

LA NOCIÓN DE CASO JUSTICIABLE Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Por MARIO CESAR BARUCCA (*)

I.- Introducción – La necesidad de un requisito más

La declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional ya que, deja de aplicarse al caso concreto una normativa elaborada por los otros dos poderes del Estado – Poder Legislativo y Poder Ejecutivo -.¹

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado a través de los tiempos la demostración que el control de constitucionalidad es un remedio o un recurso excepcional procedente solamente en casos en los que no habría otra solución. Por ello la Corte Suprema de Justicia ha agrupado a lo largo de su jurisprudencia las limitaciones necesarias para obtener este remedio extraordinario, obteniendo cinco categorías: 1) Clara individualización al caso concreto, 2) Contradicción manifiesta e inconciliable con la Constitución Nacional, 3) Irrazonabilidad evidente, 4) Sólidos fundamentos y desarrollos argumentales y 5) Estricta necesidad.²

Independientemente en que lado de la doctrina nos ubiquemos, si la declaración de oficio de la inconstitucionalidad o a petición de parte, lo cierto es que los autores y la Jurisprudencia son contestes en exigir la presencia de un caso o causa judicial vedando la posibilidad de la declaración en abstracto. “En este contexto, tanto la doctrina como la Jurisprudencia reconocen que tal actividad jurisdiccional le está vedada, ya que, en definitiva, no se admite la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se repugna contraria a la

¹ MARANIELLO Patricio Alejandro – LIMITES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A TRAVÉS DE LA VISION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN – El Dial DC872

² MARANIELLO, Ob cit.

constitución, en forma abstracta, es decir, sin la existencia previa a la substanciación de un caso o juicio sometido a la administración de Justicia.”³

Obviamente que este requisito se hace más patente si estudiamos la declaración oficiosa, ya que de inclinarnos por la otra postura (a pedido de parte) la exigencia de la presencia de un caso deviene imprescindible.

Pero hay más.

A esas cinco categorías de limitaciones que elaboró la Jurisprudencia de la Corte le agregaríamos una sexta. Es que “Si la función de la jurisdicción en general debe radicar en la tutela de los derechos e intereses legítimos del individuo, y si la función del juez en el caso concreto consiste en ser el garante último de esos derechos e intereses, hay que aceptar de inmediato que ello no puede hacerse de cualquier modo sino necesariamente de una manera muy concreta: por medio del proceso, que desde la perspectiva del juez es garantía de acierto y desde la de las partes garantía de la manera como han de tutelarse sus derechos. De este modo el proceso es, por un lado, el instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por otro, el instrumento único de ejercicio del derecho de acción.”⁴

Y vamos por más ya que más que proceso debe haber acción cuyo objeto es formar proceso.

II.- Intento de definición de caso judicial:

¿Que es un caso concreto, una causa judicial, un caso justiciable que sea capaz de ser susceptible de ser analizado y cuya ilegitimidad esté dada por la discordancia o no con el ordenamiento jurídico y con su cúspide “La Constitución”.?-

³ MUSUMECI, Gustavo Alberto, EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE OFICIO Y EL IURA NOVIT CURIA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA EFICAZ DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL – El Dial.comDC7F4

⁴ EL PROCESO CIVIL EN EL SIGLO XXI: TUTELA Y GARANTIA” (Moción de Valencia) I Preámbulo “Academia Virtual de Derecho” – www.academiadederecho.org

¿Podemos decir que es como Dios, o como la energía, la gran definición que todos quisiéramos dar?.

“La declaración de inconstitucionalidad, “última ratio” del orden jurídico, requiere no solo el aserto de que la norma impugnada cause agravio sino también la demostración del mismo en el caso concreto”⁵

Llegados a este punto, cualquier definición que se aplique o formule será incompleta, insuficiente; la existencia de una causa, un litigio, un conflicto social llevado a los estrados judiciales, cualquiera que se elabore o guste, pero siempre estará faltando algo.

Entonces es conveniente hacer una definición por la negativa, por exclusión, es decir es justiciable todo aquel caso que no sea justiciable.

Analizaremos cuales son las opciones que tenemos.

III.- Analisis de las diferentes posturas en torno al concepto de Caso Justiciable.

