hoy son un hecho más, y hasta tal vez aburren. ¿Es que acaso no hemos podido construir nuevos mecanismos, nuevas personalidades radicales en nuestro ámbito que marquen un nuevo horizonte acorde a nuestros tiempos actuales? ¿No somos capaces de superar la postura contramayoritaria?

Es muy cierto, que el sentido que se le dio a tal o cuál cláusula constitucional o legal que fuera, en algún tiempo pasado, no contenga el mismo significado en estos tiempos, o que a través de ese lapso entre tiempo pasado y tiempo presente, haya habido cambios que necesariamente modificaron la esencia de aquella volviéndola obsoleta en su aplicación actual. Lo cual haría de cualquier sistema que fuese, absolutamente irracional.

Viene al caso recordar y ejemplificar para tomar dimensión de lo que planteamos sobre esa inadecuación del plano perfecto en el papel y el plano sensible de la realidad, que no muchos años después de la “época gloriosa” constitucional de los Estados Unidos, donde se asentaron, como vimos, todos y cada uno de los principios que hacen a los hombres libres e iguales, se suscitaron actos aberrantes en cuanto a la resistencia, -por usar un eufemismo-, a garantizar la debida protección a todos los ciudadanos norteamericanos, la llamada “equal protection under law” contenida en la enmienda XIV, que no distinguía entre raza, color, religión o ideologías políticas.

Al respecto la tercera ley de los derechos civiles (Civil rights act de 1875) enunciaba:

Whereas, it is essential to just government we recognize the equality of all men before the law, and hold that is the duty of government in its dealings with the people to meet out equal and exact justice to all, of whatever nativity, race, color, or persuasion, religious or political; and it being the appropriate object of legislation to enact great fundamental principles into law.

Una ley así, que el lector puede inferir como “indiscutible” dotada de absoluta naturaleza y justicia, tardó cinco años para que el Congreso la aprobara. ¿La causa? La pretendida aceptación de igualdad con la raza negra, defensa y protección de sus derechos (Bianchi, 2005, pág. 45)

Los negros, eran libres, pero la Constitución no llegaba hasta el sur para ampararlos, es más, ellos no habían sido ni siquiera tomados en cuenta como “pueblo” para la redacción de aquella, siquiera. El iluminismo no encandiló sus vidas. Algo parecido a la ley los amparaba, pero los Jueces lo negaban, inventaban nuevos sistemas y argumentos para cancelar su demanda de igualdad. El legislador se excedió en su bonhomía al pretender extender las garantías y los derechos hasta ellos; definitivamente, no eran todos iguales, las libertades de unos no se parecían a la de otros, y la actividad de los jueces distaba de ser equitativa, estos se convirtieron en tiranos y fieles portadores del estandarte de la discriminación.

Un caso digno de mención es “Plessy v. Ferguson”⁵, en esta oportunidad la Corte, sentó el precedente de la doctrina “separados pero iguales” (separate but equal), este criterio se mantuvo sesenta y dos años, -vale decir, la segregación fue constitucional durante sesenta y dos años-, derogado en Brown v. Board of Education⁶.

Los hechos versan en la preocupación sobre la comodidad de los pasajeros de ferrocarriles, a través de una ley de Louisiana que obligaba a los transportistas distinguir entre vagones para blancos y para negros. Su incumplimiento, era castigado por multas y hasta por penas de prisión.

Plessy, un mestizo, embarcado en un vagón de primera clase, para blancos, fue instado a cambiarse de lugar y correlativamente ubicarse en un vagón para personas de su color, ante su negativa, fue bajado del tren, multado y privado de su libertad. Fue considerado penalmente responsable, y perdió en todas las instancias, hasta llegar a la Corte Suprema, tildando de inconstitucional dicha ley.

El por entonces Juez Brown sostuvo:

⁵ 163 U.S 537. Plessy v. Ferguson. -1893- (Bianchi, 2005, pág. 47)

⁶ 347 U.S. 483. Brown v. Board of Education. -1954-. (Bianchi, 2005, pág. 47)

“La ley no viola la enmienda XIII, porque ésta estaba destinada a abolir la esclavitud. Por el contrario, la ley impone meramente una distinción legal entre dos razas, que de hecho son diferentes” (Bianchi, 2005, pág. 48).

Así, los jueces, han tenido el deber de interpretar la Constitución y modelar también a través de ella sus rasgos autoritarios y discriminadores, pasando por encima de cualquier derecho o garantía ratificado constitucionalmente. Pasará lo mismo en casi todos los países latinoamericanos, pues la mayoría han tenido períodos oscurantistas donde las dictaduras se han llevado consigo miles de personas, les quitaron la vida a algunos, y le cercenaron los derechos y garantías a todos. Es llamativo, por ejemplo, que durante el gobierno de la Revolución Argentina, se haya sancionado la “ley de amparo”, pareciera, sin más, una broma, en el contexto en el que fue sancionada, si bien tiene una redacción confusa y esquiva a materializar la garantía plenamente como se la ideó internacionalmente, y está decididamente amoldada a la discreción de jueces fielmente apegados al régimen de turno, es de por sí farisaico.

Es justo, también recordar que a través de movimientos reaccionarios, o simplemente minorías postergadas que de repente encuentran alguna representación, más que nada mediática, el poder discriminatorio ha cobrado otra polaridad, y han sido traídas a la vida, a través de las Legislaturas, leyes de “cupos”, dotando a la acción “afirmativa” o “discriminación positiva” como una vía idónea para ganar simpatizantes y militantes políticos sobre todo, dejando que un cierto porcentaje de mujeres, transgéneros y demás minorías, otrora discriminadas, ocupen lugares de trabajo en la administración pública, haciendo caso omiso de la idoneidad precisada por el artículo 16 de la Constitución, dejando de lado toda preparación, esfuerzo y/o carrera de grado que cualquier ciudadano promedio pueda tener para aspirar a través de concurso público el merecido reconocimiento, que a su vez, abona el camino para que el trabajo del Estado por fin se vea fortificado por la idoneidad y la pericia. Citando la distinción que hacía Rawls entre la posición del Juez, que mira hacia el pasado, y el Legislador, que mira hacia el futuro (Nurock, 2015), será necesario determinar ¿Qué ve el legislador hacia el futuro? ¿El Estado pleno, la república, la democracia, la igualdad, o su eternización en la banca? Y el

Juez, ¿llegará a tiempo a sanear las acciones y omisiones, o es demasiado tarde para siquiera pensarlo?

Capítulo II

Cara a cara con el control de constitucionalidad.

Sistemas y modelos.

A lo largo de la historia y en diferentes países, la necesidad de un control ha sido deducida desde temprano. A lo largo de muchos años se han ido formando diversas teorías acerca de la forma de controlar la armonía de todo el ordenamiento, sobre qué órgano debería hacerlo, quiénes podrían solicitar la revisión, o hasta incluso saber si algún órgano del Estado estaría exento a dicho control.

En este capítulo describiré, los dos que han incidido de manera capital en nuestro ordenamiento jurídico argentino: el control difuso, y el control concentrado. Si bien, son diferentes concepciones, tienen muchas cuestiones compartidas y su estructuración de forma mixta se ha ido popularizando y hasta a veces, parece un ideal de evolución del instituto.

Modelo estadounidense. Control difuso.

El modelo de control difuso de constitucionalidad, tiene características propias del proceso constituyente estadounidense, depositario a su vez de una fuerte actitud reaccionaria contra las formas de superioridad parlamentaria de Inglaterra. Sin embargo, también recepta parte de la filosofía del derecho natural como límite del derecho positivo.

Durante la vigencia del filosofía iusnaturalista entre sus colonos adeptos, Estados Unidos plasmó todo en una constitución escrita, como ley fundamental que regirá la vida de todos, especificará los derechos fundamentales de los ciudadanos, las garantías

adjetivas para la protección de aquellos y marcará a su vez, los límites de cada poder constituido en el ejercicio de sus atribuciones, pero la nota más importante es que estará por encima de todas las leyes generales, otorgando así una garantía frente al poder arbitrario del Legislativo. El quehacer del Estado está contemplado minuciosamente en sus mandamientos, pero la cláusula que destaca, es aquella que atribuye supremacía a dicho texto, por lo cual todo actuar deberá ser conforme a lo que dice aquel, y para la plena vigencia del texto constitucional, será necesario la implementación de un control de la actualidad y respeto de cada una de sus normas en detrimento de otras inferiores.

Amaya, lo explica de la siguiente manera:

Por otra parte, la positivización de una cláusula de supremacía constitucional en el texto de la constitución fue, sin duda, fundamental. Sin embargo, el mecanismo de control se desarrollaría por la vía interpretativa, sin ninguna fórmula jurídica expresa en el texto constitucional.

En efecto, el modelo estadounidense de control de constitucionalidad, al contrario del modelo europeo –que es teorizado por Kelsen–, no aparece escrito en la constitución, quizá porque, de hacerlo, los constituyentes de Filadelfia habrían supuesto dificultades de aprobación (Amaya, 2017 pág. 91).

Si bien, el control no está escrito en cláusula alguna, se lo considera una facultad implícita de los Jueces, y durante su creación pretoriana se irán desarrollando diferentes teorías y reglas que harán viable la aplicación de este instituto, a través de la jurisprudencia y el precedente, -stare decisis-, característico del common law.

Así tenemos que el control a través del modelo estadounidense posee las siguientes características:

- a) Es un sistema judicial.
- b) Es difuso, pues es una atribución de todos los jueces el poder declarar la inconstitucionalidad de leyes.
- c) Es incidental, Necesita un proceso adjetivo dentro del cual se pueda desarrollar.

- d) Necesita una causa. Los jueces se pronunciarán únicamente en los juicios que se planteen.
- e) El control se ejerce sobre casos concretos, no sobre cuestiones abstractas.
- f) El control se ejerce a pedido de parte interesada.
- g) Los jueces no resuelven cuestiones definidas como “cuestiones políticas no judiciales”.
- h) El efecto de la sentencia declarativa se limita al caso concreto, esto significa que se aplica y tiene sólo efecto inter-partes.

De esta guisa, sabido es que Argentina pocos años después de los principales acontecimientos sobre el tema en Estados Unidos, ha sido fiel seguidora de este modelo de control. Sin dilación se suscitaban casos que exigían la comparación de algunas leyes y actos con la Carta Magna para evaluar su adecuación a ésta, dejando claro también en estas circunstancias que la judicatura tenía a su cargo dicha misión como poder de gobierno federal, fiel partícipe de la soberanía del Estado y último intérprete de la Constitución.

Revisando antecedentes así lo confirmamos, por ejemplo en “Caffarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa fe⁷ de 1871 la Corte expone su pensamiento indubitable:

Está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias; porque, siendo la Constitución la ley suprema, de la cual deriva sus facultades el Poder Legislativo, como los demás Poderes y a la cual están todos subordinados en su acción.

⁷ CSJN Caffarena c/Banco Argentino de Rosario de Santa fe. Fallos, 10:427. -1871- (Bianchi, 1992, pág. 136).

Con Eduardo Sojo⁸ de 1887, replicó parte de la argumentación en *Marbury v. Madison*. Donde se le irrogaba una jurisdicción amplísima fuera de los límites constitucionales.

En *Municipalidad de la Capital c/Elortondo*, se expidió diciendo:

Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.⁹

Nuestra Constitución no definió el mencionado control en sus cláusulas tampoco, al igual que la Norteamericana, reiteramos que nuestra Ley fundamental es una copia de ésta. Recién en la reforma de 1994 se incluye en su texto la figura del amparo, a través del artículo 43, atribuyendo a la figura del juez, el poder declarar inconstitucionalidad de una norma que materialice un acto u omisión lesiva. Se abre así, la posibilidad de declarar una inconstitucionalidad como acción, ligero cambio con la presentación de la petición como de excepción.

Reglas de Marshall.

Durante la creación de este instituto, como hemos visto, de manera pretoriana y casuística, según las necesidades de los casos, y el momento se fueron creando reglas y

⁸ CSJN Eduardo Sojo c/ Cámara de diputados de la Nación. Fallos, 32:120. -1887- (Amaya, 2015, pág. 123).

⁹ CSJN *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo*. Fallos 33:162. -1888- (Amaya, 2015, pág. 123).

caracteres específicos para su procedencia Las que mencionamos aquí son conocidas también como la lógica Marshall.

- a- Es un sistema judicial. El control es llevado a cabo por magistrados.
- b- El control es difuso, todos los jueces pueden declarar inconstitucionales leyes y actos inferiores y tienen competencia para ello.
- c- El control es incidental, tiene un proceso judicial como continente.
- d- Los jueces ejercen el control en casos concretos, no sobre cuestiones abstractas (Amaya, 2017, pág. 93).

Reglas de Cooley.

A lo largo de los años venideros, se fue profundizando en la teoría y el proceso de cómo llevar a cabo el control, un autor reconocido sobre el tema fue Thomas Cooley, citado por la CSJN argentina constantemente (Amaya, 2017, pág. 94).

Las reglas de Cooley, como se las conoce, amplían los límites del control judicial:

- a- La inconstitucionalidad debe ser la última ratio a la cual recurrir.
- b- Si existe fundamentos dentro de la causa que permita que el problema constitucional pierda relevancia, se debe seguir ese camino.
- c- La inconstitucionalidad debe ser invocada y probada por quién alegue el perjuicio.
- d- La duda sobre una ley no es causa eficiente de la declaración de inconstitucionalidad.

Reglas de Brandeis.

Posteriormente Louis Brandeis, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1916, sumó otras reglas a la procedencia y sobre la materia del control, a saber:

- a- Los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad en procedimientos que no sean contenciosos, voluntarios.
- b- No se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad a la necesidad de decidirla.

- c- No se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos a los cuales ha de aplicarse.
- d- Si el caso puede resolverse apelando a una solución legal sin involucrar una cuestión constitucional, debe optarse por esta solución.
- e- No puede analizarse la constitucionalidad de una ley a instancia de parte que no ha podido probar que su aplicación le ocasiona perjuicios.
- f- No procede declaración de inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ella.
- g- Las leyes siempre deben ser interpretadas en favor de su constitucionalidad (Amaya, 2017, pág. 95).

Modelo Kelseniano. Control concentrado

El sistema Europeo o continental de control de constitucionalidad, instituye un tribunal ad hoc, exclusivo para el estudio de las causas que traigan a sus estrados controversias de índole constitucional. En este modelo, también está asentada en la cúspide de ordenamiento la Constitución, su escrutinio en abstracto, es llevado a cabo por un órgano colegiado sólo para este fin, y sus resoluciones tienen un efecto general, erga omnes, ex nunc.

En Austria, un colaborador en el proyecto constitucional, fue Hans Kelsen. Sin embargo, en Austria, la prioridad no la tenía la defensa del texto constitucional, sino más bien, garantizar la prevalencia del derecho federal, pero poco a poco, con el nacimiento de las constituciones, en concomitancia fue naciendo también el temor de que cada vez que asuma algún grupo diferente al poder, al no tener bases fundamentales sólidas, - constituciones rígidas-, y bien protegidas, cualquiera de estos pueda cambiar a su gusto las reglas del Estado (Amaya, 2015, pág. 109).

Es preciso recordar que en este ámbito, para Kelsen el ordenamiento jurídico está dado en forma piramidal, con gran variedad de normas, jerarquizadas todas. Lo que unifica esta teoría de la relación de las normas, es la norma fundamental, asentada en la cúspide de esta pirámide, que da unidad al sistema y fundamentalmente razón.

Dentro del universo del derecho, la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales (Kelsen, 1974).

Con su lucidez característica, Kelsen grafica en su teoría que los grados del ordenamiento jurídico constituye producción de derecho en relación con el grado inferior, y reproducción de derecho en relación con el grado superior. Entre estos grados la “regularidad” es la manera de relacionarse y corresponderse entre grados (Kelsen, 1974).

Deja suficientemente claro, que en la relación de todo este ordenamiento, entre normas inferiores y superiores respectivamente, la garantía que se yergue entre tal comportamiento es la regularidad como correspondencia entre los grados. La legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes son los brazos ejecutores de las garantías de la regularidad de los actos jurídicos.

En contraposición al control difuso, Kelsen critica también, la anulación de una ley limitada al caso concreto, ya que la misma es la garantía más eficaz que una Constitución puede ofrecer, sin perjuicio que la misma debe ser encomendada a un tribunal exclusivo:

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desgraciadamente se hace sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento o, incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación (Kelsen, 1974, pág. 270).

Ante la institución de tal tribunal, a Kelsen se le objetará, sin embargo, la intromisión del poder Judicial en el ámbito Legislativo, -argumentación también esgrimida en contra del sistema difuso-, al anular leyes, detentando un poder impropio, y rompiendo con la división de poderes.

La respuesta de Kelsen sobre estas incompatibilidades entre jurisdicción constitucional y la soberanía legislativa, se ve representada por el ánimo de los poderes

públicos de no verse limitados por la Constitución, contrariando el derecho positivo mismo (Kelsen, 1974, pág. 274).

Se instalará así la idea del “legislador negativo”, en otras palabras, la actividad que lleva a cabo la jurisdicción constitucional, determinada por la Constitución. Este tribunal, dice Kelsen, no deberá de tener un número de miembros elevado, y su trabajo será sólo una tarea de interpretación de la Constitución.

Sobre la selección de sus miembros, propone, a mi juicio, una idea muy adelantada, y quizás la que menos trascendencia ha tenido, teniendo en cuenta el positivismo de la filosofía kelseniana, la cual considero, tal vez, aún hoy nos sería de gran utilidad. Propone, así, que ocupen dicha jurisdicción a juristas de profesión. Concediendo a la Facultades de Derecho la oportunidad de proponer candidatos, o que el mismo Tribunal pueda proponer aspirantes para cada puesto (Kelsen, 1974, pág.277). Se ve en este postulado la cordura de la teoría constitucional kelseniana, priorizando la idoneidad y la ecuanimidad, avaladas por la formación jurídica de calidad. Principio mismo de la democracia, donde los representantes son o debieran ser los mejores exponentes de la sociedad, principio devenido en ficción solamente.

