APORTES SOBRE LA NECESIDAD DE CASO JUDICIAL PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

CONTRIBUTIONS ON THE NEED FOR A JUDICIAL CASE FOR THE EXERCISE OF CONSTITUTIONALITY CONTROL IN ARGENTINA

Luis Emilio Ayuso[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 01/12/2020
DATA DE APROVAÇÃO: 15/12/2020

RESUMEN: En este trabajo se analiza el requisito de la necesidad de existencia de un caso judicial para el ejercicio del control de constitucionalidad jurisdiccional difuso en la República Argentina y cómo reciente jurisprudencia de Corte Suprema de la Nación Argentina puede incidir en la exigencia de este y, con ello, en el ejercicio del control de constitucionalidad aún en su ausencia.
Se analiza cuando para, la jurisprudencia del máximo Tribunal, se configura la existencia de caso judicial, así como cuando se trata de un caso abstracto y de una cuestión política no justiciable.
En definitiva, se analiza el recorrido sobre estos puntos que hace la Corte mediante fallos emblemáticos que han tenido repercusión no solo debido a su sustancia sino también al surgimiento de nuevos interrogantes en torno a ello.

ABSTRACT: This work analyzes the requirement of the need for a judicial case for the exercise of diffuse control of jurisdictional constitutionality in the Argentine Republic and how recent jurisprudence of the Supreme Court of the Argentine Nation can influence the requirement of this and , with this, in the exercise of constitutionality control even in its absence.
It is analyzed when, for the jurisprudence of the highest Court, the existence of a judicial case is configured, as well as when it is an abstract case and a non-justiciable political issue.
In short, the Court's journey on these points is analyzed through emblematic rulings that have had an impact not only due to their substance but also to the emergence of new questions around them.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional. Resolución de conflictos. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

KEYWORDS: Constitutional right. Conflict resolution. Supreme Court of Justice of the Argentine Nation.

INTRODUCCIÓN

[1] Pós-Graudada em Direito e Processo do Trabalho, Direito Tributário. Curriculo-Lattes: http://lattes.cnpq.br/7117456767364837. Contato: la@toricellyasociados.com.ar.

La Constitución Argentina no contiene ningún artículo que consagre en forma expresa el control de constitucionalidad jurisdiccional difuso; sólo existe un artículo, el 116, que establece que le corresponde al Poder Judicial "[…]las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución…].

A partir de dicha norma, al igual que la Corte norteamericana a partir del célebre caso "Marbury vs. Madison", nuestra Corte Suprema de Justicia, desde los albores de la República, ha venido delineando los contornos del control de constitucionalidad[2], estableciendo los requisitos para su ejercicio.

Así, desde inveterada jurisprudencia, la Corte Suprema de la Nación ha establecido la necesidad de que exista un caso judicial, que el mismo no se abstracto y que no se trate una cuestión política no justiciable, para que exista jurisdicción y, por ende, se pueda ejercer el control de constitucionalidad[3].

Recientemente, la Corte Suprema en la causa "Fernández de Kirchner" aunque reafirma la necesidad de caso judicial, y, en el caso concreto considera que no existe, da una respuesta jurisdiccional igual cuando, conforme a su jurisprudencia, no correspondía.

A continuación, se verá como la resuelto tiene impacto en el requisito de necesidad de caso judicial.

1 LA NECESIDAD DE CASO JUDICIAL

En el estado constitucional de derecho, la jurisdicción fue concebida como un mecanismo de la resolución de conflictos de intereses jurídicos entre partes contrapuestas por parte del Estado para evitar la resolución por mano propia; por ello sin conflicto no hay jurisdicción dado que ésta no se concibe como simplemente consultiva, ni importa una indagación meramente especulativa[4].

Esta exigencia "[…] de actuar solo en el marco de un "caso" o "controversia", no constituye un obstáculo formal o inconducente al accionar del Tribunal, sino que se erige en un imperativo que se desprende necesariamente del diseño institucional delimitado por la Norma Fundamental nacional y, en particular, del sistema de

[2] Así del caso "Sojo" (Fallos 32:120) en adelante, con marchas y contramarchas, ha ido fijando las condiciones para su ejercicio.

[3] Ver sobre este tema TORICELLI, Maximiliano. **Organización Constitucional de Poder**, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2010, pág. 80 a 201.

[4] CS, "Barrick Gold", Fallos 342:917

"división de funciones" entre los departamentos del Estado, principio basal de la Constitución Argentina […]"[5].

En cuanto a la configuración del caso judicial, la Corte Suprema, en "Fernández de Kirchner", siguiendo su inveterada doctrina, expresó que**:**

> "Esta condición "se configura cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes- adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial" (sentencia citada, publicada en Fallos: 342:917, considerando 6')[…]".

La necesidad de que existan dos partes con intereses jurídicos contrapuestos viene dada por el art. 116 de la Constitución nacional y el art. 2 de la ley 27[6].

Ahora bien, si analizamos la presentación de la Presidenta del Senado, la misma no cumple con ninguno de los parámetros expuestos para la configuración de un caso judicial.