“En este orden de ideas, entiendo que para que haya juicio, a los efectos de que el juzgador quede habilitado para dicho acto jurisdiccional de contralor, no debe ser indispensable la existencia de un caso “ contencioso o contradictorio” en el sentido más amplio de controversia ocurrido entre las partes que respectivamente afirman y contradicen sus pretensiones como lo es para la procedencia del fuero federal. Ello es así, ya que independientemente de la naturaleza que revista el caso sometido a conocimiento de la justicia – ya sea de los llamados contradictorios, voluntarios, u otro tipo de proceso – ello no invalida a que la cuestión de derecho sustentada en la pretensión por la parte interesada importe, en sustancia, contener una norma que sea presuntamente violatoria de la constitución, aspecto que habilitaría, por regla, al estudio de la norma contrastándola con las Constitución Nacional y con los instrumentos internacionales de igual rango. Pero para que esta actividad ocurra, debe quedar abierta la instancia del Poder judicial con la existencia indubitable de un

⁵ MARANIELLO, Ob cit.

caso o un proceso, o en los propios términos señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando dice: “Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución”. De ello se desprende que, de no darse tal supuesto previo – reitero una causa concreta – a tal actividad jurisdiccional de contralor, se encontraría comprometida seriamente la división de poderes en el que descansa nuestro sistema de gobierno.”⁶

Creemos que antes de la existencia de un caso, el prestigioso autor está reclamando la existencia de un proceso, como lo sostuvimos en el punto anterior. Sin proceso no hay juzgamiento sino que habría una declaración oficiosa sin un caso que juzgar, y ello sería peligroso como bien lo referencia Musumeci.

El maestro Bianchi, define al caso judicial como un planteo que encierra alguna forma de controversia susceptible de apreciación por los Tribunales⁷. Este requisito de carácter objetivo si bien esencial, no es el único, se complementa con la legitimación entendida como capacidad procesal para estar en juicio, en orden a formular una determinada petición y obtener a través de ella una sentencia que la resuelva. Dicho de otro modo, el caso judicial explica el “que” de la actuación ante la Justicia, en tanto para la legitimación se refiere al “quien”⁸

Por ello Bianchi efectúa una distinción entre caso judicial en sentido estricto y caso judicial en sentido amplio. “Hemos visto que los tribunales actúan cuando hay un caso judicial (en sentido estricto), planteado por quien tiene capacidad procesal para ello. Pero lo cierto es que sólo lo hacen si existe además un tercer requisito referido específicamente a la materia de lo que habrá de decidirse. En efecto, si bien la mayoría de los actos

⁶ MUSUMECI, Ob cit.

⁷ BIANCHI, Alberto – CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- Tº 2 – Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2002 Capítulo IV, pág. 15

⁸ Cfr. BIANCHI, Alberto ob. Cit. Pág.16

emanados del congreso o de la Administración son judicialmente controlables, no todos quedan dentro del alcance de la potestad revisora de los tribunales. Ello – según me parece – está claramente establecido por la Constitución en el art. 116, donde dice que “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.” El término “todas” puede inducirnos a interpretar que no existen actos excluidos del control. Sin embargo, debemos reparar en que el artículo dice “todas las causas”, lo que quiere decir, a mi entender, que la Corte y los tribunales intervendrán en la medida en que haya causa judicial.⁹

Es aquí en donde cobra relevancia la distinción efectuada entre caso judicial en sentido amplio y en sentido estricto y “la pregunta que aparece es a cuál de los dos está aludiendo la Constitución en el artículo 116 cuando dice “todas las causas”. Si lo entendemos en un sentido absolutamente restringido, los jueces no podrían eximirse de actuar en la medida en que exista una controversia. Ahora bien, ello nos llevaría a olvidar la existencia del segundo de los requisitos ya estudiados; la legitimación. Asimismo, si nos quedáramos en este estadio, toda controversia planteada por parte legitimada debería ser justiciable.

Pero sabemos que ello aún no ha sido suficiente para suscitar la intervención de un tribunal. Existe un tercer requisito – sin dudas el más controvertido de todos – que es el de la naturaleza del acto objeto de control. Hay actos que por su naturaleza pueden ser controlados y otros que no. En síntesis, hay causa judicial en el sentido (amplio) del art. 116, cuando están presentes estos tres requisitos de la justiciabilidad. Y la gran dificultad aparece cuando tenemos que determinar cuáles son las cuestiones que por su naturaleza no son susceptibles de apreciación judicial.¹⁰

Es decir que para el maestro Bianchi para la existencia de un caso justiciable deberían exigirse como requisito la existencia de una caso

⁹ BIANCHI, Alberto ob. Cit.pág.272

¹⁰ BIANCHI, Alberto ob. Cit. Pág. 273

judicial, la legitimación y la naturaleza del acto objeto de control. Pero así todo sigue definiendo por la negativa.