Kelsen, estaba interesado en que la jurisdicción constitucional, no esté impregnada por intereses e influencia del Parlamento o del Gobierno, pues serán sus actos los que aquella controlará.

Una nota común a todos los modelos de control se encuentra en el interrogante de qué órgano controlará esta cuestión, y sobre el tema de la soberanía del legislativo, habría que preguntarse entonces ¿Por qué juran los legisladores sobre la Constitución durante cada uno de sus nombramientos, si a la hora de obrar conforme a derecho, cuando es preciso evaluar su trabajo, lo hacen con reticencia y renuencia? Invocando argumentos sobre la soberanía, ¿Cómo si la soberanía no fuera una sola, y los tres poderes fueran parte de una porción de la misma?

En esta tésis, Kelsen se pregunta también, sobre el alcance temporal de la anulación, ¿será retroactivo?, o ¿deberá limitarse sólo hacia el futuro?. Establece que el efecto repercutirá ex nunc –hacia el futuro-, aunque habrá casos en que será justificado cuando actúe retroactivamente.

Para acotar el tema, los puntos principales del modelo concentrado son los siguientes.

- a) Órgano especial.
- b) Control represivo o a posteriori.
- c) Control abstracto y concentrado.
- d) Legitimación en sujetos públicos.
- e) Efectos erga omnes y ex nunc. (Amaya, 2015, pág. 119).

En América, la mayoría de los países de la región, excepto como ya sabemos Estados Unidos, Canadá y Argentina, han adherido a este tipo de control concentrado, con sus matices algunos, claro, no todos han establecido el Tribunal Constitucional, ya que ponen en cabeza del Superior Tribunal Judicial ésta tarea. Entre los países citados algunos de ellos son, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador. (Bianchi, 1992).

Al respecto, a pesar de que la tendencia mayoritaria en Argentina adhiere al control difuso, es del caso mencionar, sin embargo, que hay provincias que en sus constituciones optan por este tipo de control, un ejemplo de ello es Tucumán, donde crea este tribunal especial en los artículos 133 y 134 de su Constitución, Tucumán tiene, inclusive, un código procesal constitucional, vigente desde el 8 de marzo de 1999, a través de la Ley 6.944. No obstante, el control en Tucumán también lo ejercen jueces ordinarios con arreglo de lo dispuesto por este código. (Bianchi, 1992).

Dice Sagues (2006) sin embargo, este es el segundo código en la materia en Argentina, ya que el mismo encuentra un precedente: la Ley de Procedimientos Constitucionales, Ley 8369, de la provincia de Entre Ríos.

Dicho Código Procesal Constitucional, está conformado por 111 artículos y cuatro títulos.

El primero, “Principios generales”, el segundo “Garantías a los derechos personales” dentro de este se refiere al habeas corpus, amparo general, amparos especiales, donde están comprendidos el hábeas data, amparo electoral, fiscal y por mora y finalmente los amparos colectivos.

El título tercero “Control jurisdiccional de constitucionalidad” trata sobre el control de oficio, por acción declarativa, y por apelación ante la CSJN. El título cuarto contiene disposiciones finales (Sagués, 2006).

Argentina, Constitución y control.

Argentina, es un país, definido siempre como “crisol de razas”, y el derecho no ha florecido de manera diferente en esta tierra, los argentinos somos herederos y tributarios de los más amplios sistemas jurídicos en cada una de las ramas que hacen a la ciencia y constructo inasible del derecho, por citar ejemplos el Derecho Penal es decididamente descendiente de la escuela alemana, el Derecho Administrativo siguió el cauce francés, el Derecho Comercial italiano trajo su sucursal a estas tierras y el Derecho Constitucional es un digno heredero legítimo del modelo anglosajón, sobre éste último, Bianchi expresa con buen tino, que estamos bastante alejados de tener la estructura jurídica anglosajona a pesar de que nuestras Constituciones sean similares (Bianchi, 1992).

Cavilando estos hechos, podemos aseverar que nuestra Constitución ha sido copia fiel de aquella que por 1787 se llamó Constitución de Filadelfia, en efecto, José Gorostiaga, redactor y miembro de la Convención Constituyente de 1853, afirmó que el proyecto estaba vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos, único modelo de verdadera Federación que existe en el mundo (Bianchi, 1992).

Será en 1863, año en que se instaló la Corte Suprema de Justicia por primera vez, cuando el Congreso Federal sancione la ley 48, nacida para reglamentar el recurso extraordinario federal, -instituto destinado al control de constitucionalidad-, que constará de tres disposiciones necesarias para la procedencia del recurso: a) cuestión federal; b) sentencia definitiva y; c) que la sentencia emane del superior tribunal de la causa. (Gelli, 2004).

Esta Constitución norteamericana llegó a nuestro país rodeada de luminosidad, portadora de esperanza; a través de sus páginas, una tras otra, nos enseñaría la palabra revelada para ser dichosos, justos, casi eternos, como los hermanos americanos, tanta fue la congratulación, que en las “Advertencias al lector” Nicolás Calvo, en la traducción que

llevó a cabo de “Commentaries on the Constitution of the United States” de 1833, del reconocido Juez y profesor Joseph Story, declara: “La Constitución Federal de Estados Unidos lleva 70 años desde su promulgación y ha hecho al pueblo americano rico, feliz, grande y fuerte. La Constitución Federal Argentina daría idénticos resultados entre nosotros”¹⁰.

Habría que indagar si realmente estos adjetivos se han plasmado a través de la Constitución en nuestra sociedad, queda a criterio del lector evaluar, si en esta aprehensión del texto norteamericano, hecho por supuesto de buena fe y con contagioso entusiasmo, no da fuerza a las tesis de Sagués (2014) sobre constituciones que adolecen de utopismo, gatopardismo, demagogia o plagiarias, que lejos están en la mayoría de los casos de generar los beneficios avizorados que justificaron su escritura, al menos, en un primer momento, teniendo en cuenta como factor determinante, el territorio y las costumbres de las personas que vivirán bajo ese régimen constitucional, otro factor, de crucial dimensiones, es el respeto y la credibilidad de la que es depositaria la figura del juez para ese grupo de personas y en dicho contexto histórico.

Con este modelo importado de Constitución, llega también a nuestra sociedad el respectivo Control acompañado de algunas reglas de aplicación, sus primeras huellas en tierra nacional se las puede observar en Caffarena c/Banco Argentino de Rosario de Santa Fe¹¹, aquí la CSJN establece:

Está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la constitución Nacional en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias; porque, siendo la Constitución la ley suprema, de la cual deriva sus facultades el Poder Legislativo, como los demás poderes, y a la cual están todos subordinados en su acción.

¹⁰ Nicolás Calvo, pág. 2. Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos. Traducida. Recuperado de InfoJus. Buenos Aires. Imprenta “la universidad” de J. N. Klingelfuss.

¹¹ CSJN Caffarena c/ Banco Argentino de Rosario de Santa Fe. Fallos, 10:427 -1871-. (Bianchi, 1992, pág. 136).

Pero su incorporación definitiva se vio plasmada a través del caso Sojo¹², el cuál empezó por la interposición de un Hábeas Corpus clásico o reparador ante la CSJN, por un arresto, según Sojo, arbitrario, por orden de la Cámara de diputados, que había sido caricaturizada en una publicación del sindicato, la CSJN, sin embargo se declaró incompetente, por considerar que el pedido ampliaba en demasía su competencia originaria, recordemos aquí que la misma respuesta fue expedida por John Marshall en el célebre precedente *Marbury v. Madison*, citado supra.

Al igual que en aquella Constitución, el Control de Constitucionalidad de las leyes no figura en ningún artículo literal de la nuestra, sin embargo se pueden sacar conclusiones de su existencia como atributo esencial y facultad primigenia del Poder Judicial, haciendo una interpretación del articulado, ejerciendo lo que veremos luego como el poder constituyente material que practican los jueces.

Así pues, en su artículo 31 reza:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.¹³

Como dice Gelli (2004) este artículo contiene principios sustanciales, la supremacía del texto constitucional y la jerarquización de las fuentes jurídicas, así es como se organizan, a través del derecho positivo, normas inspiradas en valores societales, que se materializan en todos los ámbitos sociales.

Categorícamente, la autora expone con claridad:

¹² CSJN. Eduardo Sojo c/ Cámara de diputados de la Nación. 32:120. -1887-. (Amaya, 2014, pág. 123).

¹³ Art. 31 Constitución Nacional Argentina.

Sin embargo, las normas inferiores a la Constitución, de orden federal o local, generales o particulares, pueden, en los hechos, vulnerar sus disposiciones. En una Constitución que además de suprema, es rígida por imperio del art. 30, tal situación es insostenible. En efecto, si las normas inferiores contradicen lo establecido por la Constitución y ello es aceptado, se vulnera la división entre poder constituyente reformador y poderes constituidos y desde luego, si así ocurre se destruye la supremacía constitucional (Gelli, 2004, pág. 285).

Siguiendo con su lectura, en su parte orgánica traza las directrices del buen funcionamiento de los poderes de Gobierno, y los deberes de cada uno por cumplir, entre ellos el Poder Judicial, en la primer parte del Art. 116, enuncia:

[Competencia Federal] Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75. {...}¹⁴

La doctora Gelli (2004) remarca muy bien el hecho de que si bien en ninguna de estos dos artículos hace referencia al control de las leyes, sólo la supremacía en el art. 31, y no enuncia acerca del procedimiento, alcance y los sujetos a cargo de impedir violaciones a la constitución, este art. 116, deja en claro quiénes serán los encargados de conocer sobre estas cuestiones.

Esta construcción basada en la pirámide Kelseniana, de un sistema jurídico escalonado, donde la cúspide es el asiento exclusivo de la Constitución, y de ahí hacia abajo va jerarquizando las demás construcciones legislativas en base a su relación con el omnímodo mandamiento de la primera, luego con la reforma de 1994, ha ido variando un poco su perfección geométrica, dando la misma jerarquía que aquella a Tratados de Derechos Humanos, que amplían la protección de estos derechos y las garantías que los complementan para su efectiva tutela.

¹⁴ Art 116 Constitución Nacional Argentina.

A todas luces queda constituido el Poder Judicial con carácter de Institución y un pilar más del régimen democrático. El Poder Judicial, gobierna en plano de igualdad con los restantes, legitimando y defendiendo el orden jurídico establecido y las instituciones jurídicas. La CSJN, desde 1863, sostuvo que el Poder Judicial, junto al Legislativo y Ejecutivo, constituían los tres altos poderes políticos¹⁵.

Y sobre la importancia de su actividad de contralor de la actividad legislativa y el desempeño en sí de los demás poderes ya, Bartolomé Mitre, ante el temor de que los poderes del Estado se excedan y no haya para ello, un remedio eficaz que los prevenga, o última ratio como antídoto ante los abusos políticos, supo cabalmente enviar un mensaje claro al Legislativo en 1863:

“El Gobierno se ha penetrado de la necesidad de completar nuestro sistema político e instaló la Corte Suprema de Justicia Federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejecutar en el desenvolvimiento de las instituciones, como un poder moderador” (Vanossi, 1976, pág. 59).

Más allá de la omnipresencia del deber de los jueces de ejercer el debido control en la Carta Magna y a pesar de que su génesis no está descripta por ninguna tinta, -vale recordar que el Estado liberal burgués exige la expresión jurídica escrita como fuente de garantías de la racionalidad-, y en este caso, sólo se llega a él de forma interpretativa de otras cláusulas.

Pero, esta atribución de control judicial, si encuentra profusa pluma para describir taxativamente límites que abrogan su implementación. Resulta curioso como estos remedios, al igual que el amparo, o el recurso extraordinario federal (REF), en sus enunciados de base se definen como dones del sistema jurídico, de inefable eficacia contra la flagrante veleidad del injusto y el atropello; ante la osadía de los otros poderes, o particulares, se yerguen como la panacea de las garantías, sin embargo, a lo largo de su construcción y sistematización, -escritas-, no encuentran más que límites, algunos

¹⁵ CSJN. Criminal c/ Ramón Ríos. Fallo, 1:36 -1863-, (Bianchi, 1992, pág. 216).

rigurosos y otros excesivamente rebuscados que obstan deliberadamente su aplicación efectiva en tiempo y forma. El devenir de los tiempos irá morigerando estos límites, aunque más no sea, a veces, una mera apariencia de cambio, o favoritismos políticos los que hagan que estos límites menguen, según las causas que se estén analizando en determinado momento histórico.

Estas, son consideradas las reglas clásicas del Control, herederas del self-restraint durante la creación pretoriana del Instituto:

- a- los actos del Estado se presumen constitucionales.
- b- la inconstitucionalidad debe probarse.
- c- no puede declararse de oficio.
- d- no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad.
- e- la declaración de inconstitucionalidad procede como última ratio del ordenamiento.
- f- la declaración afecta el punto concreto como materia del fallo.
- g- quién consiente un acto no puede tildarlo de inconstitucional.
- h- no es parte de las prerrogativas de los jueces fiscalizar méritos, aciertos o eficacia de leyes y decretos.
- i- no pueden juzgar faltas políticas en las normas discutidas ni descalificar medios elegidos por el legislador.
- j- las cuestiones políticas no son judiciales.
- k- las leyes se interpretan en el sentido más favorable a su validez.
- l- no se debe dar a las leyes significados que traben el ejercicio eficaz de gobierno (Bianchi, 1992).

Tenemos así, una serie de reglas de procedencia de dicho control, copia fiel del modelo norteamericano, del que se han desprendido todas y cada una de sus notas tipificantes clásicas:

- a) sistema difuso y judicial
- b) efecto inter partes,
- c) necesidad de causa controvertida e incidental.

Siendo este el modelo al que ha adherido Argentina desde un comienzo, sin perjuicio de las mixturas que hay entre los institutos según el origen de cada uno, y los distintos matices que se han ido materializando en el que hacer de los jueces al flexibilizar, a veces, algunas de sus notas estrictas de procedencia.

Para cerrar el tema, cabe mencionar que el sistema difuso, en su seno tiende a fortalecer lo republicano del proceso, a pesar de que la última instancia y revisión esté en cabeza de la CSJN, la Constitución ha legitimado a todos los jueces para conocer en causas donde se encuentren afectadas por alguna incongruencia cláusulas de la Constitución. Sin embargo, se han suscitado incongruencias en esta tarea de diversificar de esta manera el control, ya que a diferencia del common law norteamericano, en Argentina los precedentes no se consolidan como tendencia para tener como guía y como material fidedigno de consulta que sirvan como norte hacia una interpretación, más o menos, constante de los mandamientos que consideramos básicos para el andamiaje de un estado de derecho moderno.

Argentina. Constitución de 1994 y control compartido.

A partir de la reforma constitucional de 1994, profusa doctrina ha expresado que en esta reforma se ha expandido el abanico de la potestad de control de constitucionalidad. Según esta corriente y lo que ella interpreta del nuevo texto constitucional desde la mencionada reforma, ya no es sólo potestad judicial el deber de contralor de normas y actos, sino que, todos los órganos podrán ejercerlo, tanto el Judicial, como el Ejecutivo y el Legislativo, en sus respectivas competencias, claro está, inclusive podrán hacerlo, algunos órganos que no están dentro de la órbita de funcionamiento de aquellos.

Así las cosas, la división de poderes clásica, que enunciaba la constitución de 1853, dividida entre Ejecutivo, Legislativo y Judicial, fue quedando obsoleta, y precisaba una actualización mejor articulada y conforme a la actualidad de las necesidades para optimizar la actividad de todos los órganos estatales (Oriz, 2018).

Ahora bien, aumentar órganos en nombre de la novedad tampoco garantiza el pleno funcionamiento del sistema, hoy por hoy podemos ver cómo los conflictos terminan indefectiblemente en la esfera judicial, y aun así, las decisiones judiciales son recibidas con recelo y el proceso se extiende a veces, ad infinitum, generando más injusticias que justicia, dilaciones excesivas, trámites administrativos que nada tienen que ver justamente con la celeridad de un proceso de este tenor.

La Constitución de 1994 incorpora así, para afianzar la tarea de control, órganos dentro de la esfera del Congreso: la Auditoría General de la Nación, encargado de la gestión presupuestaria y financiera de la administración, el Defensor del Pueblo, defensor de los derechos humanos de los ciudadanos, y el Ministerio Público,-será desarrollado más adelante-, materialmente instituidos y dotados de rango constitucional en los artículos 85, 86 y 120 de la Constitución, si bien ya existían en el quehacer cotidiano institucional, no gozaban de reconocimiento constitucional (Oriz, 2018).

Los respectivos artículos enuncian:

Artículo 85 -El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación {...}

Tendrá a cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue.

Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

Artículo 86 - El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta

Constitución y las leyes, ante actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas- {...}

La constitucionalización de tales órganos, viene a complementar y reforzar la estructura de control del funcionamiento del Estado, sobretodo aquella que tiene que ver con el control de la actividad administrativa, si bien estos órganos están situados fuera del radio de los otros poderes clásicos, interactúan constantemente con ellos.

A grandes rasgos se puede hacer una breve descripción de los controles que ejercen estos órganos, el Ministerio público, que a mi criterio es el que más tiene que ver con la letra de las leyes, está encargado de ejercer una especie de control de leyes, actos y omisiones tanto de particulares como de órganos de gobierno. Al igual que el Defensor del Pueblo debe proteger los derechos humanos, efectivizar derechos fundamentales y universales y velar por la aplicación de las normas indisponibles para todos los administrados. El ministerio público, como sabemos, aparece en diferentes tipos de procesos como parte necesaria, desde el Derecho de Familia, el Sucesorio, defensa de pobres, incapaces y ausentes entre otros. Aunque se lo encuentra más familiarizado con el procedimiento Penal, se precisa también de su actuación en casos donde se cuestiona la constitucionalidad de leyes y decretos.

La Constitución en su art. 120 lo describe:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros de la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.¹⁶

¹⁶ Art. 120 Constitución Nacional.

Como dice Gelli (2004), al desvincular el Ministerio Público de los tres poderes clásicos, se perseguía la finalidad de garantizar objetivamente las garantías y que pueda éste ejercer los controles que considere pertinentes, amparado por su autarquía funcional.

