

LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO, EL ELECTOR Y EL CONTRIBUYENTE. LA LEGALIDAD OBJETIVA COMO BIEN COLECTIVO

Por JUAN IGNACIO SÁENZ

SUMARIO

1. Introducción .....	97
2. La legitimación en la jurisprudencia tradicional y la exclusión del interés simple a la legalidad objetiva.....	98
3. Fundamentos de las limitaciones a la legitimación .....	103
4. Sobre el carácter “menos” democrático de la justicia .....	106
5. Sobre el concepto de causa, caso o controversia judicial .....	115
6. Sobre la afectación sustancial y el interés simple .....	120
7. Los avances en el derecho europeo .....	123
8. <i>Halabi</i> . El derecho a la defensa de los bienes colectivos.....	124
9. Conclusión .....	128



# LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO, EL ELECTOR Y EL CONTRIBUYENTE. LA LEGALIDAD OBJETIVA COMO BIEN COLECTIVO

Por JUAN IGNACIO SÁENZ

## 1. Introducción

Como aclaración previa, me referiré únicamente a la teoría y a la praxis predominante en la jurisprudencia de los tribunales federales, en particular, a las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Señalo también que mencionaré genéricamente a *la actividad estatal* como objeto del control judicial en el proceso contencioso administrativo, incluyendo allí a toda manifestación normativa de cualquier órgano u organismo del Estado, así como las omisiones de aquellos en el cumplimiento de obligaciones constitucionales o legales. Queda incluido entonces todo supuesto de impugnación de alguna forma de actividad o inactividad estatal que se plantee en cualquier proceso (amparo, acción declarativa o proceso ordinario) pues en todos los casos los fundamentos de la restricción o de la aceptación de la legitimación han sido formulados en idénticos términos.

Lo que sigue a continuación es un aporte a los argumentos en favor del reconocimiento de la *legitimación* y del correlativo derecho fundamental de todo ciudadano a reclamar judicialmente la protección de lo que considero que es un *bien colectivo* como la legalidad constitucional. En efecto, creo que de acuerdo con los estándares actuales de la sociedad democrática cualquier ciudadano —en su calidad de tal y sin necesidad de demostrar perjuicios individuales especiales—, debería poder solicitar a un tribunal la declaración de inconstitucionalidad de los actos del Estado al menos frente a tres situaciones: a) Que no se hayan cumplido los procedimientos de formación reglados en la Constitución o en otras normas generales; b) que un acto haya sido dictado mediando un vicio en la competencia del órgano, alterando el orden de competencias que establece la Constitución en protección de los ciudadanos; c) que el acto o la omisión comprometa la utilización o el destino de los recursos públicos de cualquier naturaleza, caso en el cual a la

condición de ciudadano afectado se suma la de contribuyente. En este sentido, soy de la opinión que la llamada *legalidad objetiva* referente a las facetas de actuación estatal mencionadas constituye un *bien colectivo* vinculado al *círculo vital de intereses* de un ciudadano, y por ende cualquier integrante de la sociedad es titular de un *derecho* a su protección, y no de un mero *interés simple* como se ha infravalorado en la jurisprudencia dominante hasta el momento, bajo fundamentos que considero sumamente discutibles.<sup>1</sup>

## 2. La legitimación en la jurisprudencia tradicional y la exclusión del interés simple a la legalidad objetiva

Es conocido el cuadro de calificaciones jurídicas que rige la *legitimación* como aptitud para el acceso a un proceso judicial donde se impugna la actividad estatal, y como condición para que un tribunal examine y resuelva un cuestionamiento de fondo formulado sobre aquella actividad. Se repite, invariablemente, que es necesario encontrarse afectado de manera muy personalizada y concreta, y no basta invocar cualquier interés o afán impugnatorio para que un tribunal ejerza su competencia revisora. La jurisprudencia de la Corte ha tomado y aplicado todas las limitaciones a la legitimación creadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos, articuladas bajo las exigencias de que el interés sea directo, personal, inmediato y concreto, y sea suficientemente acreditado. Para ello, se ha inspirado en un puñado de nociones incluidas en algunas normas, y en las construcciones de la jurisprudencia norteamericana, entre lo que cabe mencionar:

a) El art. 116 de la Constitución nacional, en cuanto limita la competencia del Poder Judicial de la Nación a la resolución de “causas,”<sup>2</sup> idea ampliada en el art. 2° de la ley 27, en tanto dispone que la Justicia federal sólo actúa en “casos contenciosos” y a instancias de una “parte;”<sup>3</sup>

<sup>1</sup>“Entre los papeles menos asumidos del oficio universitario debe contarse con el de «pensar en futuro» y no descartar ni olvidar temas de estudio que puedan semejar utopías. Quizá la cuestión de la acción popular en el Contencioso-administrativo sea paradigmática de aquel papel y aquel olvido: por lo cual, o se la deja de lado o simplemente se resaltan –como coartada para el abandono– las indudables dificultades procesales y de otro tipo que encerraría su implantación generalizada.” (conf. GONZÁLEZ MARINA, PABLO, “¿Hacia la acción popular en el contencioso-administrativo?,” *Revista Jurídica Galega*, N° 26, páx. 49, <https://www.rexurga.es/pdf/COL142.pdf>)

<sup>2</sup>“Artículo 116: 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; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

<sup>3</sup>“Artículo 1°: La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación. Artículo 2°: Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.”

b) el art. 24 del decreto-ley 19.549/72, que, como correlato del art. 116 de la Constitución nacional y el art. 2° de la ley 27, dispone que los actos administrativos de alcance general pueden ser impugnados en sede judicial solamente por un “interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos;”

c) la noción de *afectado* a que alude el art. 5° del decreto-ley 16.986/66 que reglamenta el proceso de amparo, e igualmente prevista en el art. 43 de la Constitución nacional incorporado en la reforma de 1994;<sup>4</sup>

d) el principio de separación de poderes según el cual la Justicia, en reguardo de los actos surgidos del resto del Estado, debe abstenerse de examinar planteos que no provengan de personas titulares de un *derecho personal* que haya sido directamente *afectado* de manera *directa, inmediata y concreta*, y

e) la inteligencia de que un derecho personal es sólo aquel interés jurídico especialmente calificado pues se encuentra referido a bienes jurídicos tangibles y relevantes, como la vida, el patrimonio, las libertades individuales y la protección de determinados bienes colectivos, y que por definición excluye otros intereses de menor relevancia e intensidad, denominados *intereses simples*,<sup>5</sup> como la aspiración a la “mera legalidad objetiva,” como se suele decir.<sup>6</sup>

En resumen, las exigencias expuestas —encontrarse *afectado* en un *derecho*, de manera *inmediata y concreta*—, resultan de imprescindible observancia para que un tribunal acceda a revisar la actividad estatal, ya que si lo hiciera en supuestos donde no se encuentra afectado un derecho, y por ende no se configura una verdadera causa o controversia, el Poder Judicial extralimitaría su competencia, invadiendo la del poder de donde provenga el acto impugnado —el Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo o cualquiera de las *administraciones públicas*— alterando la separación de poderes, y aún más, el sistema democrático.

Por lo tanto, quedan afuera de la atención judicial, aquellas pretensiones donde una persona solicita la revisión judicial de alguna manifestación de actividad estatal, por reputarla inconstitucional o ilegal, invocando su condición de ciudadano interesado en el cumplimiento de la legalidad objetiva o de contribuyente movilizado por la correcta afectación y el debido destino de los recursos públicos.

<sup>4</sup> “Artículo 5°: La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada.”

<sup>5</sup> Definido como “interés vago e impreso, no individualizado, perteneciente a cualquiera, no reconocido o tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico, relativo al buen funcionamiento de la administración.” (Conf., entre muchos otros, CNFed. CA, Sala II, 22/III/94, *Barcesat, Eduardo*.) Asimismo, la Corte en el fallo *Halabi*, al que me referiré luego, si bien reconoció la legitimación procesal en caso de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, enfatizó que quedaban excluidas de esa categoría las acciones que persigan el control de la mera legalidad de una disposición. (CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111, considerando 9.)

<sup>6</sup> *Mero/a*: (Del lat. *merus*). 1. adj. Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa. 2. adj. Insignificante, sin importancia. (Diccionario de la Real Academia Española.)

Sólo mencionaré cinco casos, distribuidos a lo largo de los últimos 30 años de jurisprudencia de la Corte: *Baeza* (1984), *Gascón Cotti* (1990), *Polino* (1994), *Gómez Diez* (1999) y los dos *ADC* fallados en 2010, sin perjuicio de muchos otros, pues en estos puede apreciarse la línea de fundamentos que se mantiene al día de hoy y que repiten casi todos los tribunales inferiores.

En *Baeza*,<sup>7</sup> la Corte negó legitimación a un ciudadano que planteó la inconstitucionalidad de la convocatoria a una consulta popular realizada por el Poder Ejecutivo Nacional para conocer la opinión de la población en relación a una propuesta de arreglo de los límites con Chile en la zona del canal de Beagle.<sup>8</sup> Consideró que el actor carecía de un interés suficientemente concreto para impugnar la convocatoria,<sup>9</sup> si bien aquel, como parte del cuerpo electoral convocado, sostenía la vulneración del principio de representación indirecta y en tal sentido la inconstitucionalidad de la consulta sobre una cuestión —los límites exteriores de la Nación— que le compete al Congreso de la Nación. Más allá de las notorias debilidades en el planteo de fondo, pues parece claro que cualquier tipo de consulta popular refuerza el principio representativo, y lo que en realidad veda el art. 22 de la Constitución es que cualquier grupo de personas se auto adjudique espontáneamente la representación popular,<sup>10</sup> la Corte descartó que el actor tuviera un interés relevante a que ello sea dirimido judicialmente, a pesar de ser un planteo vinculado al centro de la organización política y a la distribución de competencias entre los poderes, esto es, a la potestad del Poder Ejecutivo para convocar a un acto electoral que no estaba previsto en la Constitución nacional por entonces.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> CSJN, *Baeza Aníbal Roque c. Estado Nacional*, 1984, Fallos, 306: 1125.

<sup>8</sup> Decreto 2272/84.

<sup>9</sup> En *Baeza* la Corte dijo “2°) Que el poder judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales nacionales se define, de acuerdo con invariable interpretación, receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia de este Tribunal, de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2° de la ley 27. Dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas [...] 3°) Que ello es así porque [...] del «control» encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que este requisito de la existencia de un «caso», o «controversia judicial» sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana [...] 4°) Que, con respecto al derecho propio que pueda alegar [...] no mediaría un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla [...] Igualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha insistido en la necesidad de que el interés invocado tenga suficiente inmediatez y realidad.”