Desde nuestro humilde e irrespetuoso punto de vista el intento explicativo de este prestigiosísimo autor es tautológico. Intentamos definir un requisito como es la existencia de un caso o causa judicial susceptible de ser analizado a la luz de la Constitución y lo primero que exigimos es que haya un caso sin definir que tipo de caso, para luego incorporarle la legitimación y por último analizar la naturaleza del acto objeto de control, ya que existen materias que estarían ajenas al control judicial (nuevamente la definición negativa) . Creo que se mezclan institutos o figuras sin llegar a una definición precisa.

La legitimación no tiene lugar si queremos conceptualizar un caso justiciable. La legitimación como la explica Bianchi la confunde con el elemento sujeto de la pretensión procesal. En realidad y para todos aquellos que hemos estudiado a Alvarado, lo que requerimos es capacidad jurídica del actor y ésta entendida como un presupuesto de la acción¹¹. Todo ciudadano tiene el derecho de acción, el derecho de acudir ante un estrado judicial independientemente de que tenga o no tenga razón en su planteo. Tendrá o no legitimación activa, tendrá legitimación pasiva el demandado y quizás aún no tengamos un caso justiciable.

Y creo que allí está el meollo de la cuestión. Para que se desarrolle un verdadero control judicial debe existir una acción, entendida como “la instancia por la cual toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta sino por una tercera persona que, por tanto, deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origine con tal motivo....La acción procesal es la instancia proyectiva o necesariamente bilateral...cuyo objeto es formar un proceso.¹²

Es decir que si volvemos a analizar los autores y a los requisitos que se necesitan para ejercer un control de constitucionalidad tendremos

¹¹ Ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL – Tº I pág.93 ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1989.

¹² ALVARADO VELLOSO, Ob. Cit.

entonces que la noción de caso o causa justiciable no es aplicable. Se requerirá de una acción, y esta instancia tendrá sus presupuestos procesales tales como: 1) Que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar (existencia de la posibilidad de accionar); 2) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido (caducidad del derecho de accionar); 3) que quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo (capacidad jurídica del actor); 4) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso (adecuada investidura de la autoridad).¹³

Analizando el primer presupuesto (Existencia de posibilidad de accionar) para que la acción logre su objetivo de formar proceso, “debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (Juez o árbitro)”¹⁴ estando incluidas casi todas las pretensiones salvo las excluidas por el autor y que son aquellas que el legislador privilegia a uno en detrimento y sacrificio de otro (Indagación de la maternidad de la mujer casada) por el choque de intereses jurídicos a proteger más los supuestos susceptibles de presentarse en la vida forense tales como la carencia total de contenido jurídico de la pretensión; cuando no existe litigio ni conflicto susceptible de ser resuelto (caso abstracto) y cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica¹⁵

Nuevamente definimos por la negativa, todo puede ser pretendido salvo algunas excepciones.

Adolfo Rocha Campos¹⁶ enumera 12 límites a la posibilidad de imponer el valor justicia en la sociedad, algunos insuperables y otros superables instrumentando las medidas adecuadas. En todos ellos observaremos que una o las dos partes tienen la legitimación procesal

¹³ ALVARADO VELLOSO, ob cit. Pág. 88

¹⁴ ALVARADO VELLOSO, ob cit, pág.88

¹⁵ Ver ALVARADO VELLOSO, ob cit. Pág. 89

¹⁶ ROCHA CAMPOS Adolfo – LOS LIMITES DE LA JUSTICIA – Eldial.com DC18A

requerida y aún así son casos que no deben ser resueltos por el brazo de la Justicia, si quizás pueda pero en ese caso extralimitándose en su ejercicio

Si no aceptamos esta postura, caeremos nuevamente en el concepto de caso y entonces veremos que forzosamente deberemos definir por exclusión. Es justiciable todo aquello que no sea justiciable. Existen casos en los cuales se reúnen todas las condiciones para que el Tribunal lo revise al mismo: el actor está legitimado, el acto es definitivo, la vía administrativa ha sido agotada, la ley no proscribire la revisión judicial...y sin embargo el tribunal rechaza de plano el recurso. Nos hallamos aquí frente a una excepción a las reglas generales de la revisibilidad: el acto no justiciable.