En efecto, no hay dos partes, no hay controversia, ello es marcado en el voto del Dr. Rosatti y la disidencia del Dr. Rosenkrantz[7], y el planteo es prematuro, aun cuando se pretenda evitar futuros cuestionamientos que no dejan de ser hipotéticos.

En definitiva, es una mera consulta.

Sin embargo, indirectamente la mayoría de la Corte Suprema de la Nación evacua esa consulta, sosteniendo que es una facultad privativa del Senado disponer la modalidad de la sesión por la vía que entienda pertinente -modificación o interpretación del reglamento-.

Es decir, se otorga una respuesta jurisdiccional sobre la petición, más allá que se rechace la demanda porque no hay caso judicial[8].

---

[5] Considerado del voto del Dr. Rosatti en "Fernández de Kirchner".

[6] CS, "Procurar", Fallos 332:1823.

[7] Ver considerando 6, 7 y 15 del voto del Dr. Rosatti y considerando 3 de la disidencia del Dr. Rosenkrantz.

[8] El Dr. Rosatti lo justifica desde el principio de colaboración entre los poderes del Estado, en función del cual, entiende que "aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales" (Fallos: 327:46, considerando 12 y 319:2641, considerando 1°." (ver considerando 10º, del voto del Dr. Rosatti).

No es la primera vez que ello ocurre en una resolución de la Corte Suprema. En la causa "Bahamondez"[9] , el voto conjunto de los Dres. Fayt y Barra optan por la misma solución, decir que no hay caso judicial, pero igual se expiden sobre el fondo.

Esta solución es cercana, aunque diferente a la solución de la disidencia en "Bahamondez" que luego se transforma en mayoría en "Bussi"[10] y "F., A. L.". En dichas causas, se entendió que no había caso judicial porque se habían vuelto abstracto pero que igual correspondía resolver en virtud de que se trataba de un supuesto de un conflicto que generaba interés institucional o por ser un agravio de corta duración podría reiterarse en el tiempo, por lo que, subsistía el interés en su resolución como guardián de la supremacía constitucional.

Ahora bien, en todos estos precedentes hubo caso judicial porque hubo conflicto, pero los mismos se volvieron abstracto por diferentes motivos. Es decir, la Corte Suprema de la Nación no se expide sobre una generalidad sino sobre un conflicto de intereses jurídico concreto que existió y, por diferentes motivos, al momento de resolverlo la jurisdicción desapareció, pero puede repetirse.

En cambio, en "Fernández de Kirchner" nunca hubo conflicto, sino que es una consulta sobre el alcance del reglamento del Senado. Es evidente que el mismo rompe la esencia de la jurisdicción que es la existencia de un conflicto que necesita resolución y ello choca con la prohibición constitucional dirigida al Poder Judicial de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad del obrar de los otros departamentos de gobierno en virtud del principio republicano de división de poderes.

Cabe destacar que la excepcionalidad de la situación no es argumento para romper las reglas de nuestro sistema de control de constitucionalidad dado que, ante ella, la respuesta necesaria es un mejor funcionamiento de los poderes del Estado, dentro de sus límites y evitando realizar actos que, por más loables que sean, abren la puerta a consecuencias no deseadas hacia el futuro.

2 La cuestión política no justiciable.

A la par del nacimiento de la jurisprudencia del control jurisdiccional de constitucionalidad y, como una auto restricción del Poder Judicial, nace la doctrina

[9] CS, "Bahamondez", Fallos 316:479.
[10] CS, "Bussi", Fallos 330:3160 y "F., A. L.", Fallos Fallos: 335:197.

de las cuestiones políticas no justiciables, la cual implica que: "[…] el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva [...]"[11].

La misma, según la propia Corte Suprema,

> "…evita un avance de su poder en desmedro de los demás, preserva la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes, aparece como una exigencia de la regla más elemental de nuestro derecho público por la "que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere […]" y "…la imposición de un criterio político sobre otro" (caso "Cullen", Fallos: 53:420 y caso "Zaratiegui", Fallos: 311:2580 respectivamente, criterio mantenido en los casos "Prodelco", Fallos: 321:1252 y "Verbitsky", Fallos: 328:1146, entre muchos otros)."[12].

A partir de ello, entre otras facultades[13], la Corte Suprema se abstuvo en forma absoluta de revisar las formalidades y procedimiento de sanción de leyes[14] así como el respeto a la Cámara de origen asignada por la Constitución[15].

Sobre este particular, décadas más tarde, la Corte abrió un resquicio de control jurisdiccional cuando se acreditara *"la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley"*[16].

Este criterio de apertura fue ratificado en "Colella"[17] respecto de la promulgación parcial de leyes antes de la reforma de 1994, "Zaratiegui"[18], vinculado a la ley de aprobación de un tratado, "Nobleza Piccardo" respecto a la necesidad de tratamiento legislativo y de aprobación del mismo proyecto por ambas Cámaras[19] y "Famyl" sobre a la promulgación parcial luego de la reforma de 1994[20].