<sup>10</sup> “Artículo 22: El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

<sup>11</sup> Las consultas populares como mecanismo de ejercicio semidirecto de democracia, como se suele decir, fueron incorporadas a la Constitución en la reforma de 1994 a través del art. 40, el que precisamente dirimió una discusión acerca de la competencia adecuada para convocar a ese tipo de actos electorales. Las consultas no vinculantes pueden ser convocadas por el Congreso o por el Ejecutivo (*dentro de sus respectivas competencias*), pero las vinculantes sólo pueden ser impulsadas por el Congreso. Vale decir que el planteo de *Baeza* involucraba cuestiones que requirieron ser definidas posteriormente en la propia Constitución, y por ende, al vincularse con la organización

En el caso *Gascón Cotti*<sup>12</sup> un conjunto de personas demandaron la declaración de inconstitucionalidad de una ley local que impulsaba la reforma constitucional en una provincia, y la Corte rechazó igualmente su legitimación para accionar, remitiendo a lo considerado en *Baeza*. En *Polino*,<sup>13</sup> repitió esos argumentos en el amparo interpuesto por dos diputados nacionales, en su calidad también de ciudadanos, para que se estableciera la inconstitucionalidad de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución, y en buena medida definió casi todo su contenido, ley que había sido sancionada de manera manifiestamente irregular, al no retornar a la Cámara de Diputados el proyecto modificado por el Senado como cámara revisora. Se sostuvo que la condición de ciudadano reviste demasiada “generalidad,” lo cual no permite tener por configurado un “interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una «causa», «caso» o «controversia», único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida.”<sup>14</sup> Tanto en *Gascón Cotti* como en *Polino* existieron dos votos en disidencia del juez FAYT, favorables a la legitimación, que destacaré luego. En *Gómez Diez*,<sup>15</sup> tres diputados nacionales sostuvieron la inconstitucionalidad de la ley 24.699, por la que se prorrogaron ciertas modificaciones del régimen de coparticipación federal de impuestos,<sup>16</sup> así como una serie de detracciones a favor

de las competencias de los poderes políticos en relación a un tema que también involucra al cuerpo electoral, pienso que *Baeza* portaba, como parte del electorado, a un derecho fundamental a que todo aquello —a falta de previsiones constitucionales en la época— se resolviera judicialmente con fuerza de verdad legal.

<sup>12</sup> CSJN, *Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89*, 1990, *Fallos*, 313: 594, con nota de PADILLA, MIGUEL M., “Una negación del derecho de acceso a la justicia,” *LL*, 1990-E, 71.

<sup>13</sup> CSJN, *Polino, H. y otros c. Poder Ejecutivo s/amparo*, 1994, *Fallos*, 317: 335, con nota de GELLI, MARÍA A., “Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático. (El caso Polino en análisis),” *LL*, 1994-C, 291. Los diputados HÉCTOR POLINO y ALFREDO BRAVO, pertenecientes a un bloque parlamentario minoritario que se oponía a la reforma llevada a cabo en 1994, impugnaron la constitucionalidad de la ley 24.309, la cual declaró la necesidad de la reforma de la Constitución en los términos de su art. 30, y además dispuso en su art. 2° el conjunto de reformas que integraron el llamado “núcleo de coincidencias básicas” que la propia ley, limitando las atribuciones de la futura Convención Constituyente, dispuso que debía votarse unificadamente por la aceptación o el rechazo. De esa manera, la ley cuestionada no sólo habilitaba el proceso reformador de manera irregular, por los vicios habidos en su procedimiento de formación, sino que además estipulaba su contenido y el de la futura Constitución, cercenando las facultades de la Convención Constituyente.

<sup>14</sup> En *Polino* la Corte señaló “2°) Que la condición de ciudadano que hace valer el recurrente, no es apta —en el orden federal— para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite, en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una «causa», «caso» o «controversia», único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida.”

<sup>15</sup> CSJN, *Gómez Diez, Ricardo y otros c. PEN - Congreso de la Nación s/proceso de conocimiento*, 1999, *Fallos*, 322: 528.

<sup>16</sup> La coparticipación federal es un mecanismo por el cual la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden convenir que las jurisdicciones locales renuncien a alguna facultad tributaria, cediendo su ejercicio exclusivo a la Nación, y obteniendo a cambio una participación de la recaudación de acuerdo con criterios solidarios de reparto, en los que debe atenderse las necesidades de cada región. En la actualidad continúa vigente un sistema de coparticipación aprobado por la ley 23.548

de la Nación de la recaudación de impuestos que integran la coparticipación. Ambas cosas importaron, en concreto, una sustracción de recursos a las provincias, hecho por el que los actores afirmaron sentirse afectados en calidad de ciudadanos de esas provincias, sin que tal interés fuera reconocido por la Corte a los efectos de la legitimación.

Por último, en dos causas iniciadas por la Asociación por los Derechos Civiles, falladas en la misma fecha,<sup>17</sup> la Corte negó legitimación a esa entidad para reclamar, en una, la inconstitucionalidad de la ley que confiere la facultad al Jefe de Gabinete para disponer la reasignación de las partidas del presupuesto nacional aprobado por el Congreso año a año,<sup>18</sup> y en la otra, la inconstitucionalidad de dos disposiciones de la ley que reglamenta el control legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, en tanto posibilitan —tal como ha ocurrida en la realidad muchas veces—, que el Congreso omita pronunciarse sobre los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo, rechazándolos o ratificándolos tal como establece la Constitución que debe ser.<sup>19</sup> Se negó que en ambos casos *ADC* tuviera un interés “substancial” y con suficiente “concreción e inmediatez.”<sup>20</sup>

En suma, la Corte considera que la calidad de ciudadano o de contribuyente —para cualquier tipo de impugnación— es una condición “de notable generalidad de 1988, por el cual Nación, Provincias y Ciudad de Buenos Aires han repartido fundamentalmente la recaudación del impuesto a las ganancias y del impuesto al valor agregado.

<sup>17</sup> CSJN, *Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - ley 26.124*, 2010, *Fallos*, 333: 1212.

<sup>18</sup> La disposición sustituye el texto del art. 37 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y establece: “El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades.” Como se puede advertir, se trata de una delegación permanente del Congreso, que carece por completo de fundamento en “emergencia pública,” así como de “bases de delegación” y plazo para su ejercicio, todo lo cual es requerido por el art. 76 de la Constitución para tener por válida una delegación de facultades legislativas. *ADC* solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de la disposición, alegando la violación del principio de legalidad y de división de poderes, y afirmando que su respeto constituye un derecho humano fundamental.

<sup>19</sup> El art. 22 de la ley 26.122 establece —solamente— que el rechazo o aprobación de los decretos debe ser expreso, pero omite fijar un plazo para que el Congreso se pronuncie, lo cual da lugar a que, por su silencio, la vigencia de un decreto de necesidad y urgencia se prolongue *sine die* e incluso agote sus efectos sin intervención del Congreso. El art. 24 dispone que “el rechazo *por ambas Cámaras* del Congreso del decreto de que se trata implica su derogación,” lo cual significa —a *contrario sensu*— que, a pesar de haber recibido el rechazo de una Cámara, la aprobación de la otra, o peor, su silencio o reticencia para tratarlo, permite su vigencia. Vale decir que ante la falta de coincidencia de las Cámaras, que claramente implica la falta de aprobación por parte del Congreso, se adopta una solución favorable a la vigencia del decreto, lo cual no se concilia con el carácter excepcional de los decretos de necesidad y urgencia y con la prohibición que como principio establece a su respecto el art. 99, inc. 3° de la Constitución. La referida falta de coincidencia ocurrió una vez, respecto del decreto 296/10 que dispuso el uso de una cantidad de reservas del Banco Central, y el cual fuera declarado nulo por la Cámara de Diputados.

<sup>20</sup> En una decisión reciente la Corte negó la legitimación de un gobierno local para representar a sus propios ciudadanos en la demanda que realizó contra la ley federal que regula los medios audiovisuales. (CSJN, 1/VI/10, *San Luis c. Estado Nacional*.)

dad,” que no basta para demostrar la existencia de un interés especial, directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un caso contencioso, único supuesto que autoriza la intervención del Poder Judicial.<sup>21</sup>

Los tribunales inferiores —la gran mayoría al menos— han aplicado mecánicamente dichas pautas,<sup>22</sup> sin variaciones respecto de los fundamentos y los criterios de calificación del interés que es necesario ostentar para que sea reconocida la legitimación.

### 3. *Fundamentos de las limitaciones a la legitimación*

La jurisprudencia en nuestro país ha aplicado de manera idéntica las elaboraciones de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, fuente predilecta en lo que hace a las limitaciones del control judicial. Allí, la limitación de la legitimación nace junto al propio origen del control de constitucionalidad en el caso *Marbury* de 1803. Sabido es que esa decisión, en cuanto afirmó la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, desató una serie de críticas y defensas del *judicial review* que continúan hasta el día de hoy. Cada vez que en los Estados Unidos la Corte declara la inconstitucionalidad de alguna norma que reviste alguna trascendencia social o política especial, se reaviva un debate que enfrenta a quienes reivindican ese poder, con aquellos que consideran que debiera ser inexistente o limitado a casos muy excepcionales, por la menor legitimidad democrática que ostentarían los tribunales respecto de los demás poderes.<sup>23</sup> La

<sup>21</sup> CSJN, *Baeza*, 1984, *Fallos*, 306: 1125; *Constantino Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 2384; *Zaratiegui*, 1988, *Fallos*, 311: 2580; *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*, 1998, *Fallos*, 321: 1352; *Gómez Diez*, 1999, *Fallos*, 322: 528; *Leguizamon*, 2001, *Fallos*, 324: 2048; *Iannuzzi*, 2008, *Fallos*, 331: 2287.

<sup>22</sup> En nuestro país, en el orden federal al que me estoy refiriendo, no existe una regla que obligue a los tribunales inferiores a seguir la jurisprudencia de la Corte. La ley 24.463, antes de su derogación por la ley 26.025, disponía la obligatoriedad de los fallos de la Corte en materia previsional, mientras que la jurisprudencia de ésta se limita a sostener que los tribunales de instancia tienen una especie de deber moral de seguir sus precedentes, salvo una decisión que aporte nuevos fundamentos. Ver: CSJN, *Cerámica San Lorenzo*, 1985, *Fallos*, 307: 1094; *Loyds Bank*, 1995, *Fallos*, 318: 2060; *Gay de Martin*, 1998, *Fallos*, 321: 3201; *Adriazola*, 2001, *Fallos*, 324: 3764. En doctrina: LEGARRE, SANTIAGO / RIVERA (h.), JULIO C., “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical,” *LL*, 2009-E, 820. Ver además: LEGARRE, SANTIAGO / RIVERA (h.), JULIO C., “Naturaleza y dimensiones del «*stare decisis*»,” *LL*, 2005-F, 850; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 93: 91; BIANCHI, ALBERTO B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema. (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)” *ED*, 2000/2001: 335; IBARLUCÍA, EMILIO A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 2006: 215.

<sup>23</sup> La obra en nuestro país que describe de modo más completo el origen, la evolución jurisprudencial y las posiciones en pro y en contra del sistema de control de constitucionalidad en los Estados Unidos y en la Argentina es la de ALBERTO B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002. Por su parte, ROBERTO GARGARELLA (*La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996) realiza una reflexión crítica sobre el *judicial review*, y en un trabajo reciente MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA (“Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos,” *separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2008) relata con precisión los aportes

discusión gira así alrededor de lo que se ha dado en llamar *dificultad contramayoritaria*<sup>24</sup> o *antidemocrática*,<sup>25</sup> del *judicial review*. En general, la jurisprudencia de la Corte ha aceptado como una premisa indiscutible que aquel problema existe, y que por ende es necesario que el Poder judicial auto limite (*self restraint*) su facultad de revisión. Las dos principales restricciones que se ha impuesto son el impedimento para revisar cuestiones políticas (*political questions*), y precisamente, el requisito de legitimación (*standing to sue*) para poder generar un caso o controversia que merezca ser resuelta. Al igual que nuestra Corte, en los Estados Unidos se ha establecido que cuando el art. III de su Constitución federal se refiere a *controversies* ello implica la existencia de una regla que habilita la competencia judicial para dirimir sólo algunos planteos, no todos.