En la dilucidación de los actos que han estado o están exentos del control judicial debe considerarse, en primer lugar, la existencia de un grupo muy heterogéneo de decisiones que los poderes políticos adoptan en un marco de completa libertad con relación al control judicial. Estas comprenden un rango muy variado y tanto se refieren a cuestiones de la más alta organización del Estado, de sus relaciones exteriores, o de su política interna, como a asuntos meramente administrativos y de neto corte municipal. Su sola, y por cierto muy incompleta enumeración, nos pone ante la evidencia de la cantidad innominada de asuntos que los tribunales, como regla general, no pueden controlar.¹⁷

Por ser una excepción, precisamente, es vista con poca simpatía por la doctrina, ante la que aparece como una tacha en el sistema jurídico, una irregularidad que gradualmente deberá ir desapareciendo con el progreso del Estado de derecho. Pero los tribunales continúan rechazando la revisión de estos actos, y la categoría, si bien más reducida que al principio, se resiste a desaparecer.

IV.- Análisis de las cuestiones políticas no judiciales, como una de las excepciones al caso justiciable

¹⁷ BIANCHI, ob. Cit. Pag. 273

La Administración Pública – nombre que funciona a la manera de un alias para el Poder Ejecutivo – es la encargada de dirigir la línea rectora del país políticamente hablando, haciendo la salvedad que las líneas rectoras del país la marca la Constitución.-

Siguiendo esa línea, la Administración busca y traza diferentes líneas de acción que pretenden, obtenga como resultado lograr el bienestar de la sociedad, de la ciudadanía, de aquellos que con su voto son los que aprobarán o rechazarán la línea rectora que sigue.-

Es por ello que “se ha observado que a la Administración no le preocupa tanto la legitimidad de su conducta como la obtención de un resultado positivo respecto del problema que enfrenta. De allí, entonces, la conclusión a que han llegado casi todos los países occidentales de la necesidad de encomendar el control a un cuerpo independiente de la Administración activa”¹⁸.

Nuestro ordenamiento jurídico posee un control difuso, el control reside en todos y cada uno de los jueces que conforman el poder judicial. Ello convierten a los jueces en sujetos importantísimos en el andamiaje del ordenamiento jurídico. “Es indudable que cuando los Tribunales ejercen control de constitucionalidad entran en el terreno de lo político y allí es donde aparecen las críticas principales. Este lado de la función judicial – advierte Loewenstein- sobrepasa ampliamente al campo legítimo de la actividad de los Tribunales que no debería ser nada más que la ejecución de la decisión política tomada. El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad , una decisión política. Cuando los Tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador del poder

¹⁸ MAIRAL, Hector, CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA. Buenos Aires. Ed. Depalma 1984 pág.2

semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos-".¹⁹

La cuestión pasa por analizar entonces, cual es la naturaleza de ese control de constitucionalidad que desarrolla el Poder Judicial, si democrático o antidemocrático, pero el límite está en no caer en el gobierno de los jueces., ya que a veces creemos ver un "Gobierno de los Jueces", no específicamente en el área de Control de constitucionalidad, sino incluso yendo más allá, avanzando en tareas que le son extrañas.

V.- El poder político del Poder Judicial

Realmente a veces suena temible leer conclusiones tales como las del Ex ministro Barra que expresaba: " La Corte es un poder político. Simplemente lo es porque gobierna, porque ese es el papel que le confiere el Título Primero de la Parte Segunda de la Constitución Nacional. Se encuentra enumerada entre las autoridades de la Nación, integrando el "Gobierno federal" como "Poder Judicial" (Sección Tercera de la Parte y Títulos mencionados) y no como un mero servicio de justicia que resuelve litigios entre partes contrarias. Pero lo singular del caso es que ejerce su competencia política resolviendo ese tipo de litigios."²⁰

Pero esto que parece ser una de las opiniones más recientes en ese sentido, ya viene sostenido desde antaño por Juristas de la talla de Boffi Boggero "Aspiramos a desarrollar la tesis de que los jueces deben gobernar de acuerdo con las normas vigentes y que muchas veces no lo hacen porque su sitio ha sido ocupado por todo o por los otros dos poderes de gobierno."²¹

¹⁹ BIANCHI, Alberto . "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD" Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1992. pág.97

²⁰ BARRA, Rodolfo Carlos "CASO POLINO: LA CORTE RATIFICA SU PAPEL CONSTITUCIONAL. ED -Diario del 27/05/94

²¹ BOFFI BOGGERO, Luis María "LA TEORIA DE LA SEPARACION DE LOS PODERES Y EL GOBIERNO DE LOS JUECES" ED 12-831.pág.831

Eso es lo que nos preocupa, esa obsesión constante y sonante que se arrojan algunos jueces para asumir una responsabilidad de gobierno para la cual no han sido llamados.