Una vez más, Argentina en respuesta a sus eternos estados de crisis sociales y económicas, debió echar mano a nuevas instituciones, firmemente cimentadas en otros ordenamientos y también figuras que se complementaban con los Presidentes, para atenuar su poder, como el Jefe de Gabinete, -otra herencia del sistema político-jurídico norteamericano-, y engazarlos con el resto del ordenamiento local, para que los injertos de uno u otro lado del globo se adecuaran a nuestra sociedad convulsionada y siempre inestable.

El ministerio público vino a ejercer un control puntual: sobre la corrupción administrativa, y las concentraciones de poder y sus influencias nocivas para la república.

Al momento de aquilatar su ubicación en torno a la distribución de poderes, generó gran debate dónde ubicarlo. Pensemos por un momento, si el Poder Judicial desde 1700 es puesto en tela de juicio sobre sus atribuciones, ¿cómo no hacerlo con un poder “nuevo” e importado también? Gelli (2004) es clara en asentir su ubicación como órgano extra-poder, va más lejos incluso, lo considera el cuarto poder del Estado, pues no encuentra ella, ningún valor republicano que impida incorporar un poder al esquema clásico.

En síntesis, el paso del tiempo ha fortalecido nuestras instituciones, al menos en intenciones, la erística política y el debate constitucional, a pesar de que se encuentran firmemente enfrentados, donde la heurística que tiene el uno del otro está condenada por severos límites, y la congénita vanidad de cada uno de los poderes del Estado, con pretendidos rasgos mayestáticos se interponen al consenso y al debido respeto de sus bien descritas atribuciones, han sabido disimular su antipatía mutua y han construido a lo largo de años un sistema injertado de institutos e instituciones de las más variadas legislaciones para un sano crecimiento, o al menos para una anestesiada madurez como pueblo. Será compromiso de todos que esa creación pretoriana y casuística, no devenga en un monstruo sin forma que devore todo el proceso, en el que muchos han sacrificado más que su lucidez y empatía.

Algunos creen que ese monstruo ya vive entre nosotros, y es la corrupción, devoradora de hombres, jueces, fiscales, presidentes, gobernadores, intendentes y cuanto funcionario ha instituido nuestra Carta Magna. Y es que nadie está preparado para el poder sin una educación que iguale y atempere sus apetitos y virtudes.

Tenemos mucho que hacer y mucho que defender, el Derecho Constitucional es nuestra bandera y nuestro manual para fortalecer los cimientos de una sociedad desigual, cruel e injusta, cualidades que no han sido tenidas en cuenta, o simplemente fueron disimuladas a la hora de ratificar aquel texto y sus modificaciones.

Ya tenemos institutos e instituciones, deberemos rever su eficacia y velocidad para dar soluciones efectivas en tiempo y forma, pues sin esta cualidad, de nada sirven tantos funcionarios, códigos e institutos, pues la satisfacción subjetiva seguirá solo en profundas teorías y doctrinas. Revisemos y aprendamos de nuevo.

Capítulo III

Control. Diferentes especies y perspectivas. Génesis de herramientas de control.

El Poder Constituyente Material.

Nuestra Constitución está repleta de principios supremos y cargas axiológicas en cada una de sus páginas. Es tarea de los Jueces hacer una interpretación de cada una de estas cláusulas y aplicar a través de la misma, cada principio y salvaguardar valores y derechos de todos los ciudadanos, por medio de herramientas que surjan de dicha exégesis, y que la judicatura estime que son las más apropiadas para enaltecer cada uno de los derechos fundamentales de manera expedita y mantener el criterio de la Supremacía Constitucional.

Como indica Haro (2012) el poder constituyente material, produce pautas, criterios y normas que encauzan la actividad del Estado, estos criterios surgen del quehacer cotidiano de los tres poderes: leyes, jurisprudencia, y comportamientos institucionales del ejecutivo.

En síntesis, poder constituyente material y poder constituyente formal, deben obrar en sinergia complementándose el uno al otro para afianzar la justicia constitucional, y a través de la interpretación de lo que el constituyente formal sanciona, el constituyente material encuentra e implementa el mejor camino para que tales cláusulas se materialicen en la realidad de los procedimientos. La CSJN cómo intérprete final de la Constitución, nutre el sistema judicial a través de la profusa jurisprudencia como resultado de sus decisiones.

Es así que entre los institutos procesales que nacieron por el ejercicio como poder constituyente material, la CSJN admitió el ejercicio de entre otros, el amparo, la acción declarativa de inconstitucionalidad y el control de oficio de constitucionalidad.

Cabe recordar que el control de constitucionalidad clásico nace también de esta forma, a través de la interpretación, ya que el mismo no aparece textualmente enunciado en el texto de la Carta Magna, tanto así que no se encuentra textual ni en la Constitución Norteamericana, ni en la nuestra, inspirada en aquella.

Se percibe de esta manera, como implícitamente la actividad judicial, en la persona del juez, está encaminada y orientada a que sea él, a través de su entendimiento de la ley, las circunstancias, el momento histórico y las costumbres, quien aplique las leyes para hacer efectivas todas las garantías constitucionales, amén de que las partes no lo pidan así, o que en el ordenamiento no esté materializada una herramienta para resolver tal o cual situación fáctica.

De esta manera se ve cómo se han ido flexibilizando las rígidas reglas del control, quedando a mi modo de ver, obsoleta la regla de que debe proceder únicamente a instancia de parte, y que al desestimar una ley, o una cláusula el juez está ejerciendo poderes que no le corresponden, violando la división de poderes.

Si observamos el desenvolvimiento habitual de la actividad jurídica, podemos apreciar que en el derecho no sólo hay normas y leyes, también principios, vale decir, pautas superiores, que funcionan como filtro y cartabón, que pueden ser cumplidos con diversos efectos, y ofician de base a la interpretación de todo el ordenamiento, orientando a los jueces en relación a la rigidez o no de la letra de la ley.

En base al reconocimiento de la existencia de estos principios es que podemos aseverar y confirmar el ejercicio del Poder Constituyente Material, a través de dos ejemplos, tomados de los principios del Derecho Laboral, cuyo fin es apearse siempre a la realidad y a la justicia social, que tienen amplia vigencia en la ardua tarea de impartir justicia, uno de ellos es el principio de equidad, considerada ésta como la justicia del caso concreto, esta equidad funciona interpretando e integrando el derecho con las posibles lagunas e injusticias que se encuentre durante su aplicación literal.

A través de la equidad, para Aristóteles, -corrección de la generalidad de la ley-, la letra de la ley cobra vida, a través de la interpretación, evitando resultados injustos y disvaliosos por ser literalmente aplicados a un caso concreto, juzga entonces, a través de la justicia y no de la ley misma (Grisolía, 2013).

No se ve entonces, óbice alguno para que esta herramienta no pueda ser utilizada en el caso concreto donde se discuta una pretensión constitucional, y que a la vez sea creadora de nuevas pautas y herramientas para materializar cauces adjetivos e institutos necesarios para hacer efectivos cada uno de los derechos fundamentales de la persona humana, o que siendo utilizada sea etiquetada como violatoria del principio de separación

de poderes. Veremos más adelante, esta atribución del poder judicial, como el inveterado brocardo *iura novit curia*.

La aplicación literal de una norma puede muchas veces generar arbitrariedades e injusticias, habrá que darle, entonces, mayor entidad al fin tutelado por todo el ordenamiento, integralmente considerado, cuando la aplicación de una ley general afecte el caso particular, o una ley a la constitución ¿quién más que el juez puede llevar adelante esta tarea?

Amparo

El amparo nace en México allá por 1841, si bien no es expresado literalmente con este nombre, se hace clara alusión al procedimiento de una acción expedita de defensa de derechos humanos, cuando éstos sean violados por una acción u omisión estatal.

En Argentina, se lo reconoció como protector de estos derechos en dos fallos de la CSJN, Siri y Kot, de 1957 uno y 1958 el otro. Este reconocimiento llevó un tiempo de maduración, si es que es aplicable un término que hace alusión a cierta progresividad y crecimiento de cuestiones fundamentales de nuestra existencia, ya que si analizamos nuestra teoría jurídica, filosófica y axiológica, éstas vienen dadas con nuestra sola condición de ser persona humana y simplemente existir. De todas maneras, su génesis fue jurisprudencialmente, como sabemos, en ejercicio del poder constituyente material.

Antes de estos fallos, hubo planteos bajo esta forma, que fueron desestimados con dos argumentos; el amparo no existía en el ordenamiento jurídico argentino, o el hábeas corpus no permitía la protección de derechos distintos al de la libertad física (Ávalos, Buteler, Massimino, 2014).

Los autores al describir lo que la CSJN determina en el caso Siri, que ya había sido denegado en primera y segunda instancia, explican:

La Corte con fundamento en el art.33 de la CN, produjo un golpe de timón jurisprudencial al señalar que bastaba la comprobación inmediata de la violación

del derecho constitucional para que el mismo sea restablecido, sin que pudiera alegarse la inexistencia de una ley que reglamente la garantía del amparo.

Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. (Ávalos, Buteler, Massimino, 2014, pág. 278).

En base a este postulado, cabe preguntarse ¿Cuántos casos antes de este fallo han quedado acodados en la barra de la injusticia y el abandono? ¿Cuántos actores anónimos hoy para nosotros se acostumbraron a vivir en la inconstitucionalidad? Sentenciados por una judicatura literalmente ciega, rayana a la desidia de hacer interpretaciones flexibles de una letra muerta, que necesita ese aliento de vida de los jueces. Algo si es apreciable, fueron acciones expeditas, pero de negación en nombre de la ley.

Como señala Burgoa (1983) la creación de mecanismos de defensa debe ser posterior a los elementos tutelados. Habría que establecer, sin embargo, cuánto tiempo después deben ser creados aquellos, la anomia cancelando derechos fundamentales como regla hasta no tener una herramienta positiva, ya es de por sí inconstitucional y una afrenta al sentido común.

Aun así, en estos fallos fueron perfilándose, poco a poco, las notas características para su procedencia, como a) la violación arbitraria de un derecho humano, constitucionalmente diferente del de la libertad física, b) debe causar un daño grave e irreparable, c) que no exista otra vía para remediar dicha violación constitucional.

En 1966, se sanciona la Ley 19.686 de amparo. Es interesante en este punto, hacer una observación: la misma nace durante una dictadura militar en nuestro país. Una de las tantas contradicciones a las que vienen sobreviviendo los operadores jurídicos a la hora de hablar y estructurar sistemas de control de legalidad y defensa de derechos humanos y libertades individuales; siempre en situaciones críticas, por un lado el plano ideal y por otro el plano sensible: la eterna inadecuación entre ellos, siempre como reacciones a condiciones adversas, por ende a destiempo, soluciones laxas y conformistas, nunca como facultad previsoras y sensatas para evitar males mayores.

Es evidente, cómo hasta la estructuración del derecho, no puede abstraerse de ciertas necesidades, como por ejemplo las económicas, que pensar siquiera poner en pausa a éstas resulta descabellado e imposible, pero restringir derechos fundamentales de las personas y negarlos hasta la creación de un instituto que los proteja es muchas veces considerado, y en ciertos casos es una elección siempre posible, inclusive a través de la reglamentación de estos por la autoridad administrativa, donde disimuladamente sus disposiciones exceden la discrecionalidad y la razonabilidad de las misma.

Con la reforma constitucional de 1994, éste instituto cobra definitivamente materialidad y su esencia queda plasmada en el artículo 43 de nuestra Constitución como la garantía de las garantías, de la siguiente manera:

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

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.¹⁷

Las notas tipificantes del artículo en cuestión dejan entrever que se trata de una acción, el legitimado activo es toda persona, es una acción rápida y expedita, -o al menos eso se pretende-, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, es procedente contra todo acto u omisión, la legitimación pasiva la revisten autoridades públicas o particulares, el acto debe ser actual o inminente, que lesione, restrinja, altere, amenace

¹⁷ Art. 43, Constitución Nacional Argentina.

arbitrariamente o con ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos por la Constitución, tratados o una ley.

Por su parte, la ley 19.686, que reglamenta el amparo del artículo 43 de la Carta Magna, define el amparo en su artículo 1, como:

La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.¹⁸

El artículo citado, guarda gran similitud con el propio de la Constitución, ahora bien, lo que merece atención es la redacción del artículo 2 de esta ley, el cual enuncia:

La acción de amparo no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;
- b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970;
- c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;
- d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;
- e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince (15) días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.¹⁹

¹⁸ Art. 1, Ley 19.686 de Acción de amparo.

¹⁹ Art. 2, Ley 19.686 de Acción de amparo.

Este artículo presenta prima facie, algunas cuestiones a considerar, la primera en su inciso “a”, donde enuncia que no procederá si existen otros recursos o remedios judiciales o administrativos, a diferencia del artículo Constitucional que sólo precisa los judiciales. Esto es un claro sesgo a favor de la administración pública, que en su régimen exorbitante, ante actos u omisiones precisa que todo procedimiento agote primero la vía administrativa, y luego habilitarse la judicial, desnutriendo el propósito expedito y rápido del amparo y reduciendo su marco de acción considerablemente contra acciones y omisiones de autoridades públicas, cuestiones estas que suscitaron la creación de dicha garantía, cobra así un tamiz contradictorio que más que reglamentar, pareciera que pretende limitar el instituto.

El inciso “b” determina que no procede contra actos que provengan del Poder Judicial, o dictados en virtud de la aplicación de la ley 16.970. Recordemos que la ley 19.686 ha sido dictada por el gobierno de la Revolución Argentina, lo cual fundamenta la necesidad de la irrecorribilidad contra actos en aplicación de la ley 16.970 de Defensa Nacional. Lo que genera dudas es la disyunción “o”. Estimamos que en pleno ejercicio de la democracia, este inciso ha quedado en desuso, pero su lectura sigue generando incomodidades.

Varios autores doctrinarios han dado en llamar a esta ley, irónicamente, la “ley del desamparo”, entre ellos, Genaro Carrió.

Dapkevicius considera:

“Varias de estas excepciones podrían dar lugar a un acotamiento serio de la garantía, porque permitirían declarar múltiples acciones manifiestamente improcedentes.” (Dapkevicius, 2011, pág. 136)

Sagués (2006) por su parte considera que el campo de acción del amparo generalmente está descripto en las Constituciones, aunque no siempre. Una ley reglamentaria podría ampliar la superficie del amparo, pero no reducirla, ya que la Constitución funciona como un piso y no como techo del instituto (Sagués, 2006). Atinada opinión de este autor, a pesar de que no ha sido el caso de nuestro país, sin embargo, la ley de amparo, no ha sido derogada.

No obstante, como la constitucionalización del instituto es posterior a la sanción de la ley 19.686 que reglamenta el mismo, ante la menor duda entre la validez de una u otra norma, habría que estar por la primera, no sólo por la superioridad en la pirámide jerárquica, sino también, según mi entendimiento, por el principio “ley posterior deroga ley anterior”. El instituto en su constitucionalización adquiere la misma jerarquía de los derechos que protege (Ávalos, Buteler, Massimino, 2014), la especialidad y su importancia está dada así de manera indiscutible, además de la ampliación de actos frente a los cuales puede postularse este remedio constitucional, entre ellos contra actos de particulares y no sólo contra acciones u omisiones de los poderes públicos.

Los autores citados destacan algunos aspectos de este rejuvenecido amparo:

- a) Se admite la declaración judicial de inconstitucionalidad de normas por dicho cauce.
- b) No menciona el procedimiento administrativo como vía previa a transitar antes del amparo.
- c) Amplía protección contra derechos reconocidos por leyes y tratados
- d) No menciona plazo de caducidad para promover la acción.
- e) Hace extensivo el amparo a los particulares.

Este reconocimiento constitucional del amparo, es reforzado a la vez, por la incorporación de los tratados internacionales a través del art. 75 inc.22., los cuales prevén un recurso judicial sencillo y expedito que permita la protección de derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Cantos”²⁰ señala:

Los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos.

²⁰ Cantos, José María v. Argentina. Informe 75/98 (Sagués, 2006, pág. 182).

En esta línea argumental, donde los tratados internacionales sobre derechos humanos pasan a formar parte de nuestro ordenamiento, es dable mencionar el llamado “amparo interamericano” materializado en el art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), a través del cual, se puede llegar a finalizar la discusión sobre si el amparo debe proceder sólo contra violaciones de derechos fundamentales provenientes de la Constitución y no de otras fuentes legales, reforzando la redacción del art. 43 de la Norma Fundamental. El mismo, se pronuncia de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²¹

Este recurso deberá ser respetado por los países adheridos a dicho Pacto, para garantizar los derechos fundamentales de diferentes fuentes jurídicas como la Constitución, la Convención misma y las leyes internas, no obrar de conformidad con este artículo, convierte automáticamente al Estado en infractor. Las denuncias podrán ser planteadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De todas las normas que tratan sobre el amparo, a saber: Constitución Nacional, Pacto de San José y otros Tratados de igual jerarquía y leyes reglamentarias del instituto, Sagués infiere la siguiente conclusión:

²¹ Art. 25, Convención Americana de Derechos Humanos.

Conforme el principio pro homine que rige en materia de interpretación de tratados de derechos humanos, debe aplicarse en favor de la persona la norma que más lo favorezca.

Si las reglas del art. 43 de la C.N. son mejores para el individuo, o las de la ley 16.986, si se tratare de amparo contra actos de autoridad pública, o del Código Procesal Civil y Comercial, de tratarse de amparos contra particulares, ella prevalecerá sobre el Pacto. Caso contrario, predominará éste (Sagués, 2006, pág. 189).

A pesar de la claridad de las normas bajo análisis, que de manera inequívoca sientan la posibilidad del control de constitucionalidad a través del amparo, vale decir, con una acción y no sólo como excepción, es evidente cómo a nivel internacional la tendencia es expandir la defensa de los derechos fundamentales, a través de toda fuente legal disponible, implementando garantías “todo terreno”, la letra de estos tratados entran a nuestro ordenamiento a través de la Carta Magna, y estos principios se vierten así sobre todo el plexo normativo. Sin embargo, dentro de este sistema legal, a medida que se va bajando en la jerarquía legal, se aprecia una cierta renuencia sobre todo a nivel reglamentos y actos administrativos, donde por medio de su función de reglamentar el ejercicio de estos derechos, es llevada a cabo con desidia y hasta con cierto desinterés sobre la vigencia de estas garantías y normas fundamentales, a pesar de que el fundamento de su obrar sea el bien común; se rehúsa a la utilización de herramientas expeditas que cuestionen su obrar, en favor de un régimen administrativo rayano a la inconstitucionalidad, donde hasta la especialización de amparo que utiliza (amparo por mora) es todo lo contrario al fundamento por el cual aquel existe, y sobreviene luego de un ritualismo, como se lo ha definido: inútil, en favor de una omnímoda administración.