Hubo dos épocas en que la polémica adquirió un voltaje especial. La primera, respecto de las medidas de intervención económica dispuestas por el Congreso durante la presidencia de ROOSEVELT y su política de *new deal* para superar el trance de la crisis económica del 30. La Corte emitió varios casos que la colocaron en un severo conflicto con el gobierno.<sup>26</sup> La segunda crisis académica del *judicial review* se produjo como consecuencia de una serie de fallos emitidos por la Corte presidida por el *Chief Justice* WARREN (1953-1969), sobre temas sociales y políticos de gran discusión en la sociedad norteamericana, como la discriminación racial en las escuelas públicas,<sup>27</sup> la manipulación del sistema electoral en un Estado,<sup>28</sup> el abuso de las cámaras del Congreso federal en su facultad de aprobar los títulos de los legisladores electos,<sup>29</sup> y el laudo del conflicto entre la libertad de prensa y la honra de los funcionarios públicos.<sup>30</sup> Luego de la era *Warren* la Corte falló

recientes al debate en los Estados Unidos. GARCÍA MASILLA señala en particular que las discusiones alrededor del *judicial review* parecían agotadas a fines de la década de 1980, pero han renacido en los últimos años frente al hecho de la denominada *Corte Rehnquist*, cuyos jueces fueron elegidos para moderar el activismo de la *era Warren*. Paradójicamente ha declarado la inconstitucionalidad de 33 leyes federales entre 1995 y 2003, habiéndolo hecho 134 veces la Corte en toda su historia anterior. De allí que la actual Corte resulte la más activista de toda la historia, y el control judicial se ha convertido en “la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos,” según sostiene ese autor.

<sup>24</sup> “*Contramajority difficulty*,” en BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2ª ed.

<sup>25</sup> “*Undemocratic difficulty*,” en DAHL, ROBERT, *Pluralist democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967.

<sup>26</sup> Por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Recuperación de la Industria (*National Industry Recovery Act*), por la amplísima delegación de facultades legislativas que había conferido a favor del Presidente —*Panama Refining Co. vs. Ryan*, 293 U.S. 398 (1935).

<sup>27</sup> En *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) puso fin a la separación de niños blancos y negros en las escuelas públicas.

<sup>28</sup> En *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que fijaba las circunscripciones electorales para elegir a los representantes de la legislatura, por considerarse que el diseño de esas divisiones territoriales no contemplaba la cantidad de población, y tendía a favorecer electoralmente a un partido político.

<sup>29</sup> *Powel v. McCormack*, 95 U.S. 486, 522 (1969).

<sup>30</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376, U.S. 254 (1964).

un caso que significó una verdadera regulación legal del aborto,<sup>31</sup> provocando también fuertes críticas al *activismo* del tribunal, siendo que además el caso se había tornado abstracto pues la mujer implicada ya había dado a luz a su hijo.

Sin embargo, todas aquellas muestras de atrevimiento judicial no son sino excepción de la dogmática imperante en la jurisprudencia de la Corte en la mayoría de los casos, restrictiva de las posibilidades del control judicial.

La *Corte Warren* produjo dos precedentes de gran significación en materia de legitimación, reconociendo el interés de ciudadanos en situaciones que en la Argentina podrían llegar a encuadrarse como *meros intereses simples*: El primero es el mencionado caso *Baker*, donde aceptó el planteo del ciudadano en calidad de votante y además hizo lugar a su pretensión, invalidando la división de los distritos electorales de su Estado. En el otro caso —*Flast v. Cohen* (1969)—, al que me referiré más adelante, admitió el interés de un grupo de contribuyentes para discutir una afectación de fondos que consideraba inconstitucional.

En las etapas posteriores, la Corte retornó a los estándares tradicionales que derivan del *self restraint*. En 1972 rechazó la legitimación de una asociación ambientalista que se oponía al emplazamiento de un centro de esquí en un parque nacional.<sup>32</sup> En *United States v. Richardson* (1974) no reconoció el interés de un contribuyente y ciudadano<sup>33</sup> para pedir la declaración de inconstitucionalidad de la ley que permite no publicar los gastos de la agencia de inteligencia.<sup>34</sup> También negó el acceso al proceso a una organización que cuestionaba la cesión de un inmueble estatal a un establecimiento de educación religiosa privado,<sup>35</sup> y en *Allen v. Wright* (1984) negó legitimación a padres de niños de color que reclamaban que la agencia de recaudación federal<sup>36</sup> aplicara la reglamentación sobre eliminación de exenciones impositivas para las escuelas privadas que mantuvieran prácticas segregatorias. En forma más reciente, en el caso *Hein* (2007) al que me referiré luego, rechazó la legitimación de un contribuyente revirtiendo la doctrina de *Flast*.

<sup>31</sup> En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) examinó una ley local que penalizaba el aborto, a través de una sentencia de carácter general en que dividió las posibilidades de los Estados de regular el aborto de acuerdo con tres etapas diferentes del embarazo.

<sup>32</sup> *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

<sup>33</sup> El actor invocó sus calidades de contribuyente (*taxpayer*) y miembro del electorado (*member of the electorate*) con derecho a conocer el destino de los recursos.

<sup>34</sup> En palabras que nuestra Corte ha calcado, se dijo allí que el interés debe ser sustancial y su afectación inmediata y que no es suficiente invocar el interés común de cualquier miembro de la sociedad. “*It is an established principle that to entitle a private individual to invoke the judicial power to determine the validity of executive or legislative action he must show that he has sustained or is immediately in danger of sustaining a direct injury as the result of that action and it is not sufficient that he has merely a general interest common to all members of the public.*” (<http://laws.findlaw.com/us/418/208.html>)

<sup>35</sup> *Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). Ver SACRISTÁN, ESTELA B., “Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral,” *LL*, 1999-E, 101.

<sup>36</sup> *Internal Revenue Service*.

Como puede advertirse, las opiniones sobre la legitimación se encuentran rodeadas —siempre— de un alto grado de subjetividad acerca de lo que se considera como interés relevante de los individuos, así como de un igualmente alto nivel de especulación teórica sobre la relación que existe entre la calificación de ese interés, la noción de caso judicial, el resguardo de las competencias de las demás ramas de gobierno, y la mayor legitimidad democrática de aquellos.<sup>37</sup>

Me referiré a cada uno de estos aspectos por la manera en que cada uno fundamenta y justifica al otro, que podría sintetizarse de la siguiente manera: A partir de considerar que los órganos políticos y administrativos gozan de mayor legitimidad democrática que el Poder Judicial, es posible establecer que la competencia y los actos de aquellos deben ser protegidos de la injustificada injerencia de los tribunales, lo cual se produce cuando atienden peticiones que no alcanzan para configurar un “caso o controversia,” tales como las que se fundan en intereses poco importantes que no expresan un perjuicio material y concreto, o como se dice en la Argentina, no afectan un derecho, sino un mero *interés simple*. De ese orden de argumentación se desprende que, si la legitimidad democrática del Congreso, el Ejecutivo o la administración no fuese la que se pretende, o al menos no fuese la misma en todos los casos, o desde otro punto de vista, si se estableciera que el principio democrático exige por igual la deferencia hacia los actos del legislativo y del ejecutivo, y su revisión e invalidación por petición de cualquier ciudadano interesado, deberían caer de igual manera los reparos al control ordinario del Poder Judicial.

#### 4. Sobre el carácter “menos” democrático de la Justicia

Tanto en la jurisprudencia como en el debate académico, las limitaciones al control judicial, como la legitimación o *standing*, relacionan indisolublemente la cuestión con los principios de división de poderes y representación democrática. Se sostiene —como premisa indiscutible— que la actuación de todos los órganos estatales que son llevados a juicio ostenta mayor legitimidad democrática que la de los tribunales y que si la actuación de estos se extendiera a los planteos de cualquier particular disgustado con las decisiones de los demás órganos del Estado, se afectaría la separación de poderes y el normal funcionamiento del gobierno y de la administración.

Uno de los primeros publicistas en exponer sistemáticamente las limitaciones del control judicial y su relación con la separación de poderes fue THOMAS COOLEY, en su obra *Constitutional Limitations* (1868), citada frecuentemente por la Corte norteamericana, y también por la nuestra.<sup>38</sup> Más tarde, los jueces de la

<sup>37</sup> Según sostuvo el juez BORK en el caso *Vander Jagt* (1983) la doctrina sobre legitimación se relaciona a la idea de la prudencia del Poder Judicial por su condición de no electiva y no representativa, lo cual es “más que una intuición y menos que una rigurosa y explícita teoría.”

<sup>38</sup> Como en el recordado caso *Ganadera Los Lagos* (CSJN, *Ganadera Los Lagos*, 1941, *Fallos*, 190: 142), donde afirmó, con cita —no textual— de COOLEY, que la declaración de inconstitucionalidad

Corte norteamericana que más hincapié hicieron en esos lineamientos fueron BRANDEIS, FRANKFUERTER y últimamente SCALIA. Al votar en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (1936),<sup>39</sup> BRANDEIS sostuvo, entre varias ideas que dan cuenta del rol mínimo que asignaba a los tribunales en su control de los otros poderes, que “no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de quien no ha podido probar que la aplicación de aquella le ocasiona un perjuicio.”<sup>40</sup> FRANKFURTER, en el caso *Lincoln Federal Labor Union* (1949),<sup>41</sup> fue aún más allá, ligando fuertemente la auto-restricción judicial con la democracia, y definiendo a los tribunales como un poder de carácter “oligárquico.”<sup>42</sup> En definitiva, el control judicial es considerado como una especie de “mal menor,” e incluso BICKEL, en su conocida obra,<sup>43</sup> ha llegado a calificarlo como una “institución desviada” (*deviant institution*) de la democracia norteamericana<sup>44</sup> aunque la considera parte de ella y necesaria para el sistema.

En la Argentina, la discusión sobre el problema democrático del control judicial y su relación con la exigencia de legitimación se ha reproducido sin la intensidad ni la profundidad de su país de origen,<sup>45</sup> mientras que la jurisprudencia adoptó el

de oficio de las leyes vulnera el equilibrio entre los poderes del Estado, por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos. La cita fue recordada, y ciertamente desmentida, en el caso *Mill de Pereyra* (CSJN, *Mill de Pereyra*, 2001, *Fallos*, 324: 3219) donde la Corte aceptó por primera vez el control de constitucionalidad de oficio, revirtiendo una de las reglas tradicionales que se lo impedía. (COOLEY, THOMAS, *A treatise on the constitutional limitations*, Boston, Little, Brown, and Company, 1868 y 1903.)

<sup>39</sup> *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936).

<sup>40</sup> “The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation.”

<sup>41</sup> *Lincoln Federal Labor Union*, 335 U.S. 525 (1949).

<sup>42</sup> Sostuvo FRANKFURTER en su voto: “Even where the social undesirability of a law may be convincingly urged, invalidation of the law by a court debilitates popular democratic government. Most laws dealing with economic and social problems are matters of trial and error ... But there is a reason for judicial restraint in matters of policy deeper than the value of experiment; it is founded on a recognition of the gulf of difference between sustaining and nullifying legislation. This difference is theoretical in that the function of legislating is for legislatures who have also taken oaths to support the Constitution, while the function of courts, when legislation is challenged is merely to make sure that the legislature has exercised an allowable judgement, and not to exercise their own judgement, whether a policy is within or without «the vague contours» of due process. Theory is reinforced by the notorious fact that lawyers predominate in American legislatures. In practice also the difference is wide. In the day-to-day working of our democracy it is vital that the power of the non democratic organ of our Government be exercised with rigorous self-restraint. Because the powers exercised by this Court are inherently oligarchic, Jefferson all of his life thought of the Court as «an irresponsible body» and «independent of the nation itself». The Court is not saved from being oligarchic ... But a democracy need not rely on the courts to save it from its own unwisdom. If it is alert –and without alertness by the people there can be no enduring democracy- unwise or unfair legislation can readily be removed from the statute books. It is by such vigilance over its representatives that democracy proves itself.”

<sup>43</sup> BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2ª ed.

<sup>44</sup> BICKEL, *op. cit.*, p. 18.