También es cierto, que gracias a las nuevas legislaciones han aparecido nuevas instituciones y figuras hasta hace poco tiempo desconocidas. Los “intereses difusos”, las llamadas “class action” etc, han abierto la legitimación a actores que antes no la poseían.

En esas circunstancias una decisión del Juez implicará una serie de consecuencias jurídicas que escapan del ámbito tradicional de la cosa juzgada, llegando obviamente a producir consecuencias políticas, pero prudente es advertir que ellos (nos referimos a los Jueces) deben ubicarse en su justo lugar, aquel en donde sus decisiones sean el producto esencialmente de criterios jurídicos en los que la consecuencia política de esa decisión sea una derivación necesaria pero no esencial de ese fallo.

Debemos ser cuidadosos en lo que sostenemos, pero este es el peligro de una interpretación amplia del artículo 116 de la Constitución en tanto y en cuanto analicemos el concepto “todas las causas”. No pretendemos con esto sumarnos al coro de aquellos que critican como antidemocrático el control de constitucionalidad, sino que criticamos a aquellos que a caballo de las necesidades de la gente y de la inoperancia del Poder Político para dar respuestas, toman las lanzas y salen a luchar contra los molinos de viento, sin tener en cuenta que cuando se toma una decisión estrictamente política hay cuestiones que se deben evaluar y para las que el Poder Judicial no está preparado.-

“El Juez, decía la hermosa expresión florentina de PIERO CALAMANDREI, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de (ellos)...., del juez, como del historiador, se dice también que no debe llevar a cabo una labor de fantasía, sino una obra de elección y de construcción sobre “datos preexistentes” (Estudios sobre el proceso civil E.B.A. 1945, p.107)

“Un juez que debe ser un experto en derecho, no puede en síntesis, sustituir con su criterio las decisiones que son propias de un político, que debe ser un experto en el manejo de los hombres, y un espíritu sensible a la percepción de sus inquietudes. Si el gobierno se equivoca y adopta malas medidas o designa incompetentes funcionarios, el juicio de sus pares, de sus conciudadanos, y , en definitiva, de la historia se ocupará de reprobarlo, pero no es idóneo un juez para sustituir con sus criterios políticos, sus decisiones.”²²

Lamentablemente no es así, y a fuerza de ser repetitivo en esto, creo que es más prudente la Corte que los jueces inferiores. Hay una constante de otorgar poder político a los jueces. Por ello autores de la talla de Augusto Morello reclaman un mayor protagonismo para la Corte para que se equipare con sus inferiores²³

Gratis no hay nada, y esta postura tiene su precio. El precio que debe pagar esa postura es el aumento de la Judicialización de la Sociedad, quizás exagerada al decir de Peyrano²⁴ que ha llevado a que toda la sociedad recale en el Poder Judicial para dar solución a su problema.

²² 1ra. Instancia Federal de Mercedes, firme, febrero 28-980-Yunque de Fortuny, Carlos y otros ED-87-579

²³ MORELLO, Augusto “LA CORTE SUPREMA. EL AUMENTO DE SU PODER A TRAVES DE NUEVOS E IMPRESCINDIBLES ROLES”. ED 112-972 en el que propone para la Corte otras funciones aparte de las tradicionales tales como:

, atribuyéndole amén de sus funciones tradicionales las siguientes:

- a) Decidir la intención constitucional y legislativa, a veces con escaso margen de originalidad, pero en otros, en cambio, con un frente amplísimo de posibilidades creadoras;
- b) Consagrar la tutela efectiva de los derechos
- c) Reafirmar constantemente los límites y garantías naturales del proceso judicial.
- d) Cual *mano invisible* aunque con penetrante presencia o a través de eventual o potencial intervención, insufla razonabilidad y alerta respecto a la responsabilidad y consecuencias de cualquier desvío o abuso en el ejercicio de las otras competencias.
- e) Le cabe, en la instancia más significativa, la propia defensa del Estado democrático y la preservación y valoración de las instituciones de la República

En ese horizonte que queda toscamente dibujado, acontece, en verdad, que “no se nos ocurre con la frecuencia que debería ser que el Poder Judicial es una de las grandes ramas del árbol del Gobierno. Al decir esto quiero dejar establecido varios puntos: en primer lugar, que es una parte del Gobierno; en segundo lugar, que su poder también aumenta y disminuye. Las condiciones que actúan sobre el Poder Ejecutivo y Legislativo para determinar el carácter de sus atribuciones, actúan también sobre el Poder Judicial; y la forma de las otras ramas del gran árbol del Estado son las funciones de la forma del Poder Judicial”