En este avance lineal de un mayor control judicial del procedimiento de sanción de leyes, en la causa "Barrick"[21], en la que se cuestionaba la facultad de la

[11] CS, "Fernández de Kirchner", considerando 12º.
[12] CS, "Fernández de Kirchner", considerando 12º.
[13] Ver la enumeración de facultades exentas del control por la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables realizada por la Corte en el considerando 12º de "Fernández de Kirchner".
[14] CS, "Compañía Azucarera Tucumana", Fallos 141:271.
[15] CS, "Petrus", Fallos 210:855.
[16] CS, "Soria de Guerrero", Fallos: 256:556.
[17] CS, "Colella", Fallos 268:352.
[18] CS, "Zaratiegui", Fallos: 311:2580.
[19] CS, "Nobleza Piccardo", Fallos: 338:1110.
[20] CS, "Famyl", Fallos: 323:2256.
[21] CS, "Barrick", Fallos: 342:917. Cabe destacar que con anterioridad en la causa "Thomas", Fallos 333:1023 en la revoca una medida cautelar con efectos erga omnes sobre la ley de medios, refiere a la imposibilidad de control del procedimiento de sanción de leyes, pero revoca por falta de legitimación activa. En esta causa

Cámara de Senadores de, al conocer por reenvío el proyecto de ley al que había dado origen, suprimir un artículo que la Cámara de Diputados había agregado en su calidad de revisora, la Corte aplica el standard de "Soria de Guerrero" y entiende que la eliminación de un artículo agregado por la Cámara revisora por parte de la Cámara de origen, no resulta de entidad tal que implique la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.

Para llegar a tal conclusión expresa que, si bien en una interpretación literal del art. 81 de la Constitución nacional parecería vedada con el término correcciones la posibilidad de eliminar un artículo agregado por la Cámara revisora, desde una interpretación contextual dicha posibilidad es válida dado que ello surge de la voluntad de ambas Cámaras plasmada no sólo en una norma parlamentaria sino también en su praxis[22].

Ahora en "Fernández de Kirchner" sostiene que no resulta justiciable la determinación del modo de sesionar, si presencial o virtual, dado que es una facultad privativa y exclusiva de la prudencia política del Senado, la cual tiene como límite el standard fijado en "Soria de Guerrero" de la "falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley." [23].

En definitiva, la Corte Suprema ratifica que, como principio, la modalidad de trabajo del Congreso, así como el procedimiento de sanción de leyes es un ámbito de la política excluido del control judicial a menos que el producto surgido no respete los requisitos mínimos e indispensables que condicionan su creación.

CONSIDERACIONES FINALES

El control de constitucionalidad ha nacido y edificado, en nuestro país, al ritmo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, por tanto, sus contornos han sido moldeados por ella.

Hoy sigue moldeando el control y esa construcción genera interrogantes que sólo tendrán respuesta en nuevas decisiones de la Corte Suprema.

Thomas invocaba una afectación como ciudadano y como legislador por no permitirle participar adecuada en el trámite en Comisión de la ley.

[22] Ver considerando 5º de "Barrick".

[23] Ver considerando 17º, del voto concurrente de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco en "Fernández de Kirchner" y considerando 13º, del voto del Dr. Rosatti.

Veremos de ahora en más si vamos hacia una flexibilización de la necesidad de caso judicial, naciendo la jurisdicción consultiva de la Corte Suprema ante situaciones institucionales y cuál es el alcance del control sobre las facultades privativas.

REFERENCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Bahamondez Marcelo s. medida cautelar**. 06/04/1993, Fallos: 316:479.

_____. **Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c. Estado Nacional s. Acción declarativa de inconstitucionalidad**. 04/06/2019, Fallos:342:917.

_____. **Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s. Incorporación a la Cámara de Diputados.** 13/07/07, Fallos: 330:3160.

_____. **Colella Ciriaco c. Fevre y Basset S.A y/u otro**. 07/08/67, Fallos: 268:352

_____. **Compañía Azucarera Tucumana S.A c. Provincia de Tucumán.** 05/09/24, Fallos: 141:271.

_____. **F.A.L s. Medida autosatisfactiva.** 13/03/12, Fallos: 335:197

_____. **Famyl S.A c. Estado Nacional s. Acción de amparo.** 23/08/2000, Fallos: 323:2256.

_____. **Fernández de Kirchner Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s. Acción declarativa de certeza.** 24/04/2020, Fallos: 343:195.

_____. **Minas Petrus S.A c. Estado Nacional.** 28/04/48, Fallos: 210:855.

_____. **Nobleza Piccardo c. Santa Fe s. Acción declarativa de inconstitucionalidad**. 27/10/15, Fallos:338:1110.

_____. **Procurar c. Estado Nacional y Otros s. Acción declarativa de certeza.** 11/08/09, Fallos: 332:1823.

_____. **Sojo Eduardo s. Habeas Corpus.** 22/09/87, Fallos: 32:120.

_____. **Soria de Guerrero Juana c. Bodegas y viñedos Pulenta Hnos S.A.** 20/09/63, Fallos: 256:556.

_____. **Zaratiegui Horacio y Otros c. Estado Nacional s. Nulidad de acto legislativo.** 06/12/88, Fallos: 311:2580.

TORICELLI, Maximiliano. **Organización Constitucional de Poder**, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2010.