Habría que indagar cuál es la tésis que hace la administración del concepto “bien común” para entender cuál es el significado que le atribuye al mismo, pues no es congruente su accionar con los mandamientos legales, de los cuales el intérprete necesario y final es el Poder Judicial. Esta pretensión de abstraerse a garantías, procedimientos y derechos fundamentales de la administración hace de sus mandamientos, no menos que dudosos.

El sólo hecho de pensar, la vía recursiva administrativa, luego la acción contenciosa, instancias apelativas, hasta llegar algún día, eventualmente a un tribunal Internacional, para resolver cuestiones reglamentarias y sobre actos y hechos de la administración, evidencian un sistema esquivo a aceptar estos “remedios” urgentes, ahora bien, si releemos el inciso “a” de ley de amparo que dice: *“existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”* suponemos que no se refiere a recursos o remedios administrativos como estos, definitivamente improcedentes, que en definitiva no han sido creados para tutelar este tipo de derechos, sino más bien a la administración misma.

Como contrapartida, vale tener en cuenta las palabras de Sagués sobre el trabajo intelectual de los Jueces internacionales, que se aplican, en realidad, a todos los jueces:

Los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento solamente “desde” tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo y axiológico donde se debate una posible infracción a aquellos derechos (Sagués, 2018, pág. 68).

Reforma de 1994. Examen de ingreso a la legislación del amparo constitucional.

Ni bien se terminó de escribir el artículo 43 en la Constitución, esta garantía expedita fue puesta a prueba, se la enfrentó de bruces con una situación que se catalogó como única en el mundo (Sagués, 2006), esto es: el corralito financiero.

Se vivían tiempos álgidos, una conflagración de leyes, decretos de necesidad urgencia impedían reintegros de dinero en depósitos bancarios. Queda claro, que los afectados en su derecho a la propiedad, y su inviolabilidad, recurrieron inmediatamente al proceso de amparo, a través de los cuales, algunos de los actores vieron acogidas sus pretensiones, y la correlativa reposición al estado anterior de las cosas. Vale decir, los tribunales, a través de medidas cautelares declaraban inconstitucionales todos los preceptos argüidos por la administración para legitimar este “corralito” (Sagués, 2006).

El Ejecutivo en respuesta a este accionar cautelar, en el artículo 12 del decreto 214/02 demandaba y decidía impedir la articulación de los amparos, violando los derechos de todos, o pretendiendo violar, pero también desoyendo jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual enunció en sendas oportunidades que el amparo no se suspende ni ante estado de sitio.²² Así, se intentó impedir el acceso a la jurisdicción y al debido proceso. (Sagués. 2006). Ante el desasosiego y la agonía de su imperium, la inagotable demagogia hipócrita del Ejecutivo, a través de su congénita mezquindad, acusó a los jueces de perjudicar el sistema financiero, no medir los resultados de sus sentencias y devolver billetes que no existían.

Desde entonces a la fecha, y por qué no, desde tiempos inmemoriales, se ha pretendido asolar las garantías y los derechos fundamentales en nombre de la gobernabilidad. La discrecionalidad travestida de abuso, convierte la legalidad en un vodevil para distraer palurdos, en un desiderátum, un sinsentido que nos ultraja, para el deleite de unos pocos fetichistas muy bien vestidos. El poder es un monstruo que se come los momentos y la lógica no lo alcanza, menos la vergüenza y la responsabilidad. Platón con inalcanzable lucidez lo deja claro:

Si puedes encontrar un modo de vida mejor que el poder para los que van a detentar el poder, te es posible estructurar una ciudad bien administrada, pues sólo en ella gobernarán los que en verdad son ricos, no en otro, sino en esa riqueza que necesita el hombre feliz: una vida buena y sensata. Por el contrario, si los mendigos y hambrientos de bienes privados se arrojan sobre el ámbito público, porque creen que es preciso arrebatarse de allí lo bueno, no podrás, pues el gobierno se vuelve objeto de disputa y esta guerra entre allegados, es decir interna, los destruye a ellos y al resto de la ciudad (Platón, 2005, pág. 458).

²² Conf. OC 8/87. (Sagués, 2006, pág. 242).

Recurso Extraordinario Federal. Ley 48. ¿Inconstitucionalidad por vetustez?

Ya hemos anticipado una serie de obstáculos, llamados requisitos a la hora de ejercer cualquier herramienta de control en nuestro ordenamiento, ya sean aquellos definidos como de excepción, o los considerados como acción.

Hemos visto, por ejemplo, la ley reglamentaria de Amparo, o los requisitos rituales de procedencia del Recurso Extraordinario Federal, donde el formalismo cobra protagonismo en detrimento de la arbitrariedad y la ilegalidad manifiesta. El legislador, evidentemente a través de estos ritualismos, evidencia una total desidia, un absoluto menosprecio por el paso del tiempo como de las situaciones subjetivas particulares. Tanto es su menosprecio, que considera que el tiempo no pasa, por ende, habrá que atravesar un ritualismo inútil para conseguir tutela, siguiendo un camino en blanco y negro, construido otrora, en tiempos lejanos y costumbres extrañas a nuestras necesidades actuales.

Así las cosas, el ejercicio del control procesalmente está descrito a través de normas antiquísimas como la Ley 27 y ley 48 que establecen rigorismos formales para ser dignos de una tutela judicial efectiva. Se los presenta como inocuos estandartes de la legalidad y el orden, pero en realidad son obstáculos violentos e inútiles para un mejor desenvolvimiento de las causas constitucionales, que llegan o deberían llegar con premura a los estrados de la CSJN. Como en el amparo, donde hay tips que deben ser cumplimentados, so riesgo, de no ser admitida la acción, en este procedimiento, la CSJN evalúa, no la importancia de lo fallado anteriormente, y las posibles violaciones constitucionales o abusos arbitrarios e ilegítimos, sino la importancia institucional que pueda tener lo resuelto por los tribunales primigenios. Por debajo de la alharaca de los derechos fundamentales, y el deber de impartir justicia, sólo se entretajan maniobras para mantener las cosas como están, si hay perjuicio o gravamen, se le impone al administrado, una cuota inhumana de paciencia y estoicismo para soportar el daño; mientras tanto, deberá seguir un camino que a su vez conculca, tal vez en mayor cuantía, los derechos por los cuales se encuentra en el proceso. “La ley 48, aparece en nuestro sistema, también como tributaria de la Judiciary Act

norteamericana de 1789, norma esta que la Corte norteamericana declarará inconstitucional por ampliar en demasía sus atribuciones” (Gozaíni, 2015).

A través de esta incorporación, nace el recurso extraordinario, cuya finalidad es el de ejercer el control de constitucionalidad. El artículo 14 de dicha ley, prescribe:

Art. 14 - Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.²³

De la inteligencia de este artículo, se desprende claramente que la cuestión federal debe haber sido planteada en el contradictorio, así la Corte podrá expedirse sobre la misma, pronunciándose sobre el caso concreto, trátase éste de normas o actos de autoridades nacionales y locales, ejercerá a su vez, la casación de normas y actos federales.

Gozaíni observa al respecto del modelo de control:

²³ Art 14. Ley 48. Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales.

Existe desde nuestros ancestros una costumbre aceptada y tolerada donde convive un modelo de control pensado para la confianza en los jueces y otro modelo procesal previsto para que la actuación de los jueces sea ocasional, porque justamente se desconfía de ese poder tan amplio de interpretación (Gozáini, 2015, pág. 84).

Con el paso de los años, se fueron dictando leyes que fueron acotando el margen de acción del recurso, así la actuación de la Corte fue perfilándose como de apelación contra sentencias definitivas de Cámaras Federales. Luego, a través de la ley 17.454, se acotó y se reafirmó su intervención, únicamente cuando se alegue el artículo 14 de la ley 48.

En 1990, por medio de ley 23.774 se promueve la selección de causas, de acuerdo a la relevancia institucional que tengan éstas, si no fueran relevantes debajo de este prisma de selección, serán inadmisibles y desestimadas por falta de agravio federal suficiente con la sola mención del art. 280 del Código Procesal.

En 2007, la CSJN dictó la Acordada N° 4, a través de la cual fija pautas formales para el escrito del recurso. El mismo no debe exceder de 40 páginas, de 26 renglones, letra de tamaño no menor a 12 puntos, debe constar de una carátula con los datos sobre las partes, expediente, juez que dictó decisorio recurrido, mención clara de las cuestiones federales (o que se pretenden de incumbencia federal), cita de normas en conflicto. La inobservancia de estos recaudos, llevará consigo la desestimación de dicha pretensión, citando solamente la norma reglamentaria no observada. Salvo que, según su sana discreción no constituya obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva (Ávalos, Buteler, Massimino, 2014, pág. 400).

Si aún, el lector no se ha alarmado y su conocimiento jurídico no se ha levantado ante el grosero comportamiento del principal Tribunal de la Nación, al tratarse la calidad de derechos que llegan a sus estrados, puedo mencionar, sin ánimos de profundizar, respecto al recurso de Queja ante la denegatoria de Recurso Extraordinario, que el justiciable al presentar el recurso directo, deberá, como requisito formal, depositar \$5.000. Sila queja fuera admitida, el depósito será devuelto, de lo contrario, el mismo se perderá. Si bien, este requisito advierte sobre quiénes estarán exentos de pagarlo, el mismo atenta contra el acceso gratuito a la Justicia, en realidad todo el procedimiento que estamos estudiando demuestra esta grieta mendaz de un sistema de justicia gratuito, las tasas de justicia son

clara evidencia de la distancia de la realidad con dicho principio, y este requisito de la Acordada 02/2007 es lapidario en cuanto a la inobservancia de aquel. La tutela judicial efectiva, la gratuidad y la verdad material quedan aprisionadas en solamente un bello sueño, que se escucha bien, un idílico que alborota el corazón de los románticos y despierta las más variadas pasiones, acaricia tanto los deseos que su accionar más que judicial se parece cada vez más a la retórica política.

Como dice Gozáini:

El control constitucional queda aprisionado entre rigideces formales y un exceso discrecional. El marco legal de admisión es una ley del siglo XIX, pensada para un sistema de máxima confianza en los jueces, donde la cuestión estriba en la confrontación entre la ley, actos y disposiciones actuando en contra de la Norma Fundamental (Gozáini, 2015, pág. 89).

Habrá que buscar en los hechos, cuál es el beneficio de los derechos en pugna, la aplicación de estos requisitos formales. Estas expresiones, arriba apuntadas, dejan más que seguridad jurídica, lo opuesto; de acceso a la tutela judicial efectiva no tiene nada, sin embargo, no queda más que inferir de lo dicho que esta CSJN no siempre utiliza su sana discreción, y que si los requisitos supra citados no obstaculizan la sustanciación del recurso, pues, puede proceder igual, según las circunstancias, dispensando discrecionalmente la omisión de éstos (sin responsabilidad alguna en uno u otro caso), donde la garantía de igualdad queda relegada evidentemente a un mero eufemismo o lo que es peor: un desideratum.

Es evidente que el criterio de plantear la acción de control a través de este Recurso, de excepción, apunta más a la negación de acogerlo, de obstaculizar su procedencia con requisitos que se plantean en un primer momento como obligatorios, pero que luego se pueden dispensar según la sana crítica, cuando en realidad, todo actuar judicial debería estar embebido en ésta. El camino en sí, de la excepción ha ido acotándose, es cada vez más fino, tanto así que el justiciable termina haciendo equilibrio al caminar sobre una cuerda floja.

Control de oficio.

Una de las principales disquisiciones con respecto al tema de la forma de procedencia del control, es sin duda la potestad de los jueces de poder declarar de oficio la inconstitucionalidad, ya que de hacerlo así, las principales doctrinas opositoras sostienen que el Juez estaría violando el derecho de defensa, o interfiriendo en la esfera privada de las personas, exentas de la revisión de los magistrados, según la misma Constitución.

Por su parte quienes adhieren al mismo, yerguen otros argumentos a favor, vale decir, el control es una cuestión de derecho, no de hecho, y el más significativo es el que enuncia la potestad intrínseca del juez de poder suplir el derecho invocado o invocado de manera incorrecta plasmado a través del brocardo *iura novit curiae* como herramienta para mantener la supremacía de la Constitución.

A través de la historia, la CSJN por medio de la sentencia “Ganadera Los Lagos c/ Estado nacional”²⁴ dejó plasmada su posición al respecto, considerando que los tribunales no podían declarar de oficio la inconstitucionalidad si no había sido solicitada por alguna de las partes (Laplacette, 2016).

A su vez, se ha sostenido, con cierta contumacia, que este coto encuentra fundamento en el principio de división de poderes, pues ejercer esta potestad, sin una pretensión deducida por parte interesada generará desequilibrio entre los poderes. Si desmembramos este razonamiento queda a la vista que es enclenque, pues, ¿cómo la declaración de oficio puede alterar el equilibrio de los poderes, y el pedido de alguno de los litigantes no? ¿Dónde radica la diferencia? Si una democracia representativa como la nuestra, dota a sus funcionarios públicos de un poder delegado por el poder constituyente, para defender y subrogarse en la voluntad del pueblo de vivir con dignidad y libertad, no habría obstáculo según mi posición, de que tal declaración de oficio sea equivocada. Si nos atamos a dicho pensamiento, los poderes públicos no podrían funcionar, sino a través de instancia de parte, los Legisladores no podrán sancionar leyes, si los ciudadanos no las reclamaran, la Administración, tampoco podría administrar recursos ni dictar actos administrativos o

²⁴ CSJN Ganadera Los lagos S.A c/ Estado Nacional Fallos, 190:142. -1917- (Laplacette, 2016, pág. 107).

reglamentos, sino a través de la petición ciudadana. Claro está, que esto no es así, el sistema no funciona así, simplemente se busca que el control no proceda de una u otra manera.

Sagués (2006), enumera una serie de posibilidades de realización de este control en el derecho comparado, lo cual no obsta a su aplicación en nuestro país: a) silencio constitucional. El silencio ha sido suplido por los jueces. (Uruguay, Estados Unidos); b) prohibición tácita. La Constitución admite el planteo de inconstitucionalidad por las partes. (Guatemala); c) autorización constitucional. Facultad concedida al tribunal la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, aunque no se impone hacerlo de oficio (Chile).

Argentina, por su parte ha adherido históricamente, a una tesis que niega este tipo de Control, a través de argumentos brindados por la CSJN como el desequilibrio de poderes, la presunción de legalidad de los actos estatales y la violación del derecho de defensa, una doctrina negatoria que duró sesenta años (Laplacette, 2016).

Sin embargo, ante el silencio, con ciertas salvedades, como por ejemplo cuando estaban en juego temas de competencia o la autoridad institucional de la Corte, si era absolutamente posible que ella declarase inconstitucionalidades de oficio (Sagués, 2006).

Así se ha observado por ejemplo en “Partido Provincial Unión Santiaguense”²⁵, y “Alejandro Bianchi y Cía”²⁶ entre otros.

Cabe mencionar, no obstante, como señala Laplacette (2016), que mientras la Corte mantenía esta postura negatoria del control de oficio, permitió a su vez que los jueces provinciales puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas provinciales, con la limitación de no poder hacer lo mismo con normas nacionales, sin petición de parte. He aquí una inconsistencia a nivel federal, ¿Acaso el control de oficio en las provincias, regulado sólo como una herramienta procesal más, no viola la presunción de legitimidad de los actos públicos, no afecta el derecho de defensa o la división de poderes? Si estas argumentaciones sustentaran seriamente las exigencias que pretenden regular, no sería

²⁵ CSJN. Partido provincial Unión Santiaguense. Fallos, 238:288. -1957- (Laplacette, 2016, pág. 111).

²⁶ CSJN. Bianchi Alejandro y cía. C/Nación Argentina. Fallos, 248:398. -1960- (Laplacette, 2016, pág. 112).

admisible dicho control ni a nivel nacional y tampoco en las provincias, pareciera ser un capricho más que una exigencia legal, derivada de la sana crítica jurídica.

Siguiendo a Laplacette (2016) en el trayecto histórico de las posturas de la Corte, en los años ochenta, los jueces Fayt y Belluscio se levantaron contra la doctrina tradicional en “Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario”²⁷ En sus disidencias, sostuvieron: a) los tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley en abstracto, necesitan una causa. b) aun así, no necesariamente debe haber petición de parte interesada, pues el control versa sobre cuestiones de derecho, no de hecho, los jueces, entonces, pueden suplir el derecho que las partes invocan o invocan erróneamente, a través del principio *iura novit curiae* para efectivizar la supremacía de la Constitución. c) citando el artículo 31 de la Carta Magna, de éste se deriva la potestad de los jueces, sin discriminar jerarquía o entre nacionales y provinciales, de examinar leyes en casos concretos traídos a sus estrados, y de confrontar a éstas con la Constitución, pudiendo abstenerse de aplicarlas si se oponen a ésta, facultad que escapa al simple requerimiento de las partes, pues es un deber el de aplicar el derecho.

En “Mill de Pereyra”²⁸ la postura minoritaria a favor del control de oficio, pasó a ser mayoría con los votos de Boggiano y Vázquez.

Siguiendo el transcurso del tiempo de madurez del instituto de oficio, en “Banco Comercial de Finanzas s/quiebra”²⁹ el voto a favor del control fue dado por Fayt, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

Como resultado de este sucinto relato histórico, vemos como se ha ido modificando el pétreo proceso del ejercicio de control, dejando aunque más no sea, jurisprudencialmente, obsoletas las leyes 27 y 48, no obstante, estos golpes de timón, no se han materializado luego, en un nuevo paquete de leyes para este proceso, y las oposiciones siguen anidando en las mismas argumentaciones, el tema en la realidad, sigue dando vueltas en lo mismo, reforzando el pensamiento y argumentación circular que a nadie sirve ni a nadie ayuda.