²⁴ PEYRANO, Jorge W. “EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE LAS POSIBILIDADES ILIMITADAS O EL FIN DE LOS SISTEMAS” JA Buenos Aires –Marzo 25 de 1998-Nº 6082

Esto se ve materializado en las diferentes causas que se van presentando en la justicia y lo increíble de su resolución: En el orden nacional vemos acciones de amparo que debiendo proteger a la actora, su resolución posee una fuerza expansiva que repugna a toda la tratadística que sobre el tema se escribió. “Mayor análisis y contralor judicial de la legislación: oficiosidad en las declaraciones de inconstitucionalidad; reforzamiento en concreto de las garantías constitucionales: límites al desborde de la administración y ensanchamiento del Estado de Derecho, *demandan una supervisión judicial más intensa que desde luego conlleva mayores riesgos y responsabilidad social por parte de los jueces*”²⁵

¿Por qué?

¿En donde está escrito que el ejecutivo, sea nacional, provincial o municipal cada vez que deba dictar un acto de gobierno, en vez de cuantificar cual es el impacto en la sociedad – el precio político que le dicen – de la medida, deba cuantificar si la medida pasará o no el filtro de la Justicia?

Abundan casos tales como el Juez de Rosario que se tomó la atribución que cauteló mediante ordenó frenar una licitación, – aprobada por el Concejo – hasta tanto se realice un estudio ambiental, momento en el que el Juez consideraría si autorizaba o no el llamado a una licitación. ¿Si el Concejo ya lo evaluó? La decisión política está tomada y si es incorrecta y no lesiona un derecho de un particular, el electorado a posteriori se lo hará notar. En Santa Fe se ha vivido la incoherencia que realizada la labor de meritación de una comisión de adjudicación y luego de dictado el acto administrativo por parte del Intendente, la Justicia ordenó frenar la iniciación de los trabajos a results de estudiar el expediente.²⁶ O aquel Fiscal de oficio, que consideró que había un ilícito en la licitación de la concesión del Puerto porque consideraba que adjudicar a la empresa que a la postre fue la adjudicataria, constituía una práctica monopólica.

²⁵ MORELLO, Ob. cit. pág. 976

²⁶ Me estoy refiriendo a la Comisión de Evaluación que estudió la licitación que contrató el Sistema de Estacionamiento Medido y Control de infracción en la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe.-

En la Municipalidad de Santa Fe, ha ocurrido que mediante un acción de amparo la Justicia mediante una cautelar ordenó a la Municipalidad que se abstenga de sancionar a un grupo de transportistas escolares que prestan el servicio de transporte de personas, hasta tanto la Municipalidad regule el Transporte de personas por otros medios que no sea el Bus. ¿ Y si la Municipalidad no cree que políticamente sea conveniente regular? ¿Deberá igual someterse al designio de un Juez que así lo considera? De hecho la controversia se solucionó cuando el Honorable Concejo Municipal sancionó una ordenanza prohibitiva y la Jueza consideró la cuestión como abstracta.

La Municipalidad en el caso específico que me ocupa, solamente debe rendir cuentas a la ciudadanía y a sus representantes agrupados en el Concejo Municipal, pero de allí a que una decisión, reservada por ley a un ámbito de atribuciones estrictamente político y de exclusiva decisión del Intendente, sea supervisada judicialmente como sostiene Morello hay un largo trecho.

Paradójicamente quienes más hacen hincapié en esto no son constitucionalistas o administrativistas, sino procesalistas amparados en lo que ellos llaman el Posmodernismo Procesal y que es duramente criticado y resistido por los cultores de la Teoría General del Proceso²⁷. Es que más allá de no comprender que es el posmodernismo, lo abrazan como la excusa absolutoria de todos los males y la panacea que todo lo explica, siempre en aras de lograr un nuevo valor. Si son posmodernistas deben renegar de todos los valores y de todos los sistemas, pero paradójicamente refugian todo su actuar en la rapidez y la eficacia, ya que “en la certeza del pueblo de que su caso será resuelto prontamente, juega el valor eficacia en la prestación debida al Servicio”²⁸, ignorando que “Lamentablemente, valores importantes pero secundarios como es el de la eficacia, se esgrimen para transgredir los

²⁷ El tema requiere un trabajo aparte, pero quiero solamente dejar en claro mi punto de vista en contra de una teoría que en nuestras latitudes nació muerta.-