<sup>45</sup> Ver CARRIÓ, GENARO R., “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría,” *LL*, 1990-C, 1050; HITTERS, JUAN C., “Legitimación democrática del Poder

fundamento y lo condujo a las mismas restricciones que en los Estados Unidos. OYHANARTE ha resumido buena parte de esas restricciones, elogiándolas: “En la Argentina existe también una antigua, espontánea y valiosa actitud de *self-restraint* que se manifiesta a través de diversas reglas judiciales cuyo sentido no requiere explicación.” Entre esas reglas menciona, por ejemplo: a) La inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio; b) la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al punto concreto que ha sido materia del fallo; c) la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; d) la declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso, como última *ratio* del ordenamiento jurídico, y e) las cuestiones políticas no son justiciables y lo mismo acontece con los actos que suponen ejercicio de facultades privativas.<sup>46</sup> Sintetizó todo el problema con una frase de gran efectividad: “Los que exaltan las teóricas ventajas de un control judicial prácticamente ilimitado nunca han podido explicar de manera convincente como puede ser más democrática una tesis que, llegado el caso, hace prevalecer la opinión de tres jueces políticamente irresponsables —o cinco de los Estados Unidos— contra la voluntad mayoritaria del país. La tesis de que la esencia de la democracia y el destino inmediato de la comunidad deben ser confiados a la omnisciencia de tres superdotados vigías, no tiene muchos adeptos, por suerte.”<sup>47</sup>

A pesar del énfasis con que ha sido formulado en su país de origen, y transplantado a la Argentina, el argumento *contramayoritario* presenta una serie de problemas y es susceptible de ser refutado desde distintos ángulos.

Entre las disidencias que la doctrina de *standing* ha tenido en la Corte norteamericana cabe citar las del Juez BRENNAN,<sup>48</sup> quien sostenía que “la Corte usa la noción de legitimación para dar un portazo contra demandantes con derecho a una plena consideración de los méritos de sus reclamos.”<sup>49</sup> BRENNAN cuestionaba la verdadera relación entre la legitimación, el requisito de controversia establecido en el art. III de la Constitución y la idea de separación de poderes.<sup>50</sup> Siempre con

Judicial y control de constitucionalidad,” *ED*, 120: 903; GARGARELLA, *op. cit.*; OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina: Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

<sup>46</sup> OYHANARTE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>47</sup> OYHANARTE, *op. cit.*, p. 77.

<sup>48</sup> WILLIAM BRENNAN fue custodio de los principios jurisprudenciales más destacados de la Corte liberal de WARREN, luego de que este se retirara en 1969 y sobreviniera una era mucho más conservadora, lo cual ha tenido su manifestación entre otras cosas en la aplicación de la regla de legitimación o *standing*.

<sup>49</sup> “Once again, the Court uses «standing» to slam the court-house door against plaintiffs who are entitled to full consideration of their claims on the merits.” Ver: *Allen v. Wright* (1984), *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State* (1982), *Barlow v. Collins* (1970).

<sup>50</sup> “And once again, the Court does so by «wax[ing] eloquent» on considerations that provides little justification for the decision at hand. This time, however, the Court focuses on «the idea of separation of powers», as if the mere incantation of that phrase provides an obvious solution to the difficult questions presented by these cases (...) One could hardly dispute the proposition that Art. III

remisión al citado caso *Flast*, en el que participó de la decisión, BRENNAN sostenía que la legitimación no se relaciona realmente con la separación de poderes, pues esa doctrina a lo sumo provee una idea acerca de las materias sustanciales que el Poder Judicial puede o no revisar, pero no sobre qué intereses puede un individuo hacer valer ante un tribunal y cuáles no. Tal como sugería BRENNAN, las premisas de los criterios sobre la legitimación se apoyan en una buena dosis de ficción, y otras veces resultan directamente inaplicables desde el punto de vista lógico. Me referiré someramente a algunas de las críticas que es posible realizar a la relación función judicial-democracia tal como ha sido postulada.

La mayoría de los sistemas jurídicos modernos se autodefine como *Estado constitucional y democrático de derecho*, lo cual combina tres formulaciones: Que rige la regla del Estado de derecho, que la democracia representativa es la forma de gobierno y que la regla básica de la organización jurídica es la supremacía constitucional. La conjunción de los tres principios determina que el pueblo es el titular de la soberanía, pero se encuentra sujeto a determinados procedimientos y contenidos predeterminados en la Constitución que no se pueden ignorar en el ejercicio ordinario del gobierno, salvo reformando la Constitución. En primer lugar, y más allá de toda la discusión habida sobre la tensión entre democracia y constitucionalismo,<sup>51</sup> ni la Constitución argentina ni la norteamericana, disponen algo así como que en el ejercicio de su competencia el Poder Judicial debe dar preeminencia al principio democrático por sobre la supremacía constitucional. Por otro lado, es necesario aclarar que las teorizaciones que se han practicado en los Estados Unidos alrededor del problema han tenido como objeto de análisis casi siempre el enfrentamiento entre el Congreso y el Poder Judicial en casos paradigmáticos en que la sociedad norteamericana se encuentra particularmente dividida. Me refiero a casos como los atinentes a la discriminación racial, la intervención del Estado en la economía, el aborto, la eutanasia o la pena de muerte. El caso *Roe v. Wade* (1973), por ejemplo, donde se sentaron las bases de la permisión o prohibición del aborto desató gran polémica sobre las *posibilidades democráticas* de la Corte, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que se trataba de un entuerto social que involucraba simultáneamente a la interesada, a los Estados, a las asociaciones feministas, a los movimientos religiosos, al Congreso federal y a los partidos políticos, y donde además puede afirmarse que toda la población cuenta con información suficiente sobre el tema y tiene adoptada alguna posición

*of the Constitution, by limiting the judicial power to «Cases» or «Controversies,» embodies the notion that each branch of our National Government must confine its actions to those that are consistent with our scheme of separated powers. But simply stating that unremarkable truism provides little, if any, illumination of the standing inquiry that must be undertaken by a federal court faced with a particular action filed by particular plaintiffs. The question whether a particular person is a proper party to maintain the action does not, by its own force, raise separation of powers problems related to improper judicial interference in areas committed to other branches of the Federal Government.»*

<sup>51</sup> Ver HOLMES, STEPHEN, "El precompromiso y la paradoja de la democracia," en ELSTER, JON / SLAGSTAD, RUNE, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 2ª ed.

valorativa a su respecto. Por esas razones, la indagación acerca de si corresponde que tal cuestión se dirima en un tribunal cuyos miembros no fueron elegidos popularmente tiene un sentido y una explicación especial que no puede trasladarse a todos los casos. En nuestro país también ha ocurrido que cuestiones que *a priori* pertenecen al universo de los poderes políticos fueran definidas en la instancia de la Corte, si bien encuentran un alto nivel de discusión en la sociedad. Cabe recordar la cuestión sobre la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: La decisión acerca de si el poder punitivo del Estado es lícito o si por el contrario se viola allí el derecho de intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución ha seguido los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte, más que las decisiones políticas del Congreso.<sup>52</sup> De manera similar, en *Sejean* (1986) se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio, tema muy debatido por entonces, y que fuera objeto de una importante modificación legislativa un año después en el Congreso, al regularse el divorcio en el Código Civil.

Ahora bien, el planteo de la dificultad *contramayoritaria* se ha extendido a todo tipo de casos, y no sólo a aquellos donde la sociedad democrática se encuentra a la expectativa de una decisión estatal que defina un conflicto actual y latente que ha provocado la atención, el interés y la participación de buena parte de la población, como en los ejemplos mencionados. El tipo de actividad estatal que es sometida de ordinario al control judicial no presenta las características de aquellas situaciones. Aún más, la invocada *voluntad mayoritaria* que en apariencia respalda toda esa actividad sujeta a la revisión judicial constituye un dato improbable o directamente falso en una variadísima gama de situaciones, que incluyen por ejemplo: a) Que el Congreso sancione una ley o el Ejecutivo adopte una decisión ampliamente rechazada por la mayoría de la sociedad o con indiferencia acerca de cuáles son o podrían ser sus preferencias;<sup>53</sup> b) que el ordenamiento considere como un producto democrático a normas emitidas por gobiernos de facto, tal cual ocurre en la Argentina; c) que el Congreso emita una disposición sobre la que no exista información ni ningún grado de debate ni interés en la opinión pública. (Por citar como ejemplo las dos últimas leyes publicadas al momento de terminar este trabajo, véanse la ley 26.745 que aprobó el aumento del aporte

<sup>52</sup> En el caso *Colavini* (1978) convalidó la constitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, considerando que el hecho penado afectaba el orden público. Años más tarde, en los recordados *Bazterrica y Capalbo* (1986) decretó la inconstitucionalidad de la norma, pero poco tiempo después —con la Corte ampliada y renovada— volvió al criterio anterior en *Montalvo* (1990). Por último, en *Arriola* (2008) hizo revivir la decisión de *Bazterrica*, con remisión al voto del juez PETRACCHI, agregando que la penalización había demostrado ser ineficiente en relación a la finalidad de controlar el tráfico que se había propuesto.

<sup>53</sup> En los Estados Unidos se han realizado ensayos de justificación del *judicial review* precisamente sobre la base de considerar que las legislaturas suelen actuar antimayoritariamente, por una diversa cantidad de causas, entre ellas la aspiración de sus integrantes de mantener su poder, lo que los lleva a actuar por sus propios intereses y no por el interés general. (*Legislative entrenchment*.) Tal problema no existe en el Poder Judicial. (KLARMAN, MICHAEL J., “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem,” 85 Geo. L.J. 491, 497, 1997.)

de la República Argentina al capital autorizado del Banco Interamericano de Desarrollo en 7.525 millones de dólares, y la ley 26.746 que declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación un inmueble.) Evidentemente, se trata de cuestiones únicamente conocidas por especialistas o por quienes han tenido acceso a la información que respalda ambas decisiones. En la enorme mayoría de los casos, es imposible conocer o lograr una participación generalizada en la variedad de las decisiones políticas y económicas que adoptan los gobiernos y sus distintos departamentos. En este sentido se ha señalado la alta improbabilidad de que los ciudadanos medios consigan prestar atención a las decisiones políticas cuyas características son la complejidad, sofisticación y lejanía, razón fundamental por la que la sociedad en general nunca estará familiarizada con estas problemáticas;<sup>54</sup> d) que se trate de disposiciones legales sancionadas en otros tiempos y bajo el gobierno de representaciones políticas ya perimidas. (Supongamos el caso del Código Civil sancionado en el siglo XIX.) Se da allí una especie de anacronismo popular pues las mayorías o las representaciones políticas que eventualmente pudieron haber dispuesto la norma, sencillamente, ya no existen,<sup>55</sup> y e) los actos emitidos por el Poder Ejecutivo o cualquiera de los órganos de la administración que le dependen, pues surgen de su voluntad unilateral y no han sido sometidos a ningún tipo de debate ni consideración de órganos de representación plural de *toda* la sociedad. Por lo demás, la cobertura *democrática* de los actos provenientes de la administración es al menos de igual rango que la de los tribunales, por su carácter indirecto.

En definitiva, no queda claro si cuando se sostiene que la actividad estatal emanada del Congreso o del ámbito del Ejecutivo es *representativa* se considera que constituye un reflejo de la voluntad mayoritaria, lo cual no es real en todos los casos sino solo esporádicamente en cuestiones sometidas con igual grado de información al debate de la opinión pública, o si por el contrario se sostiene que dicha actividad se encuentra especialmente jerarquizada por el título jurídico que emana de su causa legitimadora, que son las elecciones populares de donde emana el mandato de los legisladores y del titular del Poder Ejecutivo. Si bien se trata de una cuestión ardua —que obviamente no profundizaré— y que ha sido abordada científicamente no solo por el derecho sino por el resto de ciencias sociales y políticas, cabe al menos mencionar que el fenómeno de la representación política ya no se considera correlativo a la soberanía popular. (Sino más bien se ha dicho que es un elemento distorsionador y tergiversador de aquélla.) La

<sup>54</sup> SCHUMPETER, JOSEPH A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1942, p. 269. (Traducción al castellano en: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguilar, 1980.)