²⁷ CSJN. Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario. Fallos, 306:303 -1984- (Laplacette, 2016, pág. 114).

²⁸ CSJN. Mill de Pereyra Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes. Fallos, 324:3219. -2001- (Laplacette, 2016, pág. 115).

²⁹ CSJN. Banco Comercial de Finanzas s/quiebra. Fallos, 327:3117 -2004- (Laplacette, 2016, pág. 11).

No obstante, podemos aseverar que la historia de formación del control, podría considerarse casuística y hasta inconstitucional, pues a través del poder constituyente material y de oficio, desde *Marbury v. Madison*, cada una de sus variantes y posibilidades, ya sea como acción o excepción, con efecto inter partes o erga omnes, a instancia de parte o de oficio, se han ido elaborando así: de oficio, materialmente, en el quehacer cotidiano, como poder implícito de los jueces de hacer interpretaciones y mantener con ello la pretendida superioridad constitucional por sobre todo el ordenamiento restante.

Al decir de Sagués (2006) se afianzó como pilar del sistema político de los países, eliminarlo a través de una ley sería una aberración jurídica e inconstitucional.

Sin embargo, se evidencia una circunstancia que es uniforme en todas las variantes que ofrecemos en este trabajo, no mengua en ninguna de las posibilidades de ejercicio de este instituto, esta es la persistente voluntad de todo el sistema, no solamente de la CSJN y del resto de los tribunales nacionales, de promover la inconstitucionalidad como regla, y la constitucionalidad como excepción, ello es evidente ante la larga lista de oposiciones, “reglamentaciones” excesivas, negativas notorias, tiempos larguísimos para que las acciones se desarrollen procesalmente, tiempos que atentan contra la efectiva realización del valor justicia, más grave aún contra la existencia misma de las personas en este plano empírico y sensible, amenazas contra las garantías de igualdad y gratuidad del acceso a la justicia, las cuestiones políticas no judiciales, el eterno deseo de una administración y su régimen exorbitante de estar exentos de cualquier tipo de control, las despóticas legislaturas que no representan más que partidos políticos y ejercitan en cada sesión únicamente la erística política.

Para finalizar, pretender que se aplique mal un derecho por no haberse invocado por parte interesada el debido control y la cuestión constitucional, va contra toda la teoría jurídica y contra la razón misma de ser de justicia. Bajo esta lógica, empoderar a un juez con facultades revisoras y a la vez sostener que si lo hace viola derechos y deberes tanto de las personas como de los otros poderes, es contradictorio y descabellado, rayano a la inutilidad manifiesta. Relativizar todo lo que rodea a esta función, literalmente es la herencia de un sistema mezquino a ejercer una administración, -en todo lo que significa la palabra-, plena, proba, repleta de la vigencia de valores de una sociedad seria. No está demás destacar que a través de estas teorías sesgadas, farisaicas y alambicadas, en los

hechos no han logrado más que reforzar la desconfianza y el descreimiento del quehacer judicial, se aprecia una justicia floja, un león enjaulado, lento, que todo le rebota, un imperio añejo que se ha encerrado en sus ampulosos palacios a ver pasar la vida y a tocar de oído, siempre a destiempo lo que la sociedad le demande, porque nunca la ha conocido, no ha seguido el camino del porvenir y el progreso.

La justicia se ha encerrado en su cuarto a ver la foto de una sociedad en blanco y negro, tiempos que fueron, mafiosos con ametralladoras a carretel y leyes de esos tiempos, demarcatorias de procesos obsoletos para revertir lo que ya fue, nunca esperó lo que será y no está preparada, lamentablemente para ser, siempre será, allá lejos, pretérita.

Iura novit curiae

Este aforismo, estrechamente relacionado con el control de oficio, y con la actividad del juez, tiene importancia a la hora de interpretar e integrar el derecho invocado por las partes ante él. Si es necesario, olvidar el derecho aducido por los justiciables y suplir él, el mismo, por uno que conforme mejor o de forma más completa las exigencias, en este caso, de la Constitución.

Sentís Melendo (1957), sostiene que este brocardo sintetiza el deber del juez, pero más aún la libertad de éste. Ya que unidos el conocimiento del derecho, el deber del juez y el conocimiento del hecho, juntos, contribuirán a que la ley no falle en su destino de hacer justicia.

En la contraparte, se encuentra Laplacette (2016) que entiende que es exagerado creer que el juez no requiera el auxilio de las partes para determinar el derecho. Este autor toma el aforismo de manera literal, porque claramente a esta ficción de que el juez conoce “todo” el derecho, y la jurisprudencia, es sólo un principio vector, ya que es humanamente imposible conocer todo. Sin embargo, su realismo termina en una cierta aseveración:

Sabemos que los jueces no pueden dominar todo el derecho, aunque eso, es aceptado como ficción. Hoy también aceptamos la ficción de que es el juez, y no un empleado, quien en ocasiones redacta las sentencias, y gracias a esta doble ficción, llegamos a un

iura novit vicarius, a pesar de que quizás, aun no logre aprobar las últimas materias de la carrera (Laplacette, 2016, pág. 131).

La literalidad, como hemos visto, nos trae problemas, injusticias por un lado o realidades que no queremos aceptar, por otro.

Sin embargo, a favor del *iura novit curiae*, Sentís Melendo sostiene a su favor:

Cuando el juez aplica el derecho que corresponde al caso controvertido, porque lo conoce, haya sido alegado o no por las partes; cuando el juez investiga el hecho alegado, pero quizá no bien probado, contribuye a una mejor justicia; y no falta con esa iniciativa a ninguno de los principios que dominan el derecho procesal (Sentís Melendo, 1957, pág. 11).

Si no falta a los principios procesales, menos fallará al más importante dentro de sus atribuciones: conocer el derecho, su obligación fundamental.

Desde antaño, se ha sostenido que los jueces tienen esta facultad de calificar las acciones de acuerdo a los hechos, pudiendo reparar el error en la invocación del derecho (Sentís Melendo, 1957).

A pesar de la profusa jurisprudencia a favor, Laplacette (2016) aclara una cuestión teórica, digna de tener en cuenta, que enuncia que ciertos hechos determinantes para la aplicación de una norma, difieren de los hechos que determinan la constitucionalidad o inconstitucionalidad. Aquí es donde entra a terciar y se aplica el argumento de violación de derecho de defensa, porque se aduce que las partes “si hubiesen sabido que existía una cuestión constitucional, habrían podido producir prueba conducente a demostrar su tesis constitucional a favor o en contra”, existen casos según este autor, donde actores no solicitan la inconstitucionalidad de una norma, muchas veces, éstos amparados en estas normas reclaman algo allí dispuesto y reciben un veredicto en contra.

Por supuesto que hay que estar al caso concreto, y cada situación en particular, incluso también al área del derecho de que se trate. Pero pensar, que las partes no han podido defenderse porque en su exégesis no han considerado la posibilidad de que el planteo pueda contener en su seno un tema constitucional es naif, ya que la defensa técnica

también conoce el derecho, más allá de la retórica y la chicana, su defensa está articulada en la Constitución misma a través del artículo 18, reafirmado por Tratados Internacionales. Integrar el derecho, a través del *iura novit curiae*, no puede ser un abuso de poder, ya que el contradictorio garantiza la congruencia, la defensa y la irrenunciabilidad de derechos, y como dijimos supra, aplicar un derecho que las partes no invocaron o argumentaron erróneamente, es una obligación capital para el juez, de lo contrario las partes podrían solucionar los conflictos con métodos auto-compositivos, si prescindieran de una heterocomposición, no estarían en esa instancia.

El *iura novit curiae*, como todo lo relativo al procedimiento, con mesura, y dentro de un marco de moderación y prudencia, es una herramienta más a la hora de hacer justicia, deberá ser utilizado y justificado, ya que el proceso mismo es la garantía de defensa materializada en actos y la presunción de validez de las normas, goza de una presunción como sabemos *iuris tantum*, potencialmente puede ser derribada por acuerdo en contrario.

Pretender un ejercicio de la actividad del juez, casi pasivo, es como pretender que todos los funcionarios públicos, realicen sus actividades ante la excitación extrínseca de los ciudadanos, claro, que es refutable ¿cuánto sabe el juez del derecho aplicable y cuánto de la realidad?, es una pregunta válida de plantear, la garantía de inamovilidad, juega a mi parecer, una doble cara, sobre todo a la hora de ponderar en qué sociedad está ejerciendo su imperium, inamovilidad y la intangibilidad de su remuneración, podrían obstaculizar el claro escrutinio y razonamiento de un juez, que no necesitó de justicia nunca, un magistrado al cual el tiempo no erosiona su salario ni su estabilidad propia, deberá ser expeditivo, y sobretodo saber que es así. Constantemente debe estar embebido del más vasto conocimiento jurídico, de su constante actualización y mutación, a pesar de que el nunca perecedero aforismo de Kirchman siga vigente: “un plumazo del legislador, convierte en papel impreso inservible toda una biblioteca”.

Se puede apreciar en este capítulo que existen sobrados dispositivos para llevar adelante el control de constitucionalidad de normas y actos. Prerrogativas y poderes implícitos de los jueces como intérpretes finales de la Constitución y del derecho positivo todo. Pareciera existir cierta reticencia desde múltiples sectores de aplicar estas herramientas, incluso de la justicia misma. Como la cuestión se trata de manera dilatada y

el tiempo entre instancias es excesivo en todos los casos, la premura queda sólo enmarcada en la teoría, y el tópico constitucional queda como última ratio, lejano, casi sin importancia, nada más es un recurso extraordinario, como si ejercer nuestros derechos fundamentales fuera también, una atribución extraordinaria anexada a nuestra existencia, lo cual configura por cierto un absurdo.

Capítulo IV

Inconstitucionalidad como regla, constitucionalidad como excepción: La administración que todo lo devora.

Introducción.

Si hay una rama del derecho argentino, que presenta un repertorio extenso de tachas de inconstitucionalidad, es el derecho administrativo. Manuales y doctrina *iusadministrativista* objetando todo el tiempo los fundamentos del accionar del Estado, la ligereza con la que se legisla a su favor. Amparada en la preservación del orden público, la Administración ejerce un poder sin parangón que avasalla sin escatimar, sobre disposiciones de todo tipo. Reitero, bajo el argumento del bien y el orden público, fagocita derechos, garantías, procesos, tiempo, silencios; la administración hace de todo el ordenamiento constitucional un banquete pantagruélico, sazonado por las directivas internacionales, tanto Tratados, como opiniones y sentencias de la Corte Interamericana; todo es para ella, su hambre es devoradora. Tiene grandes amigos que legislan para ella, jueces que fallan a su favor; su régimen exorbitante le permite tener todas las funciones que tanto se discuten para el pleno funcionamiento del Estado: puede ejecutar actos, legislar, juzgar, considerar, revisar, dilatar, callar, imponer plazos, formas laxas de responsabilizarse por sus actividades y faltas de servicio, enaltece derechos cuando aspira a ser elegida, pero es la primera que apela en contra de éstos cuando ya está en el poder; todo al precio de uno, su principal virtud: puede olvidar o recordar cuando es necesario, según las circunstancias.

Pensemos, las provincias delegan un poder a la nación, pero conservan otro que es ejercido según su discreción. A su vez, los Municipios que tienen las mismas facultades, tienen sus cartas orgánicas y un concejo deliberante que emana ordenanzas de la más variada índole sobre cómo ejercer y hasta dónde llegan los derechos subjetivos. Tanto las legislaturas provinciales, como los concejos deliberantes crean todo el tiempo derecho positivo: leyes provinciales, reglamentos, ordenanzas municipales; las gobernaciones, a su vez dictan decretos. La hipertrofia legislativa equipara o excede tal vez la cantidad de administrados a quienes van dirigidas; ni hablar de entes descentralizados como AFIP con resoluciones dictadas, casi diariamente (Bianchi, 1992).

Ante este pandemónium de disposiciones, presumidas todas conocidas y válidas, no interesa mucho si sirven o no, o si se contradicen entre sí, si las acciones que consagran son legítimas o ilegítimas, - *per fas et nefas* como diría Schopenhauer-, el administrado es manoseado y es cómplice, votó para eso, la ley, según él, lo ampara.

Todo vale en el arte de la discusión y como vemos aquí, al detentar el poder también. La Administración va hacia adelante, cita cualquier norma, -propia claro está-, y si se olvida de hacerlo, goza de presunción a su favor. Quien pretenda convencer que el derecho, es una entelequia digna de leguleyos, encuentra sobrados motivos y argumentos que sustenten su posición en el ámbito del Derecho Público Argentino.

Órdenes jurídicos en el sistema federal argentino.

Nuestra Constitución a través del sistema federal, presenta a primera vista dos órdenes jurídicos en jerarquía:

- a) Ordenamiento del Estado federal.
- b) Ordenamiento de los estados que componen aquel.

Con la reforma de la Constitución del año 1994, se suman dos regímenes más:

- a) El de Ciudad de Buenos Aires.

b) El de los Municipios. Reconocidos a través del caso “Rivademar³⁰ de 1989.

En el orden jurídico nacional conviven:

- a) Constitución Nacional.
- b) Acuerdos internacionales.
- c) Leyes del Congreso.
- d) Normas de integración.
- e) Reglamentos administrativos.
- f) Decisiones administrativas del Jefe de Gabinete.
- g) Reglamentos administrativos del Poder Judicial.

Los acuerdos internacionales, a su vez se dividen en:

- a) Tratados con rango constitucional.
- b) Tratados de integración.
- c) Tratados comunes.
- d) Acuerdos ejecutivos.

Las leyes, a su vez previamente clasificadas como comunes y especiales (mayoría agravada).

Los reglamentos administrativos de rango constitucional dictados por el Presidente, pueden ser:

- a) Autónomos.
- b) Ejecutivos.
- c) Delegados.
- d) De necesidad y urgencia.

³⁰ CSJN. Rivademar Ángela D. B. c/ Municipalidad de Rosario. Fallos, 312:326. -1989- (Bianchi, 1992, pág. 128).

Por su parte los sistemas normativos provinciales, muestran las siguientes categorías:

- a) Constituciones provinciales.
- b) Acuerdos internacionales celebrados con provincias reconocidos por el Congreso.
- c) Acuerdos regionales.
- d) Tratados parciales.
- e) Leyes provinciales: comunes y las que requieren mayoría especial y reglamentos: autónomos, ejecutivos, de necesidad y urgencia.

Dentro del ordenamiento municipal, podemos enumerar tres que se dan en todos los municipios::

- a) Carta orgánica.
- b) Ordenanzas.
- c) Reglamentos.

De esta enumeración de categorías jurídicas, que como vemos no son pocas, el derecho goza de validez y se edifica sobre la base presuncional de que es conocido por todos. Todos debemos obrar conforme a derecho. Ahora, el tema se complica cuando el sistema jurídico se vuelve cada vez más complejo, y hace que el “conocimiento” jurídico sea cada vez más difícil, ello obsta por supuesto a la adecuada posibilidad de defenderse para cualquiera (Bianchi, 1992). No sólo se dificulta el conocimiento de la normativa aplicable, sino también el costo que genera movilizar todo el aparato jurisdiccional, todo el accionar del Estado, sobretodo así de mal democratizado genera costos excesivos.

La máquina de sancionar leyes.

Sin intención de profundizar en cada tipo de normas arriba citadas, sólo con ejemplificar leyes sancionadas en los últimos años se puede apreciar el gasto no sólo económico, sino social que generan leyes, traídas como utopías otrora, que hoy “gracias a nuestra apertura y conocimiento jurídico social” podemos plasmar sin mucho análisis previo. No hace falta, muchas veces, más que la exigencia de ciertos grupos minoritarios, o presiones mediáticas que no necesitan hacer mucha alharaca, dentro de esta sociedad dividida y excluyente de sí misma para que se sancione cualquier ley en nombre del positivismo o la extrema necesidad de antinomias entre memoriosos y desmemoriados.

Todo es necesario, menos la cordura y el sentido común. El fanatismo y la necesidad de tener leyes y más leyes, hace de nosotros el claro ejemplo del consumidor por excelencia, obsesivo, movilizadísimo por dos o tres pasiones de moda, aquel que se inventa necesidades o defectos, por los cuales necesita en demasía todo lo que se le ofrece, todo, todo, para suplir su vacío, es lícito, incluso si tiene que cometer delitos de cualquier especie, el estado de necesidad lo avala, su lírica es el agravio y el desmán lo fortalece.

Ese personaje muchas veces es legislador, se sienta representando a segmentos de la sociedad, siempre horrorizado del olvido de las Instituciones, exaltado por defender su pueblo abusado, agraviado, vencido por años de olvido. Gran sancionador de leyes y creador de todo artilugio discursivo, tal vez no tan letrado ni reflexivo, es excepcional aquel que conoce el ordenamiento jurídico previo, o reconoce siquiera algunos escasos principios del derecho que el mismo legisla o mejor dicho, repite. Sancionar leyes para él, es una competencia de cantidad. No conoce la calidad, salvo claro, en sus lujos privados. Ahí sí, sopesa y contrapesa las fórmulas, gran conocedor de las curvas de la oferta y la demanda. Confiscador por excelencia, avala improperios y exabruptos impositivos en nombre del Estado, un Estado que él se representa con su cara, sus banalidades, su lascivia por una eternidad como funcionario, como voz del pueblo.

Así, las leyes, la conflagración y superposición entre ellas, que este legislador sanciona ligeramente, aparte de su generalidad, generan injusticias graves, derechos ficticios que no tienen sustento, ni apoyo en otros instrumentos. Esta falta de correspondencia genera inconsistencias graves, vacíos legales, afrentas y cancelaciones mutuas, tanto entre leyes como entre las personas, antinomias que no han sido previstas en la antesala al trabajo legislativo, -porque no la hubo-, ni controladas luego por el Poder Judicial, sin que recaigan sobre éste cuestionamientos de toda índole. Leyes motivadas solamente por pasiones exacerbadas varias que poco tienen que ver con la justicia, la proporcionalidad o la equidad como moderadora, nada tienen que ver con el ordenamiento jurídico digno de respeto y obediencia.