²⁸ MORELLO, Ob. Cit. pág. 974

mínimos de razonabilidad y coherencia”²⁹, trayendo como única consecuencia que “crearon el caos jurídico e institucionalizaron la inseguridad jurídica.”³⁰

Se ha llegado incluso a sostener que “En la descripción de esa metamorfosis y desde nuestra estrecha y opaca atalaya, asistimos a un extraordinario refuerzo del Poder Judicial y a una deseada subida en su jerarquía institucional. Es éste un dato cierto de estas horas y él suscita reflexiones que se nuclean en torno del agotamiento del principio de separación de los poderes por otro diferente, más realista y apuntalador de la vida democrática y del ejercicio pleno y responsable de las libertades”³¹, claro que siempre y cuando esas libertades las vigile el Poder Judicial. De allí al “Gobierno de los Jueces” solo hay una vuelta de página.

Los titulares del Poder Judicial no debe convertirse en titulares de todos los poderes del Estado o en una especie de “suplentes” de los otros poderes o de “correctores de su falta de actuación. Por eso, y sólo por ejemplo, no podrán pretender que dentro de su función está la de determinar las tarifas (eléctricas, telefónicas o ferroviarias de un país), ordenar al Estado que derribe una cárcel por obsoleta pero que dedique una arte del mismo edificio a museo, ordenar a las partes de un contrato que efectúen determinadas prestaciones para obras sociales no previstas en el mismo, etc. etc.³², o como ahora determinar quien puede o no puede entrar en una cancha de futbol.

También cierto es que la cuestión no es solamente del Derecho Constitucional, Procesal o Administrativo, sino una cuestión sociológica, de sociología legislativa.

Creemos que la solución del problema no pasa para dar más poder o protagonismo al Poder Judicial, sino en que el Poder Legislativo recupere el papel preponderante que le cupió en los primeros años de historia de la vida política universal, y de esa manera obtener el equilibrio de los

²⁹ SPOTA, Alberto Antonio “RESPONSABILIDAD LEGISLATIVA EN LA REPUBLICA. LOS DAÑOS DE LA IMPROVISACION Y EL USO DE LO JURIDICO PARA PRETENDER BLANQUEAR LO POLITICO.” Zeus, diario del 9/03/99, pág.2

³⁰ SPOTA, Alberto.A. ob.cit.pág.3

³¹ MORELLO, Ob. Cit. pág. 977

³² Moción de Valencia –análisis de la Jurisdicción.

poderes. Aunque a veces se hayan originado instituciones o figuras jurídicas como el amparo de la mano de la Jurisprudencia, lo ideal es que el Poder Legislativo tome el reclamo de la sociedad, lo modele, lo forme y lo legisle, para luego el Poder Judicial aplique o no la norma, y lo juzgue en el caso concreto.

“Pueden cometerse, por cierto, muchos errores y causarse mucho daño a la comunidad por los desaciertos del Congreso y del Presidente, pero el remedio no debe buscarse en los tribunales sino en los procesos políticos”³³

Ese es el quid de la cuestión, intentar una legislación acorde que refleje el clamor de la ciudadanía, pero producto de lo ya señalado, si algo ha caracterizado a la vida política argentina es su improvisación, y siempre que hay improvisación hay riesgo de causar daño y ese daño requiere una reparación que la otorgará el Poder Judicial. “El legislador apresurado es siempre un mal legislador”³⁴

“La gran legislación que caracteriza a las culturas de los pueblos más estables y que van a la cabeza del mundo contemporáneo, muestra que los cambios legislativos se producen y promueven a través de lentos procesos. Y esto vale tanto para la legislación de fondo como para la de forma, así como para la tributaria.....La improvisación está metida, muy profundamente como la mala hierba en un buen campo, en el alma de la política partidista argentina.”³⁵

“La buena ley mejora a la sociedad, de la misma forma que la sociedad mejora la vieja ley, a través de la jurisprudencia y la doctrina.”³⁶

VI.- Conclusiones Finales

VI.1.Conclusiones jurídicas

³³ BIDEGAIN, Carlos M. “CONTROL JUDICIAL Y CONTROL POLITICO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA “ ED 87-583

³⁴ SPOTA A.A. “Responsabilidad.....ob. cit.pág.2

³⁵ SPOTA A.A. “Responsabilidad.....ob. cit.pág.2

³⁶ SPOTA A.A. “Responsabilidad.....ob. cit.pág.4

Consideramos imprescindible reformular la teoría en torno a los requisitos exigibles para que haya un genuino control de constitucionalidad el cual se debe estructurar en torno al concepto de la acción cuyo objeto es formar proceso.