<sup>55</sup> La Corte se abstuvo de pronunciarse por deferencia al legislador que sancionó el Código Civil de 1870 en un caso donde se había planteado la inconstitucionalidad de la discriminación que contenía respecto de los derechos hereditarios de los hijos extramatrimoniales. El caso es *E., F.E* (1987), ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, caso E., F. E., pp. IV-1-15.

representación se trataría de un *mandato* y la condición *democrática* de un acto no sólo se vincula con la causa que es origen de aquel mandato (las elecciones populares), sino también con los procedimientos de información, participación y control ciudadano.<sup>56</sup> En ese sentido, la jerarquía *democrática* de los órganos políticos y de la administración también puede reputarse indirecta, al igual que la de los tribunales cuyos integrantes son designados por un procedimiento de selección reglado y sus decisiones se encuentran sometidas a variadas y modernas instancias de control social. En definitiva, la idea de *democracia* se encuentra en pleno desarrollo, a punto tal que es común apreciar distintas *teorías* acerca de sus características. Supone algunos contenidos mínimos —como la elección de los representantes— pero implica un alcance mucho mayor. Entre las concepciones más vastas de democracia se encuentra —entre nosotros— la de NINO, quien ha resaltado como nota esencial su valor epistemológico a través de los procesos de deliberación.<sup>57</sup>

Desde esa concepción, un proceso judicial puede resultar un ámbito mucho más democrático que otro procedimiento de formación de decisiones estatales, particularmente cuando se habilita la participación de los actores especializados en las cuestiones a decidir, como los *amicus curiae*<sup>58</sup> o se llevan a cabo procedimientos participativos como son las audiencias públicas.<sup>59</sup> Finalmente, la sentencia constituye un acto fundado que debe hacer tratamiento de todas las pruebas y argumentaciones expresadas, y allí se encuentra el valor que señala NINO, del cual carecen muy a menudo las leyes del Congreso, y casi siempre los actos del Ejecutivo y de la administración.<sup>60</sup>

Desde otro punto de vista, el control judicial ha planteado una situación verdaderamente paradójica en relación con su crítica, cuando precisamente se intenta hacerlo aplicar para reparar o corregir deficiencias del propio sistema democrático y en favor de sus elementos básicos. En los Estados Unidos, ELY dedicó su obra

<sup>56</sup> RUBIO CARRACEDO, JOSÉ L., *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Véase también PORRAS NADALES, ANTONIO J. (comp.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>57</sup> NINO, CARLOS S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996; BOBBIO, NORBERTO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos,” en BOBBIO, NORBERTO / PONTARA, GIULIANO / VECA, SALVATORE (comps.), *Crisis de la democracia*, J. Marfá (trad.), Barcelona, Ariel, 1985; RUBIO CARRACEDO, JOSÉ L., “Democracia mínima. El paradigma democrático,” en *Doxa (Revista de Filosofía del Derecho)*, n° 15-16; DAHL, Robert A., *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

<sup>58</sup> La Corte reguló su actuación mediante la Acordada 28/04.

<sup>59</sup> SACRISTÁN, ESTELA B., “Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema Argentina (¿Más cerca o más lejos de la reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)” *LL*, 2009-C, 976. El régimen dispuesto por la Acordada 30/07 de la Corte prevé audiencias informativas, conciliatorias y ordenatorias. Puede asistir a ellas el público en general.

<sup>60</sup> Resulta de particular interés el fallo de primera instancia en la causa *Halabi* que declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 teniendo en cuenta su falta de debate parlamentario y carencia de motivación. (JFed. CA N° 10, 14/VI/05, *Halabi, Ernesto*, con nota de DIANA, NICOLÁS, “¿De la libertad al panoptismo? A propósito de la ley 25.873,” *LL*, 2005-F, 319.)

más conocida a justificar la legitimidad democrática de la actuación de la *Corte Warren*<sup>61</sup> en aquellos casos donde se producían “bloqueos” al acceso de las minorías y “obstrucciones” al proceso democrático. Sostuvo como tesis que en tales supuestos la función judicial debía irrumpir sin limitaciones para restablecer la normalidad. NINO, en el mismo sentido, sostenía que el control sobre el proceso democrático involucra la revisión judicial sobre la regularidad de los procedimientos de formación de las decisiones y las garantías acerca de la participación de las minorías.<sup>62</sup> En este sentido, la Corte Suprema ha ingresado, desde no hace mucho, al control de los procedimientos reglados en la Constitución. En el caso *Nobleza Piccardo* (1998) declaró la inconstitucionalidad de una ley cuyo proceso de sanción no había respetado el mecanismo previsto en la Constitución,<sup>63</sup> en *Famyl* (2000)<sup>64</sup> invalidó el veto parcial de una ley, en cuanto estimó que no cumplía adecuadamente los requisitos impuestos por el art. 80 de la Constitución, y por ende burlaba la voluntad legislativa. Finalmente no puede dejar de mencionarse en esta senda el caso *Fayt* (1999), pues se estableció allí la nulidad del art. 99, inc. 4º, párrafo 3º sancionado por la Convención Constituyente en 1994, por considerarse que lo allí previsto —la necesidad de un nuevo nombramiento para los jueces al cumplir 75 años— no era una materia prevista entre los puntos a reformar fijados por la ley 24.309.<sup>65</sup> Otro importante campo de acción *pro democracia*, o al menos reivindicativo de las competencias del Congreso, ha sido el control de los decretos de necesidad y urgencia, y de la delegación legislativa, que son los institutos mediante los cuales en los últimos 20 años se ha consagrado una especie de deformación del orden de competencias constitucionales del Legislativo y el Ejecutivo y una suerte de claudicación del Congreso en el ejercicio de sus facultades en favor de su libre, unilateral e indeliberada disposición por parte del Ejecutivo. En lo que hace a los decretos de necesidad y urgencia, la Corte ha

<sup>61</sup> ELY, JOHN H., *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980. Una versión en castellano es: *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

<sup>62</sup> NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 692-706.

<sup>63</sup> En ese caso el art. 27 de la ley 23.905 había prorrogado la vigencia de un impuesto de emergencia a la venta de cigarrillos destinado al “Fondo Transitorio para Financiar Desequilibrios Fiscales Provinciales” y creado por la ley 23.562. El respectivo proyecto legislativo había obtenido media sanción en la Cámara de Diputados, con la mencionada prórroga hasta el 31-V-91, mientras que el Senado lo modificó y extendió esa vigencia hasta el 31-XII-91. A raíz de tal modificación el proyecto debió volver a la cámara de origen para su tratamiento; pero sin embargo, fue enviado al Poder Ejecutivo de la Nación y promulgado como “ley.” La situación fue la misma que se denunciara en los casos *Cullen c. Llerena* (1893) y *Polino* (1994), en los que la Corte abdicó del control. (El primero por considerar que se trataba de una cuestión política no justiciable y el segundo por rechazar la legitimación de los actores.) En los tres casos se cuestionó la regularidad y legalidad objetiva de la norma, respecto de lo cual carece de sentido predicar *legitimidad democrática* alguna, cosa que a lo sumo puede vincularse con el contenido de lo que se dispone.

<sup>64</sup> CSJN, *Famyl*, 2000, *Fallos*, 323: 2256.

<sup>65</sup> HERNANDEZ, ANTONIO M., “El Caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales,” *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2001.

fallado dos casos en los que deja claramente sentada la regla constitucional en cuanto a las circunstancias excepcionalísimas que habilitan el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, dadas estrictamente por la imposibilidad fáctica de que el Congreso se reúna, como en el caso de desastres naturales.<sup>66</sup> Otro caso donde se ha intervenido enérgicamente en vinculación con la integridad del orden democrático es *Mignone* (2002) en el que se declaró la inconstitucionalidad de una disposición del Código Electoral Nacional que excluía del padrón electoral a las personas privadas de su libertad.<sup>67</sup> El caso es además singular pues se aceptó la legitimación de una asociación. (El Centro de Estudios Legales y Sociales.)

Sin embargo, a pesar de esos antecedentes y de tratarse de acciones específicamente planteadas en salvaguarda de las funciones democráticas del Congreso, rechazó las acciones de la ADC mencionadas en el punto II) para que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.122 que impiden el efectivo control parlamentario, y de la ley que otorga a un funcionario dependiente del Ejecutivo y sin la proclamada *legitimidad democrática directa* como es el Jefe de Gabinete de Ministros, nada menos que la reconfeción de los gastos del presupuesto nacional donde la sociedad destina sus recursos. En ambos casos, con fundamento en la falta de legitimación de aquella asociación. ¿Cómo puede en ese caso sostenerse que con el rechazo de la legitimación procura resguardarse el sistema democrático o la separación de poderes, cuando lo denunciado era precisamente una grave violación a ambas cosas, y que sólo cabe al Poder Judicial remediar? Actualmente en nuestro país se han verificado situaciones de grave riesgo a la normal separación de poderes, como las mencionadas y otras, que sin embargo no han llegado a tener un remedio judicial precisamente por las limitaciones que rigen todavía su sistema de control. Las limitaciones al acceso al control judicial han permitido que el Poder Ejecutivo, a través de amplísimas delegaciones legislativas —algunas de ellas consagradas en normas de facto— y los decretos de necesidad y urgencia, legisle a discreción. Por ley 26.080 se modificó la composición del Consejo de la Magistratura, suprimiendo la representación en dicho órgano de las segundas minorías de ambas cámaras del Congreso, reduciendo la de jueces y abogados, y destinando a su mínima expresión la del ámbito académico y científico. Se ha consagrado la hegemonía del partido gobernante nada menos que en el órgano que selecciona y acusa a jueces y administra el Poder Judicial, y las dos causas donde se ha planteado la inconstitucionalidad de la medida se encuentran para resolución de la Corte

<sup>66</sup> CSJN, *Verrocchi*, 1999, *Fallos*, 322: 1726; *Consumidores Argentinos*, 2010, *Fallos*, 333: 633.

<sup>67</sup> El CELS solicitó allí en su demanda que “se adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (art. 37 Constitución Nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos.”

con sendos dictámenes de la Procuración General de la Nación en los que se recomienda su rechazo por falta de legitimación.<sup>68</sup>

Cabe agregar que en Europa, en varios países latinoamericanos y en muchas provincias argentinas —también en el orden interno de la Ciudad de Buenos Aires—<sup>69</sup> los sistemas jurídicos han resuelto el problema sobre el carácter *democrático* que supuestamente entrañaría el control de constitucionalidad judicial, sencillamente en favor del principio de supremacía constitucional. Como destaca BIANCHI, los sistemas de control concentrado allí existentes y los tribunales para ejercerlo están creados con rango constitucional, y los métodos de designación de sus magistrados son muy similares a los de nuestros tribunales federales, lo cual no les agrega nada desde el punto de vista de la legitimidad democrática. Concluye BIANCHI: “En síntesis creo —tal como señalaba Louis Fisher— que decir que el control judicial es antidemocrático, es tentador, pero engañoso. La Constitución establece una república limitada no una democracia pura. Los sentimientos populares son filtrados a través de un sistema representativo.”<sup>70</sup>

### 5. Sobre el concepto de *causa, caso o controversia judicial*

La noción jurídica de *caso judicial* tampoco es inequívoca, y de hecho varía de acuerdo con el país y la jurisdicción. En muchos de los ordenamientos locales de nuestro país que han adoptado el sistema de control de constitucionalidad concentrado, una controversia se tiene por configurada con partes interesadas a las que la Justicia federal les negaría la legitimación. Ello impone una primera consideración: La *causa* a que se refiere el art. 116 de la Constitución y el *caso* estipulado en la ley 27 son conceptos jurídicos indeterminados que significan una cosa para la jurisprudencia imperante hasta el momento, pero que podría llegar a modificarse en el futuro. De hecho, muchas de las características del tradicional *caso judicial* descriptas por la Corte en numerosos precedentes y sistematizadas por OYHANARTE, todas igualmente fundadas en la separación de poderes y en la deferencia hacia los órganos políticos, han sufrido importantes

<sup>68</sup> *Carrió, Elisa y AABA*, ambas con dictamen desde diciembre de 2006.