Carrara ya habla de este fenómeno allá por 1800:

Las penas impuestas por leyes de excepción y de circunstancias son siempre el producto de ocasiones transitorias y de movimientos inconsiderados de miedo o de cólera; bajo su impulso se respetan mal los preceptos generales de la razón, y es casi imposible mantener las penas de la ley especial nueva en un justo acuerdo con las penalidades ya establecidas por otras leyes (Carrara, 2000, pág. 40).

Es claro, si bien la cita de Carrara habla específicamente de leyes penales, que esta observación aplica para todo el ordenamiento en su conjunto. Es amplio el tema, pero más con razón el tópico de las penas merece especial atención en cuanto a la relevancia, proporcionalidad y medida de las mismas.

Por dar un ejemplo actual, no menos importante es lo que ha venido a suceder a través de la sanción de la Ley de Género, 26.743, que en su seno tiende a una buena finalidad, pero que ha empezado a generar rispideces en otros ámbitos, como en el de la exigencia de la ESI (Educación Sexual Integral) cuestionando inclusive los derechos y deberes de la responsabilidad parental o la intimidad del núcleo familiar, intentando imponer creencias como si fuesen obligatorias y de orden público. Todo se circunscribe a la apreciación personal, a la autopercepción, dejando de lado cuestiones fundamentales que escapan a nuestro dominio humano, cuestiones, claramente naturales

en las cuales no tenemos interferencia ni control alguno. La subjetividad y el individualismo se han vuelto las funciones sintetizadoras de la realidad.

Ya se han suscitado casos en los cuales algunas mujeres, se auto-perciben como hombres, - en circunstancias normales de vida-, al enfrentar una pena condenatoria de prisión y al ser confinadas en cárceles de hombres, lo consideran injusto y discriminatorio, toda su ideología de la comodidad entró en crisis en la incomodidad. O casos coloridos como el de un masculino que a sus sesenta años, luego de toda una vida como hombre, se auto-percibió mujer, y cambió su DNI, para obtener el beneficio jubilatorio anticipadamente. Ambos casos dentro de lo peculiar, claro ejemplo de la “picardía” de algunos sujetos, muestran un problema sistémico que deja al arbitrio de todos, -o más bien de unos pocos-, toda una realidad, ni siquiera el Orlando de Virginia Wolff se transformaba tan rápidamente, o según su conveniencia.

Si se sigue avalando este tipo de leyes aleatorias con sesgos sectarios que generan caos, no esperemos mucho de constitucionalismo, o de justicia. Dentro de poco probablemente la justicia será también auto percibida en modelos infinitos. Romper las reglas es la condición humana que tiende hacia el avance, la evolución, el cambio, pero en nombre del progreso y fundamentada con principios razonables, excusarse solamente en rezagos o resentimientos no nos puede llevar a un cambio válido, abierto o mejor. Si la libertad no se mueve dentro de límites racionales, no es libertad. Es ambición de tener más y más al menor costo posible, sin responsabilidad, sin justicia, sin culpabilidad ni remordimientos.

De garantías y de olvidos.

La Tutela judicial efectiva como garantía.

Ante la ostensible tensión entre el agotamiento de la vía administrativa y la garantía de la tutela judicial efectiva, ante inconsistencias, falta de motivación y razonabilidad de actos de la administración, es preciso recordar lo que señala Burgoa (año 2008) sobre la procedencia y la obligación de que ante atentados contra derechos

fundamentales plasmados en la Constitución, es preciso posteriormente crear herramientas que gocen del mismo estatus para su pleno ejercicio y defensa.

Como sostiene Haro (2012) la CSJN ejerció en este tópico sobre tratados, a través del poder constituyente material, una suerte de complemento entre el derecho interno y el derecho internacional. Recordemos, que antes de la reforma constitucional de 1994, en la causa Ekmekdjian c/ Sofovich³¹ de 1992 el Tribunal Címero modificó la jerarquía entre leyes y tratados, el fundamento de tal golpe de timón, fue la ratificación argentina a la Convención de Viena sobre Tratados de 1969 (Haro, 2012).

La seguridad jurídica está conformada, entonces, por este plexo de garantías, afianzadas no sólo por una historia jurídica, a ésta se le suman como puntal los Tratados de Derechos Humanos, que han venido desde 1994 a formar parte de nuestra Constitución, con igual rango. Éstos han reforzado, incluso ampliado el ejercicio y la plena efectivización de los derechos fundamentales y sus correlativas herramientas para garantizar su perfecto goce. Algo que a medida que ahondamos en la legislación nacional, no se aprecia como una realidad jurídica, está lejos de ser respetuosa de los mandamientos convencionales. A medida que empezamos a descender en los recoletos cenáculos públicos con su infinidad de funcionarios dotados de imperium, -o no-, capaces de sentenciar, dictar acordadas, normas, decretos, ordenanzas y toda las categorías de actos legislativos, ejecutivos y jurídicos que son capaces de ejercer. Sin ser elegidos por su pericia a través de concursos públicos, o por ser simplemente representantes de mayorías (argumento utilizado en contra de la figura del Juez como legislador negativo como vimos en capítulos anteriores, que no se aplica a funcionarios administrativos evidentemente), que deciden y obran con un poder casi absoluto, amparados por el sólo capricho de hacer su voluntad, violando y vejando una amplia categoría de derechos de la más variada índole.

En la vereda de enfrente, íntimamente relacionado con el derecho a la jurisdicción, y la globalización de reconocer la existencia y sobretodo, la protección de los derechos fundamentales, una gran cantidad de Pactos internacionales se han sumado a nuestro bloque de constitucionalidad, que han robustecido este derecho a la

³¹ CSJN. Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otros. Fallos, 315:1492. -1992- (Bianchi, 1992, pág. 124).

jurisdicción, conocido, ahora, como derecho a la tutela judicial efectiva (Buteler, Ávalos, Massimino, 2014). Entre estos instrumentos internacionales tenemos a la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 8 y 25, que regulan el principio de legalidad, como nuestro artículo 18 constitucional, y el amparo interamericano; Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 8, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre art. XVIII, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arts. 2.3 y 14.1, Convención sobre los Derechos del Niño art. 12.2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial arts. 5.a y 6, Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer art. 2.c. Sobre este tema, en particular, la Corte Suprema sostuvo que el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), Ley 23.054, por ejemplo, es ley suprema de la Nación, dotado de primacía ante conflictos con leyes locales.

Sumando todos estos instrumentos al texto Constitucional, uno podría creer prima facie, que no podría haber error alguno de interpretaciones. La ficción de un ordenamiento constitucional y un procedimiento de tamaña envergadura por lo que significa para la ciudadanía, -una ciudadanía que ha delegado en esas páginas su voluntad-, concentra y disemina por todos los ordenamientos latinoamericanos una protección inédita, las garantías cobran en estos textos su máximo esplendor.

Si alguien ha sabido expresar que la teleología a la que aspira el ser humano debe ser protegida, guiada y garantizada es el maestro Burgoa, quien así se expresaba:

Todo hombre aspira a algo, todo ser humano concibe determinados fines por realizar y que implican la manera de conseguir su felicidad particular, normalmente es imposible representarse un individuo que no tenga aspiraciones, propósitos y anhelos, hacia cuya verificación encauza sus esfuerzos vitales, subjetivos y objetivos. La vida humana misma es, en esencia, la propensión de obtener la felicidad. Nadie actúa consciente y deliberadamente para ser infeliz. En la conducta inmanente y trascendente de todo hombre hay siempre un querer o volición hacia la consecución de propósitos o fines que denoten la felicidad, aunque esta no se logre (Burgoa, 2008, pág.10).

Así delimitada la existencia misma de la persona humana, ésta necesariamente debe ser tutelada, no sólo teóricamente, por un ordenamiento dotado de la más variada cantidad de herramientas de igual jerarquía que los derechos que tutelan. Hoy, esta protección goza del amparo de tratados internacionales que marcan un norte hacia dónde avanzar en materia protectoria como garantía de la plena satisfacción de existir dentro de una sociedad plural, divergente, formada por individuos de las más variadas personalidades, con intereses y formación cultural diversos. En esta inteligencia, es bueno traer nuevamente el artículo 31 de la Constitución:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.³²

Por su parte el artículo 27 de la Convención de Viena, mencionada supra, postula:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.³³

La garantía en particular de tutela judicial efectiva, que aquí nos interesa, va dirigida a toda persona que tenga un derecho subjetivo, interés legítimo, interés colectivo, dotándola del derecho de acceso a la jurisdicción, la duración del proceso pertinente debe tener una duración razonable y una sentencia eficaz. Así las cosas, todos tenemos derecho a acudir al órgano estatal y que se efectivicen los derechos conculcados. Todos tenemos derecho a obtener una resolución fundada. Aclarar esto, es necesario, pues sobre el tema del tiempo y el proceso, hay que tener en cuenta que la legislación dictada no debe ser excesiva en requisitos y formalidades para acceder al derecho a la justicia. Un derecho que impregna a través del texto constitucional la efectividad, y la garantía de obtener una sentencia a través de un proceso ágil,

³² Artículo 31 Constitución Nacional.

³³ Artículo 27, Convención de Viena.

razonable, sin desproporciones o favoritismos. Este principio encuentra su antinomia y su principal detractor amotinado en el proceso administrativo. Dotado de un exceso ritual, que poco tiene que ver con esta garantía, a pesar de que pretende desplegarse como ordenador para una máxima eficacia de la administración, sin embargo, sólo garantiza el blindado de los poderes públicos contra el ejercicio de la justicia como contralor.

Es trascendente sobre este tema, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos³⁴:

Los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto citado del artículo 8.1 de la Convención..., la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.

Como podemos apreciar, aún a grandes rasgos, la tutela judicial efectiva está descrita en las más diversas fuentes, enmarcada en un proceso idílico. A pesar de tener rango constitucional y convencional, el legislador argentino y los funcionarios administrativos no tienen para con ella, ni siquiera condescendencia, siempre remisos, a pesar de tener todas las herramientas para materializarla. No ha dejado de ser un anhelo, se ha concretado como una utopía. Simplemente tenemos que citar el agotamiento de la vía administrativa, el *solve et repete*, los plazos excesivos o la habilitación instancia, entre otras irregularidades para poder demandar al Estado, La Administración ha invadido con eufemismos bien logrados de ilegalidad y absoluto respeto, -teórico-, por el bien común a través de decretos-leyes prácticamente toda la actividad ciudadana. Ha demostrado desde siempre una mala conducta y un arraigado rechazo a ser razonable,

³⁴ Sentencia del 28 de Noviembre de 2002, Serie C, n° 97.

se niega a trabajar en sinergia, y ha hecho de la discrecionalidad a través del ejercicio de la oportunidad y conveniencia, la única verdad intocable que pretende alzarse frente a todo ordenamiento sustantivo como adjetivo. Sigue vigente un sistema jurídico antiguo en lo que atañe a la administración, mimético de sistemas aún más remotos y primitivos, que nada tienen que ver con los tiempos que corren, adjudicándole a la ciudadanía siempre una presunción de culpabilidad, casi siempre, sin derecho a defenderse y si lo pueden hacer, deberán peregrinar con el sambenito y la coraza de los autos de fe a través de todas las instancias previas, mantenidas a lo largo de los años para fatigar al administrado, con la única finalidad de aplastar sus pretensiones y mantenerse así indemne.

Será un deber de todos los ciudadanos, no solamente de los funcionarios públicos, incluidos los jueces, controlar el desenvolvimiento de la administración, con una participación más activa, como se ha pretendido a través del decreto 1172/03, regulador del acceso a la información pública y procedimientos de audiencias públicas. A través de éste, se ha pretendido controlar a la administración e implementar que el administrado tenga un papel más activo en el desenvolvimiento y administración de poder. El problema es que por un lado nadie está convencido de que puede controlar y por otro lado nadie quiere ser controlado.

Seguiremos peregrinando y descendiendo por los círculos concéntricos del Dante hacia el infierno en la medida que continuemos avalando en silencio estas prerrogativas obscenas, que ni administrados ni abogados, se animan a enfrentar, a pesar de estar avalados por todo un ordenamiento internacional, una Carta Magna y cantidad de herramientas forjadas para tal fin. La justicia si es manejada y se circunscribe a los moldes administrativos, deja de ser justicia inexorablemente, aunque se asemeja bastante a la descripción del Martín Fierro que decía:

La ley es tela de araña, y en mi ignorancia lo explico,
no la tema el hombre rico, no la tema el que mande,
pues la rompe el bicho grande y sólo enrieda a los chicos.
Es la ley como la lluvia, nunca puede ser pareja,
el que la aguanta se queja, más el asunto es sencillo,

la ley es como el cuchillo, no ofende a quien lo maneja.
Le suelen llamar espada y el nombre le sienta bien,
los que la manejan ven en dónde han de dar el tajo,
le cae a quién se halle abajo, y corta sin ver a quién.
Hay muchos que son doctores, y de su ciencia no dudo,
más yo que soy hombre rudo, y aunque de esto poco entiendo
diariamente estoy viendo que aplican la del embudo.

El principio de razonabilidad.

Un principio capital en el quehacer constitucional, aprehendido desde un primer momento por la Constitución anglosajona, herencia inmediata de legislaciones inglesas, devenido en necesario para asegurar la supremacía de las normas relativas a derechos fundamentales, frente al accionar legislativo y el ejecutivo con su incesante producción de normas que no siempre tienen en cuenta la supremacía de aquellos.

Antecedentes

El primer esbozo del principio viene contenido en la Carta Magna propuesta a Juan Sin Tierra, por la nobleza inglesa. Dicho artículo, entre otras cosas, prescribía:

Ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído, o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado, ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la tierra.³⁵

³⁵ Carta Magna Inglesa. Capítulo 39.

Claramente este es un precepto del cual se desprenderá para la posteridad y hasta nuestros días como el derecho inalienable al debido proceso legal, en inglés *due process of law* (Cianciardo, 2004).

En años posteriores, la fórmula fue perfeccionándose, se agregó a su redacción: “de su libertad de impuestos, de sus libertades o de sus costumbres”. El debido proceso, será siempre el camino necesario para que todo ciudadano pueda interponer pruebas conducentes a su defensa, en contrapartida a posibles arbitrariedades de la Corona.

En el capítulo III, del Estatuto 28 de Eduardo III podemos leer:

Ningún hombre, cualquiera sea su estado o condición, será privado de sus tierras, ni de su casa, ni detenido, apresado o acusado, ni condenado a muerte sin que sea escuchado de acuerdo con el debido proceso legal.³⁶

De esta guisa de antecedentes llegamos a Estados Unidos, los cuales se verán plasmados en la Enmienda V de la Constitución de 1791, conocida entre nosotros que reza:

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal.³⁷

No fue hasta 1869, donde se reconoció que el debido proceso erguido en dicha enmienda, no sólo restringía los poderes del Congreso con respecto a derechos procesales admitidos por el common law, también lo hará con los derechos sustantivos (Cianciardo, 2004).

La razonabilidad de las decisiones toca de cerca a todos los Poderes Públicos, de la lectura de estos fragmentos legales se puede inferir que sólo la legislación es alcanzada por este principio vector, pero en realidad todos los Poderes deberán adecuarse a este proceder. Así las cosas, torna irrazonable e inexcusable cualquier

³⁶ Estatuto 28, capítulo III.

³⁷ Enmienda V, Constitución Norteamericana de 1791.

decisión que afecte derechos fundamentales protegidos constitucionalmente (Cianciardo, 2004).

Su regulación en Argentina.

En Argentina la razonabilidad se configura en la sinergia entre los artículos 28 y 33 del Texto Supremo, siendo ambas normas operativas, de indubitable valía, debiendo ser aplicadas por todos los órganos del poder, debiendo estos motivar en hechos sus actos; dichos artículos enuncian:

Art.28 - Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.³⁸

Art. 33 - Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.³⁹

Gelli (2004) sostiene respecto al artículo 28, que de él se desprende la garantía institucional de la división de poderes, los cuales ejercerán los respectivos controles entre ellos, y delimitarán las fronteras de los unos con respecto a los otros. Entendemos a través de su lectura, la competencia de establecer límites y reglamentar los derechos enumerados, -y no enumerados-. del Congreso, ya que los derechos se ejercen con limitaciones y ninguno es absoluto. En esta inteligencia, es preciso interrelacionar otros artículos constitucionales, como el artículo 14, 16, 17, con estos artículos que desmenuzamos en el desarrollo, el 28 y el 33. El artículo 28, encuentra su antecesor en el artículo 20 del Proyecto constitucional de Alberdi, el cual enunciaba:

³⁸ Artículo 28, Constitución Nacional Argentina.

³⁹ Artículo 33, Constitución Nacional Argentina.

“Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público, pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia.”⁴⁰

Existen así sobradas razones para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales en favor de nuestro desarrollo engarzado en la vida en sociedad, lo contrario sería sólo fundamento de caos y anomia por más regulación minuciosa que existiera, queda en duda si seríamos bestiales sin la vida social, como pregonaba Aristóteles, hasta ahora la sociedad no ha demostrado otra cosa. Sin embargo, creemos que el artículo 28, hoy no es del todo tenido en cuenta, pues limita también, subrayamos, el ejercicio de reglamentar, el cual tiene contornos y límites que no debe sobrepasar. Ese valladar es no traspasar los derechos y garantías constitucionales a través de leyes que pretenden regular el ejercicio de aquellos (Gelli, 2004).

Siguiendo con la exposición de Alberdi, es imperioso continuar con su planteo:

La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales (Alberdi, 1957, pág. 188).

El artículo 28, es la síntesis de garantías limitativas del poder, de aquí resultan la forma de gobierno, libertad, igualdad, fronteras de atribuciones impositivas, principio de legalidad y principio de privacidad. De los derechos, se ponderan principalmente los de la persona humana, anteriores, a la formación del Estado. Sobre garantías expresas abarca competencia de facultades represivas de delitos (Gelli, 2004).

La norma va dirigida a todos los poderes del Estado, el Legislativo al dictar normas, el Ejecutivo al reglamentar y aplicar aquellas, el Judicial al resolver conflictos en casos concretos (Gelli, 2004).