Si aún así se considera necesario definir al caso justiciable, el mismo solamente se podrá definir por exclusión. Es justiciable todo aquello que no sea justiciable y en el cual la legitimación no tiene cabida como para conceptualizarlo por ser este un presupuesto de la acción, entendiendo que no nos referimos únicamente a las cuestiones políticas no judiciales sino que la exclusión abarca todo un universo más grande de casos.

VI.2 Conclusiones no jurídicas.

Intentamos explicar la experiencia cotidiana del suscripto, la que palpa todos los días desde su lugar de trabajo³⁷, y que incluso se ve reflejada en la realidad no solo Municipal, sino también Provincial y Nacional y que requiere su análisis.-

Ese análisis debe tender necesariamente a una suerte de equilibrio. “El necesario equilibrio” entre los Poderes o funciones Judiciales, Ejecutivas y Legislativas El tema – complejo por cierto – reviste una serie de aristas espinosas. Aristas que hoy por hoy se ven reflejadas en un difuso límite entre los poderes, y un reclamo incesante de justicia que reclama la sociedad que ante su desesperado grito de ayuda, no encuentra quien le proporcione la solución a su caso, y ve en el Poder Judicial la panacea para su problema.

Ansiamos lograr un sistema equilibrado en el cual cada uno de los poderes cumpla con la función que constitucionalmente le compete, y en el cual la única intromisión que se encuentre no sea otra que la corrección de un exceso o desviación del mismo.

³⁷ El autor del presente trabajo se desempeña como Asesor Legal de la Secretaría de Servicios Públicos de la Municipalidad de la Ciudad de Santa Fe.-

Ansiamos a que se corra el velo de aquellos que escudándose en las verdaderas necesidades de la sociedad intentan dar respuestas cuando en realidad solo piensan en su propio interés o el de su sector.

Creemos que debe ahondarse la idea de control político si por “control político debe entenderse, conforme a una definición de contenido negativo, poco científica pero de fácil comprensión, el que no está librado al control de los jueces.”³⁸

Creemos que debe respetarse – aggiornado claro está a los tiempos que corren – el principio de división de poderes que para nada creo que se ha agotado, y menos cuando lo usamos para instituir –y lo digo sin tapujos – el “gobierno de los jueces” y lo que es peor de los jueces “vedette” que prefieren los flashes y luces de la prensa que todo lo encandila y obnubila, a la solitaria reflexión de sus despachos.

Creemos y se puede, que debe darse una preeminencia total de la constitución y todo su sistema normativo creado y que durante siglos nos ha regido, con sus defectos y virtudes. “En síntesis: la soberanía popular como fuente del poder, Constitución escrita, división de Poderes y supremacía de la Constitución garantizada por un Poder Judicial independiente, caracterizan a nuestro Estado de Derecho,”³⁹ en el cual reina la Constitución.

“Todavía hoy la Constitución es suprema. Y porque la Constitución es suprema, tenemos un orden de normas y tenemos un sistema de control de constitucionalidad en lo que se refiere, fundamentalmente, al respecto de las jurisdicciones y de las competencias de los poderes constituidos.”⁴⁰

³⁸ BIDEGAIN, Carlos Ob. cit. pag.583

³⁹ CHIARA DIAZ, Carlos “PARA LA REPUBLICA DEMOCRATICA ES IMPRESCINDIBLE UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE” Zeus, Diario del 25 de Agosto de 1994 . pág.3

⁴⁰ SPOTA, Alberto A Antonio “ENSAYO SOBRE LA DECLINACION DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL FEDERALISMO COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACION Y DE LAS GRANDES COMUNIDADES POLITICO ECONOMICAS.” Zeus, diario del 26/04/99 . Cit.pág.2

“Como sociedad, debemos asumir en forma responsable y comprometida la tarea de hacer respetar nuestra constitución y no delegar en cabeza de los jueces esta carga que nos es propia.

Solo cuando aceptemos esta ardua tarea, podremos decir que constituimos un verdadero Estado de Derecho.”⁴¹

- (*) Abogado
- Candidato a Magíster en Derecho Procesal – Universidad Nacional de Rosario
- Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Derecho.
- Representante del Poder Ejecutivo Provincial ante la Comisión de Reformas del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de Santa Fe en el marco del Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina.
- Asesor Legal de la Secretaría de Servicios Públicos de la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz.

⁴¹ GARCIA MELGAREJO, FLAVIA - LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE INCONSTITUCIONALIDAD. El dial Eldial.com DC7F2