<sup>69</sup> La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996 ha establecido en su art. 113.2 una acción declarativa de inconstitucionalidad que se ejerce originariamente ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad. El mecanismo está a su vez reglamentada en la ley 402 que en punto a la legitimación (art. 18) establece: “Se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad: 1. Las personas físicas; 2. Las personas jurídicas; 3. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4. Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” En diversos pronunciamientos el Tribunal Superior precisó que, si bien se establece la legitimación con la amplitud señalada, es necesario que el actor precise con claridad las razones de su planteo de inconstitucionalidad y los intereses que considera afectados, no bastando con una mera petición genérica de que se ejerza el control.

<sup>70</sup> BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, op. cit., cap. II, con cita de FISHER, LOUIS, *Constitutional dialogues, interpretation as political process*, New Jersey, Princeton University Press, 1988, p. 62.

transformaciones, e incluso algunas han sido totalmente dejadas de lado, por lo que el *caso judicial* tal cual se lo conocía antes, ya no existe.<sup>71</sup>

En efecto, el hecho de que varias de las características sacramentales que se asignaban al proceso judicial en su vinculación con la separación de poderes, ya no sean aplicadas no hace más que demostrar que lo que se ha relativizado en realidad es la propia inteligencia acerca de aquella relación. Esa desarticulación del típico “caso” limitado por las posiciones y peticiones de las partes,<sup>72</sup> ha tenido particulares manifestaciones, como estas:

A) Control de oficio: La historia del control de oficio en nuestro país es por demás conocida, así como lo son los argumentos en que se apoyan las posiciones a favor y en contra. Sólo me interesa destacar que la facultad de pronunciar una inconstitucionalidad de oficio ha sido recibida definitivamente en el caso *Banco Comercial de Finanzas* (2001), en los siguientes términos: “[S]i bien 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, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango.” Lo interesante además es que se descartó que el control de oficio comprometiera el equilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, tal como históricamente se había sostenido, pues carece de consistencia lógica sostener que existe un indebido avance sobre los otros poderes por el sólo hecho de no haber mediado petición de inconstitucionalidad por una de las partes, y que en cambio esa invasión se tiene por no operada si medió tal planteo en el proceso.

B) Efectos generales de las sentencias: Está claro que no existe en nuestro país —en el ámbito federal— el efecto *derogatorio* de las sentencias, y que ese mecanismo sólo sería posible por vía de una reforma constitucional que establezca semejante efecto jurídico “de pleno derecho” y de modo automático. Sin embargo, a mi entender es posible apreciar ciertos “efectos generales no derogatorios” en

<sup>71</sup> En nuestro país, GARCÍA PULLÉS sostiene que legitimación y caso se han confundido por la pretensión de integrarlos en una sola idea. Sostiene además ese autor que el “caso judicial” es un concepto jurídico indeterminado, y como mínimo requiere un conflicto de derecho, que sea actual (no hipotético) y que reconozca intereses en su solución. (GARCÍA PULLES, FERNANDO R., “Un nuevo concepto de «caso» en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimiento administrativos (a partir de los fallos Halabi y Defensor del Pueblo),” Suplemento Extraordinario Administrativo, 75° Aniversario, La Ley, agosto 2010, pp. 52-62.)

<sup>72</sup> En materia de casación federal tiene dicho que “al momento de decidir en materia federal, no está limitada por las alegaciones de las partes, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto.”

muchos pronunciamientos y sentencias de la Corte Suprema, lo cual quiere decir, sencillamente, que están dirigidas a una pluralidad de sujetos indeterminados —a la sociedad y a los demás poderes del Estado— y que por ende no existe en rigor un efecto acotado a quienes han sido parte en la *causa* en su sentido tradicional. Los mencionados efectos generales se ha dado por tres vías o modalidades distintas: a) Por el efecto *erga omnes* expresamente otorgado a una sentencia, como el caso *Halabi* que comento adelante, y b) por el dictado de exhortaciones dirigidas al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional o a Estados locales, tal como ha ocurrido en algunos precedentes y tiende a ocurrir cada vez más.

El tan temido efecto *erga omnes* de las sentencias ya cuenta con un cuerpo importante de precedentes, pero por lo novedoso sólo me voy a referir a los recientes casos *Rosza* (2007) y *Halabi* (2009).<sup>73</sup>

En el primero, la Corte declaró la inconstitucionalidad del reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura para proveer las designaciones de jueces subrogantes en los casos de vacancias en los tribunales federales, en cuanto permitía el nombramiento de funcionarios y abogados que no reunían calidad de juez con acuerdo del Senado. El fallo excedió notablemente los límites del caso planteado, pues, a la vez que convalidó la actuación del juez subrogante en esa causa, declaró con efecto general la inconstitucionalidad de todo el reglamento de subrogancias, y en una suerte de pronunciamiento normativo-reglamentario extendió una declaración general de validez a la actuación de todos los jueces subrogantes designados en la Justicia federal de acuerdo con el reglamento invalidado, pero limitado ese efecto al plazo de un año, luego del cual dichos nombramientos debían cesar por inconstitucionalidad. Algunos llamaron a esto “declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido” o “ultraactivo,”<sup>74</sup> y claro está que tal decisión hizo efecto en causas en trámite y aún en las no iniciadas ante los jueces cuestionados.

En *Halabi*, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873, en cuanto autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas sin precisar debidamente los fundamentos ni regular la intervención judicial necesaria para habilitar las intromisiones a la privacidad y a la intimidad garantizadas en los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional. Consideró que el actor —Ernesto Halabi— era titular de un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, por lo que la sentencia debía extenderse a todo el resto de usuarios del servicio de telecomunicaciones.

C) Control en casos abstractos: Una de las reglas, constante y uniforme, del sistema de control de constitucionalidad difuso es la que restringe su ejercicio

<sup>73</sup> CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332:111; con nota de SOLA, JUAN V., “El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas.»” *LL*, 2009-B, 154; GELLI, MARÍA A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi.»” *LL*, 2009-B, 565.

<sup>74</sup> MARANIELLO, PATRICIO A., “Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido (caso «Rosza»)”, *LL*, 2007-D, 67.

a casos contenciosos o controversias entre partes, lo cual excluye la decisión de asuntos no planteados ante los tribunales, y de los que, encontrándose en trámite, se volvieran abstractos. En la Argentina, la Corte falló en el caso *Bahamondez* (1993)<sup>75</sup> una cuestión relativa a la autorización judicial para realizar transfusiones de sangre en un paciente que se negaba a someterse a este tratamiento aduciendo su condición de testigo de Jehová. Cuando el tema fue decidido, hacía más de tres años que la persona ya no se encontraba internada, razón por la cual la mayoría del Tribunal entendió que era inoficioso pronunciarse. No obstante, nada menos que seis jueces realizaron consideraciones sobre el fondo del asunto y todos ellos consideraron —de modo parecido a como lo hizo la Corte norteamericana en el caso *Roe*— que ese tipo de asuntos debía ser decidido a pesar de su carácter abstracto, pues por la rapidez de los hechos que le dan lugar suelen escapar de la revisión, y además son susceptibles de repetición.

En forma más reciente, la Corte falló el caso *Bussi* (2007),<sup>76</sup> donde invalidó la resolución de la Cámara de Diputados que había rechazado el título de diputado electo del actor, con fundamento en su inhabilidad moral. Lo primero que tuvo que resolver el tribunal fue si la cuestión conservaba actualidad, pues el mandato del diputado electo había cesado en 2003. La Corte declaró que subsistía interés en resolver el caso en términos muy sencillos: “[E]xiste un caso en la medida en que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la presente” (considerando 2), aclarando que “el interés subjetivo del demandante configurado por su pretensión de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Nación que negaron la incorporación del peticionario como miembro de dicho cuerpo es, como lo peticiona la recurrente, abstracta.”

D) Sentencias exhortativas: La Corte, en su última integración, ha adoptado una modalidad en varios casos, que es la de emitir exhortaciones a los demás poderes, solicitándoles la adopción de determinadas medidas de carácter general, vinculadas siempre con problemas colectivos.

En *Badaro* (2006) solicitó el Congreso que legisle la movilidad de las jubilaciones dentro de un plazo razonable. La causa *Mendoza*, cuyo primer pronunciamiento data de 2006, contiene una larga encomienda de tareas dirigida al Estado nacional, la Provincia de Buenos y la Ciudad de Buenos Aires, dirigidas a la recomposición del ambiente en la cuenca Matanza-Riachuelo. En el caso *Arriola* (2009), además de declarar la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, finalizó el pronunciamiento de la siguiente manera: “Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas

<sup>75</sup> CSJN, *Bahamondez*, 1993, *Fallos*, 316: 479, con nota de SAGÜES, NÉSTOR P., “¿Derecho constitucional a no curarse?, *LL*., 1993-D, 126.

<sup>76</sup> CSJN, *Bussi*, 2007, *Fallos*, 330: 3160, con nota de BOICO, ROBERTO J., “El voto popular y la facultad del Congreso para juzgar el título del candidato electo,” *LL*, 2007-E, 27.

de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.” En *F., A.L. s/ medida autosatisfactiva* (2012) precisó el alcance del art. 86 del Código Penal en relación al aborto no punible y además resolvió “exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.”

En suma, los precedentes mencionados —que considero plausibles— demuestran el cambio de un paradigma en la concepción sobre el marco de un caso judicial y contribuyen a sostener que las históricas limitaciones de la función judicial fundadas en la separación de poderes no se encuentran claramente justificadas. Si las censuras al control de oficio y a los efectos generales de las sentencias han desaparecido. ¿Por qué no habrían de suprimirse también las referidas a la legitimación, si son sus fundamentos lo que han entrado en crisis?

Por último, es importante que señale que si bien el concepto de *caso judicial* es de aquellos de carácter indeterminado, y su concepción no sólo varía en los diferentes ordenamientos en que se aplica, sino que además se ha visto modificado con los años en nuestro orden federal, aun así cabe reconocerle cierto marco mínimo determinado por los siguientes elementos: a) Que el sujeto actor plantee un conflicto de derecho con suficiente seriedad de fundamentación y precisión acerca de aquello que peticiona y del interés que considera afectado; b) que dicho conflicto sea actual y no abstracto, remoto, prematuro o hipotético, y c) que la cuestión constitucional se encuentra planteada, como ha dicho la Corte muchas veces, con la claridad y el esfuerzo de argumentación que la inteligencia de la Constitución exige. De acuerdo con esto, la aceptación de la legitimación amplia que acá definiendo no implica en modo alguno obviar el requisito de *caso* impuesto por el art. 116 de la Constitución y la ley 27 como correlato de la naturaleza esencial de la función judicial, ni negar su necesidad, pues de otro modo sin dudas que los tribunales se transformarían en oficinas receptoras de quejas o denuncias probablemente ajenas a sus labores. Es obvio que, tal cual lo expresara WARREN en *Flast*, lo que el requisito de caso o controversia excluye en realidad es la posibilidad de que los tribunales emitan opiniones de asesoramiento o resuelvan cuestiones mal definidas por un pretense litigante. Es en esa inteligencia en que conserva sentido la noción de caso judicial: No corresponde a los jueces tratar proposiciones netamente consultivas, indagaciones especulativas o planteos inadecuadamente definidos.