⁴⁰ Artículo 20, Proyecto constitucional Alberdiano.

Desarrollo jurisprudencial.

La Corte Suprema, por su parte, paulatinamente fue aplicando el principio de razonabilidad a diversos casos, la razonabilidad se afirmó como garantía frente a la reglamentación legislativa frente a derechos fundamentales inalterables (Cianciardo, 2004). Se comenzó a poner atención entre los medios y los fines de todo el accionar de cada uno de los poderes como motivación esencial de su quehacer, tanto el reglado, como el discrecional, a pesar de la resistencia de permitir el acceso jurisdiccional a la esfera de este último. Casos como Manuel Cornú c/ José Ronco⁴¹, Hileret y Rodríguez c/Provincia de Tucumán⁴², Ercolano c/Lanteri de Renshaw⁴³, Oscar Avico c/ Saúl de la Pesa⁴⁴, fueron los primeros de muchos fallos en los cuales la Corte fue sentando las pautas de decisivo corte pretoriano, para controlar la constitucionalidad de las injerencias de poderes públicos en lo tocante a los derechos fundamentales.

Administrando razonabilidad: la mayor de las incongruencias.

El contenido de estas normas constitucionales, que desde sus remotos orígenes y diferentes vertientes le han ido dando vida y forma a través del tiempo a este principio, con un acentuado y progresivo nivel de importancia, convirtiéndolo en directriz del funcionar de un Estado democrático, denotan fisuras, pequeñas grietas que pasan inadvertidas ante el ojo prosaico del ciudadano, el palurdo administrado es tratado como un siervo, ni más ni menos, y así, vive feliz, porque “lo dice la ley”, la “ley lo protege”; el peligro radica en que ante ciertas omisiones o desintereses del Congreso en materias varias, suplen esta omisión diversos organismos que actúan con dudosos procedimientos adjetivos y graves ausencias de formalidades necesarias a la hora de sancionar normativa sustantiva válida o de procedimiento en la cotidianeidad. Vamos bajando en la escala jerárquica de las leyes y la razonabilidad disminuye sensiblemente, la

⁴¹ CSJN. Manuel Cornú c/ José Ronco. Fallos, 142:81. -1924- (Cianciardo, 2004, pág. 162).

⁴² CSJN. Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán. Fallos, 98:20. -1903- (Cianciardo, 2004, pág. 162).

⁴³ CSJN. Ercolano c/ Lanteri de Renshaw. Fallos, 136:161. -1922- (Cianciardo, 2004, pág. 162).

⁴⁴ CSJN. Oscar Avico c/ Saúl de la Pesa. Fallos 179:29 -1934- (Cianciardo, 2004, pág. 163).

legislación provincial, las ordenanzas municipales, los códigos de procedimiento policiales.

Los Municipios son un claro ejemplo de reglamentar, o lo que es mejor, sobre -reglamentar y a la vez ejecutar lo que sancionan, a través de funcionarios no más iluminados o ejemplares que un ciudadano promedio. A medida que nos alejamos de los centros neurálgicos de este país “federal”, se ven municipios que detentan un poder casi absoluto, Jueces de faltas, que escriben los códigos de faltas, y apoyados en ellos, luego fallan; inspectores con la potestad de retener documentación, de expropiar, -en nombre de la inobservancia de reglamentos-, propiedad privada, concejos deliberantes que abarrotan de ordenanzas incoherentes, con las que intentan suplir su improbidad y su lascivia casi pornográfica de ser dueños de diminutas ciudades ahogadas de impuestos y tasas, empobrecidas en nombre del “orden público” y olvidadas por la justicia, nada tiene asidero más que en el capricho y el abuso, en una discrecionalidad que no razona ni dialoga; una justicia sorda que se regodea en su palacio de los más diversos manjares y honores, exenta de todo rasguño o rezago de lo que en la vida misma acontece, solo le llega de la podredumbre a veces, el olor. Cuando interviene, siempre es tarde, tiene amnesia, sólo se acuerda frases sueltas que ha sabido repetir desde antaño que hoy no causan ni respeto ni acatamiento, sino todo lo contrario.

Breve reseña biográfica de cómo nació un monstruo.

El sistema argentino, posee, como ya enunciamos anteriormente diversas fuentes que a lo largo del tiempo se fueron consolidando en nuestro ordenamiento. Sabemos que nuestra Constitución, la organización del Poder Judicial y el ejercicio las facultades con las cuales están dotados los jueces vienen importadas de Estados Unidos. Sin embargo, también nuestro derecho se ha sabido influenciar en lo que respecta al derecho administrativo, de las vertientes españolas y francesas (Bianchi, 1992). Prima facie se advirtió que el derecho anglosajón no poseía disposiciones administrativas, se recurrió entonces a buscar en Europa un modelo congruente con el norteamericano (Bianchi, 1992), pero la realidad mostró otra cosa, y lo sigue haciendo.

No tardó en aparecer la opinión de la Corte Suprema, que con seguridad apuntaló las disposiciones constitucionales, pero a la vez con cierta condescendencia dejó pasar los injertos normativos europeos y se inclinó ante sus pretensiones omnímodas de tener una coraza real. En 1864, se expedía:

El Poder Ejecutivo es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del gobierno de la República, pues por el art. 86 de la CN, se declara que es el jefe supremo de la Nación que tiene a su cargo la administración del país. Si se le imponen restricciones y se lo condena al pago de reparaciones civiles, el Poder Judicial se colocaría en una superioridad inconciliable con la supremacía que la Constitución acuerda al Jefe de la Nación.⁴⁵

Así empiezan las relaciones entre los poderes cuando diversas corrientes doctrinarias, practicadas en vastos ordenamientos del globo, se mezclaron en esta tierra nuestra. Un ordenamiento devenido en Frankenstein que no puede controlar ninguna de sus extremidades, porque son dispares, para nada anatómicas, inadecuadas, caóticas. El fallo citado es una expresión clara de la fuerte influencia de la doctrina francesa de los actos del Poder Ejecutivo, imposible, contra todo pronóstico, de ser emplazada judicialmente.

En esta negación, se encuentra un instrumento que avala la exención: el recurso por *excés de pouvoir*. Resulta de la prohibición de ley 16-24 de 1790 dirigida a los jueces, de intervenir en la acción de los agentes de la Administración (Cassagne, 2017). Se instala así el poder discrecional como continuador de la *potestas extraordinaria soluta*, que no puede ser objeto de la *iurisdictio*, pues pertenece a la prerrogativa regia, no apta para la lengua de ningún abogado (Cassagne, 2017).

Por otro lado, heredamos el control difuso Estadounidense capaz de controlar las leyes y los actos de los otros poderes públicos. Con cierta reticencia, a las cuestiones políticas, pero con un marco de acción más amplio, amparado por la teoría constitucional y el florecimiento *in crescendo* de la misma. Y bajo este control, necesariamente debe ser revisada también, la discrecionalidad, adaptada a las bases

⁴⁵ CSJN Vicente Seste y Antonio Seguich. Fallos, 1:317 (1864).

constitucionales, marcando el límite de ella con la arbitrariedad. Creemos que sin este filtro de control, y sin posibilidad de ejercer esta separación, o atemperación, y exigir la motivación necesaria de aquella como presupuesto indispensable e ineluctable del que hacer administrativo y sus decisiones, no existiría administración racional posible.

Repasando la historia, es bueno resaltar que el sistema constitucional norteamericano era rígido, el Poder Judicial se encargaba de hacer el control de las leyes, sentando precedentes que forman la línea jurisprudencial obligatoria conocida como *common law*; en la vereda de enfrente por su parte, se encontraba un derecho que no tiene control judicial, procedimientos especiales y una constitución flexible.

Bianchi hace una descripción de las antinomias de ambas fuentes: “El régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular, el europeo lo ponía en situación de ventaja a través de la ejecución de oficio de los actos administrativos impugnados” (Bianchi, 1992, pág. 121).

La actividad de la administración debe realizarse dentro de los márgenes legales, sobre todo los contornos delineados por la Constitución y la ampliación protectoria convencional de los Tratados Internacionales y los principios generales del derecho (Buteler, Ávalos, Massimino, 2014). Lamentable, es recordar que esto, como apuntan también los autores, no siempre sucede, lo cual habilita necesariamente a una instancia de control de esta actividad. Sin control no hay responsabilidad (Buteler, Ávalos, Massimino, 2014). La discusión, cobra así un tamiz oscuro y borrascoso, donde el dilema de la procedencia de este instituto sigue repitiéndose desde tiempos antiguos, no alcanzaron los argumentos de “necesidad” y “garantía” de las más variadas doctrinas desde Madison o Kelsen, hasta nuestros días, el problema sigue siendo actual y la renuencia política eterna, ante la procedencia del control judicial de sus actos, tantos los reglados como los discrecionales, aunque en apariencia el control de estas cuestiones parece haberse expandido y diversificado en cantidad de sistemas de control como el sistema a) administrativo, b) judicialista y c) mixto.

El tema es delicado pues la independencia de unos y otros no siempre está a la vista, sobretodo en el control administrativo, vale decir, la independencia de la instancia de control administrativo de los actos de la administración misma, no concuerda con

toda una historia de idas y vueltas sobre la procedencia del control jurisdiccional como violación al principio de división de poderes, lo cual se eleva a la categoría de no menos que dudoso: que la administración tenga su propia instancia de control, en la cual, como sabemos, muy pocas veces o casi nunca modifica o nulifica sus actos. El contradictorio de que un órgano se controle a sí mismo, es demasiado peligroso. Más grave parece la peregrinación por el agotamiento de la vía administrativa para llegar a un superior jerárquico que revea actos realizados por los inferiores, si a través de ese vía crucis se pretende realizar un control o la defensa de derechos subjetivos, la teoría antes asentada de la división de poderes, la garantía de acceso a la justicia y a una respuesta expedita, avalados por años de doctrina, plasmados en sendos estudios, por la Constitución y Tratados internacionales se convierten en simple tinta derramada.

La contraparte: Algunos hijos predilectos de la administración.

Ejecución de sentencias contra el Estado.

Vale, sólo mencionar algunas inconsistencias que se las considera superadas, a través del avance legislativo. Por citar algunos ejemplos, la ejecución de sentencias contra el Estado es una cuestión relevante, no debemos olvidar que los particulares que obtenían una sentencia a favor contra el Estado, no podían ejecutarla, con sustento en el art. 7 de la Ley de Demandas contra la Nación 3.952, que disponía efecto declarativo a fallos adversos al Estado (Cassagne, 2017). El artículo en cuestión, sin remilgos disponía:

Artículo 7 – Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.⁴⁶

Quedaba así el demandante supeditado a la voluntad de los funcionarios y no aferrado a la certeza de la razón de su acción apoyada por una sentencia. La tutela

⁴⁶ Artículo 7, Ley 3952.

judicial efectiva era claramente inobservada (Cassagne, 2017). Estamos claro, ante una ley de 1900, pero la cuestión se sostuvo hasta 1966, a través del caso Pietranera⁴⁷ la CSJN reconoció de forma pretoriana su potestad para intimar al gobierno y aperebirlo de cumplir lo sentenciado, un claro sesgo a favor de los particulares, enfrentado a una prerrogativa administrativa que empezaba a cuestionarse.

Sin embargo, a través del decreto 679/88 se condicionaron los cumplimientos de sentencias a la disponibilidad del presupuesto, en este artilugio procesal, muy creativo e inconstitucional a todas luces, -fundado sin embargo como se verá en principios constitucionales-, se lograba que la responsabilidad del cumplimiento a la Administración y pasaba a depender del Congreso (Cassagne, 2017). Nuevamente se logra así, que el cumplimiento quede otra vez supeditado a un álea, no podría ya determinarlo el juez, conforme la jurisprudencia desde Pietranera había sostenido hasta ese momento. Cobra relevancia esta herramienta, ya que se funda en el esencial principio de división de poderes, donde los jueces no pueden intimar al Congreso para sancionar el presupuesto, la habilidad de utilizar lo lícito para finalidades ilícitas es una maldición de nuestro Estado federal, a pesar de que se lo divulgue como una virtud o sinónimo de inteligencia.

El sistema actual, sin embargo, con más o menos delicadeza, suscribe la discrecionalidad y al mismo argumento presupuestario, dejando de lado toda la construcción desde Pietranera.

La ley de presupuesto 24.624 entre sus disposiciones determina que fondos y valores afectados a ejecución presupuestaria para atender erogaciones previstas en el presupuesto general de la Nación, son inembargables, no se admitirá toma de razón alguna que afecte su libre disponibilidad en causas judiciales. Los representantes del Estado solicitarán la restitución de dichas transferencias a las cuentas de origen, salvo ejecuciones válidas firmes con anterioridad a dicha ley. Así, los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado al pago de suma de dinero, se satisfecerá dentro de autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto general de la administración. Si el presupuesto correspondiente al ejercicio en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario para satisfacerla, el Ejecutivo deberá

⁴⁷ CSJN. Pietranera Josefa y otros c/ Gobierno Nacional. Fallos, 265:291 -1966- (Cassagne, 2017)

efectuar provisiones necesarias a fin de su inclusión en el del ejercicio siguiente. Las sentencia que se dicten contra las sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria entre otros entes, en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro nacional, pues la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.

Luego, a través de la ley 25.344 de Emergencia económica se vuelve a discriminar categorías de acreedores conforme a la fecha de cada acreencia, pagando a través de bonos del Tesoro (Cassagne, 2017). Volviendo así el ciclo a empezar, en un eterno retorno, pertinaz y excluyente de la razón en todo su contexto; así se dicten todas las reformas posibles, el tema sigue condenado a estar en los mismos laberintos pantanosos eternamente.

Ley 26.854. Medidas cautelares.

En el campo cautelar también se han ido perfilando inconsistencias que atentan contra el principio de la tutela judicial efectiva, cuando se planean interponer las mismas contras actos de la administración. Encuentran, a través de esta ley causas obstativas a su procedencia plena. Se manifiesta claramente una oscura intención de que la celeridad y la plena protección ante medidas injustificadas que causen gravamen al administrado, deban correr por cuera separada su suspensión, hasta tanto medie decisión judicial. Las cantidades de adjetivos que describen su naturaleza pierden efecto en esta área particular: urgentes, preventivas, precautorias, provisionales, de conservación. Estos adjetivos denotan la clara desigualdad por diversas circunstancias que pueden sobrevenir entre los litigantes, diferencia que se acentúa, si hablamos de que en frente tenemos a la administración, con la que claramente el particular no se encuentra en idéntica posición. Resulta lamentable que el Estado, siendo principal obligado de mantener el orden jurídico, sea el primero en crear y recrear, una y otra vez, artilugios para quedar exento de ese ordenamiento, orden del que él, sólo en la teoría, es guardián, y como tal, el primero en dar el ejemplo.

Esta norma en cuestión ha derribado la construcción de que la medida cautelar debe tener el mismo objeto que la pretensión principal, violando claramente la garantía

constitucional de la tutela efectiva y el derecho a un pronunciamiento rápido. Dicha ley exige a su vez, el daño irreparable, cuando procede con el sólo requisito de demostrar la amenaza de un grave daño o su amenaza (Cassagne, 2017).

Peligrosos sin delito: el disfraz perfecto para el abuso administrativo.

Es habitual en el estudio del derecho, encontrar discusiones doctrinarias acerca de la diferencia entre delitos y contravenciones. La inteligencia y el alcance de cada categoría, lo que no se encuentra controvertido es la cuestión de la competencia para entender causas penales y las contravencionales. Tampoco caben dudas sobre quién legisla en una u otra materia. Resulta, no menos que extraño, tanta controversia en la delimitación teórica, pero una plena certeza en quién y cómo legislar al respecto, la punición irrestricta de una y otra difieren cuantitativamente: tanto que todos somos contraventores congénitamente, sin embargo, no todos delincuentes. En esta breve introducción, donde somos sospechosos todos, la teoría de las garantías también se abre y pareciera que nos abandona. El discurso es similar al pecado original bíblico, lo cual es preocupante.

Una pequeña revisión histórica nos sitúa en la codificación heredada del código napoleónico, donde se dividían las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones. La competencia se determinaba según la gravedad de las infracciones (Zaffaroni, 2014).

Así, al establecerse el derecho constitucional, se siguió el camino de que el estado federal no tiene el monopolio de la legislación contravencional (Zaffaroni, 2014). Esta competencia quedó dentro del ámbito provincial.

Hay consenso en que el derecho es un gran ordenador de la sociedad, aunque se lo utilice más como una forma de controlar, un control que si es confrontado, se convierte en contravención, y ésta se paga con diversidad de penas, muy imaginativas, casi siempre traducidas en unidades de multa, también puede ser que cuando la pena trata sobre la libertad física, las garantías supra citadas quedan anuladas de tallo.

Es necesario citar a Zaffaroni en este punto, textualmente, pues su claridad al exponer el tema es envidiable y a la vez, inspiradora, aunque en el fondo uno no sienta

más que decepción, pues saber que mientras la teoría del Estado de Derecho, aún hoy sigue siendo discutida: la legitimidad de los poderes constituídos para ejercer sus propias facultades, la ponderación de derechos subjetivos fundamentales, las garantías para defenderlos llenas de vericuetos, pero a medida que más nos alejamos de la Constitución y de los tres grandes poderes, la teoría ya no necesita pretextos argumentativos, directamente se la descarta, se conculcan derechos primero, y después si el legitimado pasivo puede acceder a la justicia se verá. Dice Zaffaroni:

Es funcional al poder de vigilancia minimizar las garantías en las infracciones menores, de modo que tenga más garantías el parricida o el terrorista que el contraventor, pues con ello se obtiene, justamente, lesionar las garantías de todos y facilitar la vigilancia y el reparto arbitrario del poder punitivo. El aberrante argumento de que se deben aumentar las garantías conforme a la gravedad de las penas amenazadas, oculta, en el fondo, la facilitación del ejercicio del poder punitivo arbitrario sobre los sectores más amplios de la población, -es mucho más fácil y creíble acusar a alguien de una contravención que de un crimen de terrorismo o de parricidio- (Zaffaroni, 2014, pág. 138).

La cita muestra una realidad tan brutal, que se mueve entre nosotros como un eufemismo legal, como simples prohibiciones destinadas a ordenar nuestra convivencia, ¿pero a qué precio pretende hacerlo? Y sobre todo, ¿quienes pagan el precio de este accionar? Este talento de tergiversar es claramente político, poco tiene que ver con la justicia o el dar a cada uno lo suyo, mucho menos con el imperativo distributivo de procurar la mayor felicidad para el mayor número. Este es el verdadero poder de nuestros representantes, amparados por un arsenal de argumentos positivos, pero que por detrás atocigan al ciudadano de faltas, de multas, de penas civiles y penales, muchas veces injustificadas, demoras, sin debido proceso, en manos de jueces de faltas, jueces contravencionales, funcionarios administrativos que rara vez saben hablar. El control jurisdiccional, a través de ninguna de todas las herramientas enumeradas en este trabajo, llega a estas injusticias, ni a tiempo ni tarde. La administración literalmente se come cualquier herramienta dispuesta para la defensa de derechos supremos, las garantías

funcionan para ella, selectivamente, se activan o desactivan según quién y qué haya hecho.

Siguiendo con el análisis de Zaffaroni:

Aunque ninguna duda cabe acerca de que las contravenciones son infracciones de naturaleza penal, se pretendió darles el carácter administrativo. De este modo se justificó lo que siempre fue injustificable, o sea que los jefes de policía fuesen jueces contravencionales. El estado peligroso sin delito nunca fue legislado por el Congreso Federal, pero rigió siempre por omisión de éste (Zaffaroni, 2014, pág. 139).

Si bien, en la actualidad existen juzgados contravencionales, con sus respectivas fiscalías, éstos se siguen activando a través de las policías provinciales, ya no existe el Jefe de Policía juez, legislador, pero lamentablemente, la cuestión sigue siendo igual. El derecho de defensa y la razonabilidad, antes apuntados, sobretodo son un lindo adorno argumentativo, que su sola mención causa risa ante estos funcionarios omnipotentes de dudosa formación jurídica. Precarios en todo su accionar, son el vestigio de una sociedad abusiva, configurada para hablar bien y actuar en oposición a sus discursos, con funcionarios administrativos preparados para repetir dos o tres artículos de memoria y desoír cualquier entramado legal que cuestione su manera de actuar, egoístas, caprichosos personajes que de no haber sido co-optados a través de partidos políticos que les aseguraron un lugar en la administración pública, otro destino habrían tenido al enfrentarse a una selección por medio de concurso público para acceder a todos estos puestos.

Nuestro Estado de Derecho está bendecido y maldito a la vez, enraizado en la más diversa variedad de sistemas jurídicos, embebidos todos de los principales cerebros jurídicos de antaño. Teorías jurídicas destinadas a hacer de la sociedad, corolario de la evolución, la estructura más perfecta jamás pensada para nuestro crecimiento como personas humanas y civilizadas.

Pero ese afán, ese ímpetu de orden ideal que se aloja en nuestras mentes, nuestros sentidos los repelen, la realidad material los aborrece; doctrinas en pos de la

verdad, aquí son mentira, artículos que nacieron para liberar encuentran aquí, su cárcel, su condena perpetua es la de ser sólo palabras, entelequias que nunca se materializarán, sólo a través de algunos discursos cuando sea necesario olvidar, lo que luego, eventualmente, se necesitará nuevamente, y el recorrido volverá a empezar devorándose todo a su paso.

Conclusión final.

Este trabajo ha pretendido describir, y plantear con buenas intenciones los problemas para nada nuevos del derecho constitucional. La omisión, el olvido y periplo que ha atravesado esta rama jurídica nunca ha pasado de moda. A pesar de la profusa doctrina filosófica y jurídica no hay certezas, sólo dudas e intereses. Se han improvisado para escapar de estar en conformidad con las disposiciones primigenias del constitucionalismo, todo tipo de artilugios, sofismas o procedimientos. Se ha refutado la figura de los jueces desde siempre, sobrados argumentos se han expuesto en este trabajo. La misión de los jueces siempre ha sido menospreciada y desechada, como última ratio cuando tuviera que ver la violación o vejación de derechos supremos que este cuerpo enumera. Y éstos han fallado históricamente, en la gran mayoría al menos, de manera contraria a lo que preceptúa el Texto Supremo.

Pareciera que se entiende necesario o lícito aplastar derechos durante un tiempo, sea cual fuere su extensión, porque a la larga la justicia llegará a revisar el hecho, lo que hemos denominado en este trabajo la “inconstitucionalidad como regla y constitucionalidad como excepción”.

A contrapunto de las tendencias modernas de la celeridad en los procesos, y su agotamiento de la manera más eficaz dentro del factor tiempo, como se aprecia hoy en las medidas autosatisfactivas por ejemplo, en el Derecho Constitucional, lo atinente al Control de Constitucionalidad o cualquier proceso constitucional en sí, pareciera estar fuera de todo avance desde esta perspectiva temporal, de todo interés por llegar a la verdad, a la justicia, a la declaración de inconstitucionalidad y sobre todo a la publicidad de la improbidad legislativa o del accionar de funcionarios públicos que por acción u omisión ofenden cada cláusula de la Carta Magna, en un tiempo prudente. Aquí, aparentemente, no corre el tiempo, la dilación es a favor de los derechos supremos, no hay derechos supremos sin un proceso eterno, sin un peregrinar que fagocite al justiciable y lo convierta más bien en mendigo de justicia.

Este trabajo, seguramente no brinda una respuesta a todos estos inconvenientes, sino más bien dudas y descreimientos. Abre la certeza de que vivimos detrás de un velo de maya, en la teoría de la apariencia, en un mundo ideal, hogar de todos los románticos que anhelan un existencia igualitaria y justa, pero construyen sobre cimientos viciados estructuras mal logradas que pretenden erguirse delante de la historia como monumentos majestuosos que clamarán por siempre ¡Somos el producto de nuestras construcciones intelectuales! Hemos armado nuestro mundo intelectualmente, pero hasta el día de hoy no hemos podido realizarlo empíricamente, pareciera que la congénita vanidad de la carne aborrece lo que la mente, el idealismo y el imaginario construye. No hay deontología, moral o bonhomía que sea imperecedera, menos legítima y de buena fe, siempre hay cierta conveniencia.

Finalmente pensamos y nos preguntamos: Entonces, ¿hay control? ¿Tenemos el control? ¿Podemos controlar algo de esta realidad? ¿Confiamos en nuestros jueces, en nuestras instituciones? ¿El Estado nos da el ejemplo de un obrar lícito, o exige mucho de nosotros, pero esa exigencia hasta él no llega? Muchas de las respuestas, a priori, parecen obvias, pero lamentablemente no lo son. El silencio, la omisión, la inobservancia y el abandono causan daños graves, tal vez peores que los llevados a cabo con intención, porque se resguardan y robustecen en justificaciones legales - políticas, donde nadie del “común” puede llegar a discutir o probar sus derechos conculcados de inmediato, a pesar de ser estos “comunes” quienes constituyeron tal delegación de poder y representación.

Todos aborrecemos la justicia, es lenta, relajada, obsecuente, ímproba como todos los poderes públicos, mendaz, esquiva, renuente, esclerótica. Detestamos a los jueces y a todo funcionario de la maquinaria tribunalicia, dudamos de su criterio y discernimiento, sin embargo, vivamos una justicia nueva, sin preparación en leyes, ni argumentos: la de los medios de comunicación. Cada día hay un veredicto nuevo, rara vez apelado o discutido. Por un lado, entonces, tenemos los medios de comunicación, potentes sancionadores de cualquier delito y por otro una sociedad destinataria con cada vez menos educación de calidad, se sacia solamente con sangre, las injurias y calumnias mediáticas son su banquete,

en el medio el resorte es el Estado, también, siempre juzgando e inventando delitos con el sólo fin de recaudar a través de todos sus brazos ejecutores, impuestos y votos, luego si cumple las expectativas prometidas, ya es cosa del destino o de la fe.

Así, aún a pesar de tener el acendrado precepto de nuestra Constitución, la sociedad se ha ido construyendo pareciera al margen de aquel, las consecuencias son evidentes, nos ha abandonado la razonabilidad, el crecimiento moral y la bonhomía.

Tal vez habrá más control de todo lo que hacemos cuando no sólo confiemos en la justicia ordinaria para realizar esta actividad, - es evidente también que no da abasto -, si sus precedentes nunca quedan firmes, considerados siempre relativos o mostrencos; por otro lado, los controles realizados por la administración adolecen de muchos defectos de motivación, lo cual empeora la situación, dando como resultado indefectiblemente la indefensión.

En síntesis, hace falta más compromiso social, no sólo herramientas jurídicas; las audiencias públicas han sido un avance, pero han quedado en el envión al no ser vinculantes, el juicio por jurados, de manera -federal-, también podría ayudar a que el control de la justicia sea llevado a cabo en una justa medida por los ciudadanos sobre todo en causas en que la política es parte, un ajustado derecho social donde las mal llamadas “comunidades inferiores” tengan más injerencia en la cotidianeidad, no sólo en las negociaciones de convenios colectivos de trabajo como nos tienen acostumbrados al estudiar los principios del derecho laboral.

Ahora bien, esta sociedad para controlar necesita preparación, el único camino es la educación, tanto la de los más altos funcionarios como las de todos los ciudadanos, no tengo una mejor y más clara exposición sobre el tema que la que nos regala Montesquieu:

Así como en las monarquías la educación trabaja para elevar el corazón, no busca sino rebajarlo en los Estados despóticos. Es necesario que en ellos

sea servil. Será un bien, incluso en el mando, haber tenido una educación así; puesto que nadie es tirano sin ser esclavo al mismo tiempo.

La extrema obediencia supone ignorancia en aquel que obedece; la supone incluso en aquel que manda. Este no necesita deliberar, dudar ni razonar, sólo tiene que querer.

En los Estados despóticos, cada casa es un imperio separado. La educación que consiste principalmente en vivir con los demás está pues muy limitada: se reduce a instalar el miedo en el corazón y dar a la mente el conocimiento de algunos principios de religión muy simples. El saber será peligroso, la emulación funesta; y en cuanto a las virtudes, Aristóteles no puede creer que haya una propia de los esclavos, lo que limitaría mucho la educación en este gobierno.

En él, pues, la educación es de algún modo nula. Hay que quitarlo todo a fin de dar algo; y empezar por hacer un mal súbdito para hacer un buen esclavo.

¿Y por qué la educación se preocuparía por formar un buen ciudadano que tomara parte en la desdicha pública? Si amara al Estado, estaría tentado de relajar los resortes del gobierno; si no lo lograra, se perdería; si triunfara correrían el riesgo de perderse, él, el príncipe y el imperio (Montesquieu, 2007, pág. 64).

Será nuestro eterno deber el construir esta sociedad sobre bases equitativas y justas, respetuosa de instituciones ejemplares y no caprichosas. Erradicar una justicia esclerótica y timorata. Es un deber instaurado desde el nacimiento mismo de nuestra Nación, hasta el día de hoy irrealizado. Construir y no vedar derechos, a la par levantar herramientas útiles para la plena realización de los mismos, con la consecuente vigilancia judicial, legislativa y ejecutiva, bajo la premisa del crecimiento progresivo como sociedad plena, donde los derechos son secundados por garantías para su efectividad, con obligaciones correlativas de conducta, y sanciones para los incumplidores de las mismas, con procedimientos rápidos y jueces embebidos en los mandatos constitucionales, fallarán en nombre del

Estado, pero también en su contra cuando las circunstancias así lo ameriten, sin prerrogativas, ni diferencias en las cargas públicas. Será nuestro deber, será nuestro compromiso. Será Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- Alberdi Juan Bautista (1957) “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”. Buenos Aires. Editorial Sopena
- Amaya Jorge Alejandro (2015). “Control de constitucionalidad” 2da Edición. Buenos Aires. Astrea.
- Amaya Jorge Alejandro (2017). “Marbury v. Madison”. Buenos Aires. Astrea.
- Ávalos, Buteler, Massimino (2014). “Derecho administrativo” Tomos 1 y 2. Córdoba. Alveroni ediciones.
- Bianchi Alberto B. (1992). “Control de Constitucionalidad” Tomo 1. Buenos Aires. Editorial Ábaco.
- Bianchi Alberto B. (2005). “Capitalismo y derecho constitucional”. Buenos Aires. Ediciones Rap.
- Burgoa Ignacio (2008). “Las garantías individuales” México. Editorial Porrúa.
- Burgoa Ignacio (1983). “El juicio de amparo”. México. Editorial Porrúa.
- Carpio Adolfo (2004). “Principios de filosofía”. Buenos Aires. Editorial Glauco.
- Carrara Francesco (2000). “Programa del curso de derecho criminal” .San José de Costa Rica. Ed. Jurídica continental.
- Cassagne Juan Carlos, Tomás Ramón Fernández (2017). “Temas de derecho público. Legalidad, discrecionalidad, sistema y control judicial. Buenos Aires. Euro Editores.
- Cianciardo Juan. (2004). “El principio de razonabilidad”. Buenos Aires. Editorial Ábaco.

- Cooley Thomas M. (1903). “A treatise on the constitutional limitations”. California. Boston: Little, Brown and company.
- Dapkevicius Flores Rubén (2011). “Amparo, hábeas corpus y hábeas data”. Buenos Aires. Euro editores.
- Dworkin Roland. (1989) “Taking rights seriously” [Versión electrónica]. Barcelona. Ed. Ariel S.A.
- El federalista. Versión digital www.librodot.com
- Gargarella Roberto (2011). “La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial.”. Quito. Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Gelli María Angélica (2004). “Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada”. Buenos aires. La ley.
- Ghersi Carlos Alberto (2016). “Responsabilidad y Derecho de daños”. Rosario. Nova tesis.
- Gozaíni Osvaldo A. (2015) “El control de constitucionalidad en la democracia”. Buenos Aires. Ediar.
- Gozaíni Osvaldo A. (2018). “Estudios de derecho procesal constitucional: por un código procesal constitucional para Latinoamérica”. Buenos Aires. Editorial Jusbares.
- Grisolia Julio Armando. (2013). “Manual de Derecho Laboral”. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Haro Ricardo (2012). “La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino”. Madrid. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. ISSN 1138-4824, núm. 16.

- Hernández, Fernández, y Baptista (2010) “Metodología de la investigación” [*Versión digital*].
- Kelsen Hans. (1974) “La garantía Jurisdiccional de la Constitución.” [*Versión digital*] .
Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
www.juridicas.unam.mx
- Laplacette Carlos José (2016). “Teoría y práctica del control de constitucionalidad”.
Buenos Aires. Euro Editores.
- Midón Mario A. R. (2013). “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. Buenos
Aires. La ley.
- Montesquieu (2007). “Del espíritu de las leyes”. Buenos Aires. Editorial Losada.
- Nurock Vanessa (2015). “Rawls, por una democracia justa”. Buenos Aires. Editorial
Jusbaires.
- Platón (2016) “República”. Buenos Aires. Editorial Losada.
- Sagués Néstor Pedro (2006). “Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos”.
Buenos Aires. Ad – hoc.
- Sentis Melendo Santiago (1957) “El juez y el derecho. Iura novit curiae”. Buenos Aires.
Ediciones jurídicas Europa Argentina.
- Story Joseph “Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos”
Traducido por Nicolás Calvo. Versión digitalizada. Recuperada de Infojus.
- Vanossi, (1976). “Teoría Constitucional”. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2014). Manual de derecho
penal - Parte General 2ª edición, 8va reimpresión. Buenos Aires. Ediar.

2. Legislación

- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Ley 23.054.
- Convención de Viena. Ley 19.865.
- Ley 19.686.
- Ley 48.
- Ley 3.952.
- Ley 26.854.
- Ley 24.624.
- Ley 25.344.
- Ley 17.454.
- Ley 23.774.
- Decreto 1172/03.
- Decreto 679/88.
- Decreto 214/02.

3. Jurisprudencia.

- CSJN Caffarena c/Banco Argentino de Rosario de Santa fe. Fallos, 10:427. (1871).
- CSJN Eduardo Sojo c/ Cámara de diputados de la Nación. Fallos, 32:120. (1887).
- CSJN Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo. Fallos 33:162. (1888).
- CSJN. Criminal c/ Ramón Ríos. Fallo, 1:36 (1863).
- CSJN Ganadera Los lagos S.A c/ Estado Nacional Fallos, 190:142. (1917).
- CSJN. Partido provincial Unión Santiagueña. Fallos, 238:288. (1957).
- CSJN. Bianchi Alejandro y cía. C/Nación Argentina. Fallos, 248:398. (1960).

- CSJN. Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario. Fallos, 306:303 (1984).
- CSJN. Mill de Pereyra Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes. Fallos, 324:3219. (2001).
- CSJN. Banco Comercial de Finanzas s/quiebra. Fallos, 327:3117.(2004).
- CSJN. Rivademar Ángela D. B. c/ Municipalidad de Rosario. Fallos, 312:326. (1989).
- CSJN. Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otros. Fallos, 315:1492. (1992).
- CSJN. Manuel Cornú c/ José Ronco. Fallos, 142:81. (1924).
- CSJN. Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán. Fallos, 98:20. (1903).
- CSJN. Ercolano c/ Lanteri de Renshaw. Fallos, 136:161. (1922).
- CSJN. Oscar Avico c/ Saúl de la Pesa. Fallos 179:29 (1934).
- CSJN Vicente Seste y Antonio Seguich. Fallos, 1:317 (1864).
- CSJN. Pietranera Josefa y otros c/ Gobierno Nacional. Fallos, 265:291 (1966).

4. Jurisprudencia norteamericana.

- 3 U.S. 42 United States v. Judge Lawrence. (1794).
- 3 U.S. 121 United States v. Peters. (1795).
- 163 U.S 537. Plessy v. Ferguson. (1893).
- 347 U.S. 483. Brown v. Board of Education. (1954).

5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Informe 75/98. Cantos José María v. Argentina. Sentencia, serie C. Núm. 97.

6. Opiniones Consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- OC 8/87. 30 de Enero de 1987.