Como conclusión, la ampliación de la legitimación no es contradictoria con la idea de caso ni con la esencia de la función judicial, y aún en los sistemas

de control de constitucionalidad concentrado o en los que aceptan las acciones populares o la acción declarativa, existen las exigencias que son normales para considerar configurado un conflicto de derecho fundado, preciso y actual que deba ser resuelto judicialmente.

### 6. Sobre la afectación sustancial y el interés simple

Entre el conjunto de indefinidas figuras que han dado lugar a las restricciones que vengo criticando, además de la *legitimidad democrática* y el concepto de *caso*, se encuentra la definición acerca de los intereses que son relevantes para lograr el acceso a un proceso, la cual remite a inevitables apreciaciones de carácter subjetivo o discrecional. Ya he descrito en el punto 2 las notas características que se exigen en la jurisprudencia tradicional, tales como el carácter *personal*, *directa*, *inmediata*, *sustancial* y *concreta* de la afectación que se denuncia.

En un caso relativamente reciente, *Hein v. Freedom From Religion Foundation* (2007),<sup>77</sup> la Corte de los Estados Unidos resultó dividida alrededor de la cuestión acerca de cómo se definen aquellos intereses que son relevantes y sustanciales para acreditar suficiente legitimación, de los que no lo son. La mayoría del tribunal sostuvo que carecía de trascendencia el interés invocado por un contribuyente en discutir la asignación de recursos por el Poder Ejecutivo a un ente de ayuda a grupos religiosos, en aparente violación de la cláusula de la Primera Enmienda que prohíbe al Congreso fijar una religión.<sup>78</sup> La decisión acusa la influencia del juez SCALIA,<sup>79</sup> el más acérrimo defensor de la doctrina de *standing*, incluso desde antes de ser juez de la Corte Suprema.<sup>80</sup> En su voto —concurrente con el de la mayoría— realizó una agresiva crítica del precedente *Flast*, calificándolo de “notoriamente inconsistente” en relación a los perjuicios que deben ser considerados relevantes para tener por configurada una controversia. Para ello, SCALIA distingue el perjuicio material (*Wallet Injury*) del daño psíquico (*Psychic Injury*) y sostiene enfáticamente que este último —que es el que presentan los

<sup>77</sup> 551 U.S. 587 (2007).

<sup>78</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion.” El presidente GEORGE W. BUSH creó en 2001 un organismo (*White House Office of Faith-Based and Community Initiatives*, OFBCI), con el fin de incentivar la participación de asociaciones o grupos religiosos en los servicios sociales y ayudarlos a recibir los subsidios del gobierno. La oficina había recibido 24 millones de dólares para sus actividades cuando un grupo de contribuyentes inició una demanda para que se declare la inconstitucionalidad de las asignaciones de partidas decididas por el Poder Ejecutivo, por violar la cláusula de la primera enmienda que prohíbe al Congreso fijar una religión. La Corte les negó legitimación por considerar demasiado abstracto el interés invocado.

<sup>79</sup> ANTONIN GREGORY SCALIA es juez de la Corte de los Estados Unidos desde 1986, designado por el presidente RONALD REAGAN. Su nombramiento consolidó la tendencia conservadora en el tribunal. (Ver: MONTÓYA, MARIO D., “Ante la vacante del juez Thurgood Marshall. El fortalecimiento de la tendencia conservadora en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos,” *LL*, 1992-E, 1260; BARRAGUIRRE, JORGE, “La opinión del juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional (El concepto de «afectado»),” *LL*, 1997-F, 1273.)

<sup>80</sup> SCALIA, ANTONIN G., *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *SUFFOLK U.L.REV.* 881 (1983).

contribuyentes que se preocupan por los gastos del Estado— no merece ninguna atención de un tribunal, pues equivale a una “insatisfacción mental,” más que un daño económico en sí mismo. (*Economic harm itself*.) En el otro lado, la disidencia firmada por cuatro jueces del tribunal,<sup>81</sup> en réplica al voto de SCALIA, sostiene que el interés del contribuyente, si bien es imposible vincularlo con un perjuicio patrimonial, constituye un daño a la conciencia si, como en este caso, el Estado fuerza a los contribuyentes a tributar (aunque sea “tres peniques”) para financiar una religión, lo cual no equivale a un “simple mal sentimiento.” Agregaron, como concepto general, que el elemento legitimación incluye conceptos que no son susceptibles de una definición precisa, dependiendo en definitiva de qué se considera muy abstracto (*too abstract*), no apropiable (*or otherwise not appropriate*) o etéreo e inmaterial (*intangible*), para no merecer la consideración judicial.

La decisión generó numerosos comentarios, a favor y en contra. Entre estos últimos, la sentencia fue calificada como una “abdicación de la responsabilidad de interpretar la constitucionalidad de las acciones de las otras ramas de gobierno” y un “debilitamiento de la separación de poderes,” por cuanto uno de los temas a dilucidar era, precisamente, el alcance de las facultades del Presidente para definir gastos del presupuesto.<sup>82</sup>

El contrapunto que mencioné entre los jueces del tribunal creo que es muy interesante pues va al nudo del problema de la legitimación, que es precisamente la valoración que merece el interés de un ciudadano en que se respeten las competencias y procedimientos de actuación que establece la Constitución o que los recursos sean asignados por el órgano competente y para los destinos predeterminados por las normas generales. ¿Qué es lo que se considera sustancial o relevante como interés de una persona para realizar una petición judicial? El criterio del juez SCALIA es el que ha prevalecido en nuestro país para sostener que el interés del ciudadano es un daño psíquico, una insatisfacción o una mera preocupación respecto de la cual los tribunales nada tienen por hacer. O tal como se lo ha encasillado en las categorías del derecho europeo, se trata de un *interés simple*, “vago e impreciso.” Como puede apreciarse, la afectación del ciudadano ha sido minusvalorada sobre la base de un uso algo emotivo del lenguaje.

Del otro lado, la disidencia en el caso *Hein* y algunas consideraciones del juez FAYT en la Argentina, ponen sobre la mesa la dimensión moral de la afectación, como *daño a la conciencia*, a la que podríamos sumar otras calificaciones como *aflicción espiritual e indignación cívica*, además del interés que supone la participación en la formación de las decisiones estatales. FAYT ha sido el más importante exponente en la Corte de tesis favorables a una legitimación amplia. En sus disidencias en los mencionados casos *Baeza*, *Gascón Cotti*, *Polino* y *Halabi*

<sup>81</sup> SOUTER, STEVENS, GINSBURG y BREYER.

<sup>82</sup> MICHAELS, LAUREN S., *Hein v. Freedom From Religion Foundation: Sitting This One Out - Denying Taxpayer Standing to Challenge Faith-Based Funding*, 43 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 43, n° 1, 213 (2008).

propuso reconocer la legitimación de los accionantes, en el primer caso en su carácter de integrante del cuerpo electoral, y en los otros dos bajo el fundamento de que no se invocaba allí un derecho derivado de la Constitución, sino el “derecho fundamental a que la constitución se mantenga,” y el derecho a la “preservación de la fuente de todo derecho,” concluyendo que todo ciudadano está habilitado para defender la Constitución cuando entiende que ésta se desnaturaliza.<sup>83</sup> FAYT sostiene que la condición de ciudadano equivale a la de un sujeto inmerso en una realidad social, que es centro de vivencias en reciprocidad con otros sujetos, y que se encuentra afectado por cualquier acto estatal por la recíproca interpenetración que aquellos determinan un todo ordenado y coherente.

No todas las medidas de gobierno y los actos del Estado en general se relacionan de igual manera con el ciudadano, pero creo que a esta altura del desarrollo de la sociedad, existen algunos que se vinculan muy inmediata y concretamente con la zona vital de intereses de cualquier individuo que interactúa y participa de la organización social, tales como los que comprometen la vigencia básica del ordenamiento constitucional del Estado y la asignación de los recursos, verdaderos bienes colectivos a cuyo respecto no cabe reducir el interés de los individuos a meras preocupaciones sin remedio judicial.

En definitiva, la fundamentación de este tipo especial de interés requiere todavía de una elaboración argumental mucho más desarrollada que las breves expresiones que ha tenido hasta el momento por parte de algunos jueces

<sup>83</sup>En su disidencia en *Gascón Cotti* sostuvo: “20) Que al margen de las polémicas doctrinarias sobre el alcance de expresiones como la utilizada de «interés legítimo», y otras que la situación sugiere, nacidas las más de ellas no en el campo del derecho constitucional [...] sino en otros de jerarquía infraconstitucional, cabe que esta Corte se formule como tema a decidir si no basta ser ciudadano argentino vecino de una provincia, para tener derecho a reclamar de los jueces el cumplimiento de la Constitución de esa provincia si encuentra que ella se halla en trance de ser alterada de un modo que considera contrario a sus propias disposiciones. No está en juego en tal petición la pretensión de utilizar al texto constitucional para fundamento de alguno de los derechos que de él se derivan, sino el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga. No está en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego. Solo a partir de la existencia de esas reglas es que [...] tiene sentido comenzar a tratar otros problemas que por su grado de concreción, sólo pueden ser derivados de aquéllas. Por ello entonces, de lo que en el caso se trata no es de un problema de legitimación corriente, en el que quepa hablar de las exigencias regulares para la existencia de un interés legítimo, sino de la afectación aducida de la fuente misma de toda legitimidad. El tema excede así de encasillamientos que pretendan minimizarlo, exigiéndole a los recurrentes algo que solo puede generarse a partir de lo que es su pretensión preservar. 21) Que frente a tal situación fundante no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé. Este derecho es tan imposible de dilución como la obligación que establece el art. 21 de la Constitución Nacional [...] 23) Que, en un diverso pero afín orden de ideas, es ya lugar común afirmar que ese acatamiento a la ley en el medio de preservar y no de amenazar las libertades cívicas. Por otra parte, no es imaginable el Estado en general sino como una comunidad jurídicamente organizada. El Derecho es un elemento esencial suyo. Cuando él falta, las comunidades retroceden a formas más primitivas de agrupación humana.”

y las que haya podido sugerir acá como ensayo. Lo cierto es que el interés a que el Estado actúe *regularmente* existe y tiene para muchos ciudadanos tanta importancia real como la reivindicación que pudieran hacer de sus derechos puramente personales, lo cual está demostrado en las acciones judiciales que se siguen intentando en nuestro país y en los Estados Unidos motivadas en aquel tipo de intereses, invirtiendo para ello tiempo y dinero. No cabe pues hablar ya de demandas que sean una rareza ni que puedan reducirse a ser consideradas meros experimentos de carácter académico o de testimonio político-partidario. Más bien parecieran ser exigencias de participación en el ejercicio del control democrático de los ciudadanos.

### 7. *Los avances en el derecho europeo*

Nuestro país ha recibido otra corriente inhibitoria de la revisión judicial de tono directamente *anti-judicialista* y que proviene del principio de separación establecido en Francia por una ley que continúa vigente al día de hoy y que prescribe: “Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos.” (Ley 16-24 de agosto de 1790, sancionada por la Asamblea Constituyente.) Dicha regla ha sido trasladada desde luego a la legitimación y a la deferencia hacia la administración, en ambos casos para “preservar” a aquella de posibles intrusiones de los tribunales. El Tribunal Supremo en España, por ejemplo, ha limitado la legitimación utilizando términos e ideas parecidas a las empleadas por nuestros tribunales. Respecto del interés necesario para impugnar la actividad administrativa, es preciso que aquel “signifique una *intensa* relación con la disposición que se impugne,” “relación que no puede ser lejana, derivada, ni indirecta.”<sup>84</sup> También ha establecido que el interés debe ser personal y concreto. Con este tipo de exigencias se ha excluido de forma sistemática los “intereses generales” y los “simples intereses a la legalidad.”<sup>85</sup>

GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus perseverantes críticas a la Justicia administrativa, ha expuesto un criterio superador de los tradicionales límites a la legitimación, a través de los que llama *derechos reaccionales*, y a una idea que denomina “círculo o ámbito vital de intereses” cuya perturbación genera un derecho a impugnar “no sólo el estamento de los poseedores.”<sup>86</sup> Se destaca también el florecimiento de

<sup>84</sup> STS del 5-XII-72 (A.5167).

<sup>85</sup> Los criterios jurisprudenciales pueden verse en NIETO, ALEJANDRO, “La discutible supervivencia del interés directo,” *REDA*, n° 12, 1977, pp. 44-46.

<sup>86</sup> “[L]a doctrina de los «derechos reaccionales» de origen alemán, aunque reelaborada entre nosotros y que es sumamente simple. Cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital, la cual se protege con dicha acción porque

las acciones populares en una diversa serie de materias (planeamiento urbanístico, ambiente atmosférico, protección de las costas, de los parques nacionales, patrimonio cultural) e incluso en el caso de los presupuestos locales, que pueden ser impugnados judicialmente por cualquier habitante de la entidad local, por irregularidades en su trámite de elaboración y aprobación, o por omitirse créditos dispuesto en una ley previa.<sup>87</sup>

### 8. Halabi. *El derecho a la defensa de los bienes colectivos*

El fallo dictado por la Corte en el caso *Halabi* no ha innovado verdaderamente en materia de legitimación, sino que su aporte fundamental es que ha establecido por primera vez el efecto general o *erga omnes* de una sentencia que hace lugar a la demanda de un individuo portador de un derecho de incidencia colectiva. No ha sido, como parecía *a priori*, una ampliación de la legitimación. En tal sentido, la sentencia remite a una anterior donde se sostuvo: “[L]a reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general.”<sup>88</sup>

nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga o la obligación de soportar esa incidencia o de sacrificar sus situaciones de ventaja. El análisis de legitimidad del ataque se hace en función de esa protección y en ejercicio de ese «derecho en armas» que es la acción subjetiva.” (Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español,” REDA, n° 59, 1988, p. 340. También GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado,” REDA, n° 89, 1996, p. 26 y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1989.)

<sup>87</sup> Ley 39/1988, ordenada por Decreto Real Legislativo 2/2004, Reguladora de las Haciendas Locales. “Artículo 169. 1. Aprobado inicialmente el presupuesto general, se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el Pleno [...] Artículo 170. 1. [...] tendrán la consideración de interesados: los habitantes en el territorio de la respectiva entidad local, los que resulten directamente afectados, aunque no habiten en el territorio de la entidad local, los colegios oficiales, cámaras oficiales, sindicatos, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por intereses profesionales o económicos y vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios. 2. Únicamente podrán entablarse reclamaciones contra el presupuesto: Por no haberse ajustado su elaboración y aprobación a los trámites establecidos en esta Ley, por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo, por ser de manifiesta insuficiencia los ingresos con relación a los gastos presupuestados o bien de estos respecto a las necesidades para las que esté previsto. Artículo 171. Recurso contencioso-administrativo. 1. Contra la aprobación definitiva del presupuesto podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo, en la forma y plazos que establecen las normas de dicha jurisdicción.”

<sup>88</sup> Con remisión a CSJN, *Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcía. c/ A.F.I.P. s/ amparo*, 2003, *Fallos*, 326: 3007. Este precedente también describe el criterio predominante en materia de legitimación. La actora había solicitado la inconstitucionalidad de una serie de disposiciones de la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683, en cuanto autorizan a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a intimar a los contribuyentes y embargar sus bienes por sí, sin intervención

La novedad, en realidad, está dada por la clasificación de las situaciones en que tales derechos de incidencia colectiva pueden llegar a plantearse procesalmente, y fundamentalmente por los efectos generales que se establecen para las sentencias.

Las definiciones más importantes a todo ese respecto se encuentran en los considerandos 10 a 13 de la sentencia, y a mi modo de ver se resumen de la siguiente manera: Los derechos de incidencia colectiva son: a) Los que tienen por objeto la protección de bienes colectivos (que son los que pertenecen a toda la sociedad, de modo indivisible), y b) aquellos cuyo objeto es un bien individual, pero que se encuentran pluralmente vinculados por haber sido igualmente afectados por una misma homogénea causa. Ejemplo de lo primero es, típicamente, el ambiente, y de lo segundo, la propiedad o cualquier otro derecho individual, que sólo conforma un derecho de incidencia colectiva si existe una única causa que genera una afectación a una pluralidad de sujetos en sus respectivos intereses individuales. En ambas situaciones, los efectos de una sentencia se extienden a todos los afectados. (Toda la comunidad en el primer caso, y todos los miembros de la “clase” en el segundo.)<sup>89</sup>

judicial. La Corte estimó que la entidad carecía de la representación de los intereses puramente patrimoniales de sus integrantes.

<sup>89</sup>La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873, en cuanto autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas sin precisar debidamente los fundamentos ni regular la intervención judicial necesaria para habilitar las intromisiones a la privacidad y a la intimidad garantizadas en los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional. Consideró que el actor —Ernesto Halabi— era titular de un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, por lo que la sentencia debía extenderse a todo el resto de usuarios del servicio de telecomunicaciones. “9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos [...] 10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional [...] Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados. 11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la

Lo dicho no altera el *statu quo ante* en materia de legitimación, que no ha sido ampliada por la Corte en el caso *Halabi*, o al menos no expresamente. Por el contrario, en el considerando 9 la Corte se preocupó por aclarar que tanto en el supuesto de un derecho individual como en el de incidencia colectiva, incluso cuando tienen por objeto bienes colectivos, es imprescindible “la comprobación de la existencia de un *caso* [...] ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.”<sup>90</sup> Con ello, queda claro que la

posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. 12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.”

<sup>90</sup> “9°) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un «caso» es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el «caso» tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes.”

legalidad objetiva no es considerada uno de los “bienes colectivos” a que hace referencia la sentencia, ni existe un “derecho” de incidencia colectiva a que los poderes públicos actúen de acuerdo con los procedimientos y el orden de competencias fijados en la Constitución. En suma, el interés del ciudadano por la *mera* legalidad no es asimilable al interés en la protección, por ejemplo, del ambiente, sino que constituye un “interés simple.”

No obstante, creo que el reconocimiento que la sentencia realiza de los bienes colectivos como objeto de derechos y de protección judicial a instancias de cualquiera de sus propietarios indivisibles significa una puerta abierta para ampliar la legitimación en el futuro, pues entonces la clave de esa ampliación ha pasado a ser la concepción y la formulación de aquellos bienes colectivos. Lo son ya la planificación urbanística, los recursos naturales, los bienes culturales y arquitectónicos (los llamados “patrimonios” comunes), y el medio ambiente en general, pero esa lista se encuentra abierta. Se me ocurre agregar que el orden jurídico argentino ha avanzado en el reconocimiento de otros bienes colectivos tales como la información pública,<sup>91</sup> y aparentemente se encuentran en ese camino las libertades y garantías más básicas, como el derecho a sufragio consagrado en *Mignone*<sup>92</sup> o la igualdad contra graves formas de discriminación, conforme con el art. 43 de la Constitución. También merece destacarse el art. 36 de la Constitución nacional en tanto confiere a todos los ciudadanos el derecho de resistencia en relación a actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.<sup>93</sup> ¿Serán alguna vez reconocidos como bienes colectivos el orden institucional o los recursos públicos? Creo que así debería ser, pues ambos participan de las características de lo que he mencionado, incluso del ambiente sano, respecto del cual la Constitución ha establecido su correlativo derecho de preservación. (Art. 41 de la Constitución nacional.) ¿No guardan las afectaciones al ambiente alguna similitud con las violaciones a la Constitución que alteran la organización del poder, al generarse en ambos casos un estado de cosas que tarde o temprano termina tocando los intereses más vitales de los individuos de una sociedad?

Ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran los derechos de incidencia colectiva de los procesos de clase. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” *LL*, 2009-B, 186.

<sup>91</sup> BASTERRA, MARCELA, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. En el ámbito de la administración ha tenido su concreción por vía del decreto 1172/03.

<sup>92</sup> En el caso *Mignone* (2002) el juez BOSSERT consideró que constituía un interés legítimo del CELS aquel referente a “la preservación de los derechos o libertades de otras personas” (CSJN, *Mignone*, 2002, *Fallos*, 325: 524, considerando 14), y en especial cuando se encuentra comprometido el derecho al sufragio, el cual tienen “un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual y del relativamente restringido grupo de los peticionantes representados por la actora, pues todo el andamiaje institucional de la sociedad política se encuentra asentado en el efectivo ejercicio de ese derecho.” (Considerando 16.)

<sup>93</sup> “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.”

### 9. Conclusión

MONTESQUIEU, en su conocida obra, sostenía que la separación de poderes no fue concebida como estándar científico para facilitar la gobernabilidad de los Estados, sino como medio de asegurar la libertad de los ciudadanos ante el exceso o abuso de poder.<sup>94</sup>

La práctica judicial en la Argentina, al limitar el tipo de intereses que se pueden plantear en un juicio o las cuestiones cuya constitucionalidad puede analizar, ha realizado una invocación exagerada de la separación de poderes, excesivamente teórica y más funcional al gobierno que al interés del ciudadano. Se ha desvirtuado la propia idea del control judicial como *sistema*, que supone un mecanismo ordinario y regular, y no sumamente excepcional como lo ha sido. Como consecuencia de limitaciones como la *legitimación*, al menos con los alcances con que se ha aplicado, la revisión de los tribunales sobre la actividad estatal ha sido un remedio esporádico e insuficiente de control, de suerte tal que el sistema jurídico argentino se basa en una Constitución que se encuentra viciada en su procedimiento de origen, y la organización democrática se halla sometida a un presidencialismo desbocado donde las autonomías locales, el régimen político, el funcionamiento del Congreso y de la administración, y el destino de los recursos del Estado dependen de la voluntad de una sola persona. Vale decir que las limitaciones al control judicial han resultado el peor remedio para el orden institucional.

Pareciera existir además una razón oculta que impide u opera en contra de la ampliación de la legitimación: Se la asocia con problemas prácticos de difícil solución, principalmente el colapso de los tribunales o la paralización del gobierno. Lo primero se puede remediar fácilmente con la regulación de la acción de clase, cuya omisión fuera puesta de resalto por la Corte en *Halabi*.<sup>95</sup> La obstrucción a la marcha del gobierno es un temor infundado, pues la actuación de los tribunales es siempre acotada frente a las posibilidades de los órganos de los demás poderes, que pueden sustituir, modificar, subsanar o corregir sus actos en poco tiempo y además actúan *de oficio*. Por otra parte, la parálisis del gobierno —si acaso se produjese— no sería consecuencia de ampliar las posibilidades de control ciudadano, sino en todo caso de que su accionar resulte repetidamente irregular.

<sup>94</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Libertad, 1944.

<sup>95</sup> “Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.” (Considerando 12.)

Por último, y como he dicho, la ampliación de la legitimación en los casos a los que me he referido no supondría la posibilidad de realizar cualquier tipo de planteo o petición abstracta o consultiva ante un tribunal, ya que el requisito de que exista un caso o controversia de derecho con las características que he descrito en el punto 5 puede y debe exigirse con aquellas notas mínimas y fundamentales, sin que peligre la naturaleza de la función judicial.

