

2024 - 1

Constitución y proceso. Balance de los 30 años de la reforma - I

Consejo de redacción

**Directores: Roland Arazi
y Jorge A. Rojas**

Roberto O. Berizonce

Enrique M. Falcón

Jorge W. Peyrano

Secretario de redacción

José María Salgado

Doctrina

Jurisprudencia

Jurisprudencia anotada

Jurisprudencia temática

Jurisprudencia especial

Actualidad

Bibliografía



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

Revista de Derecho Procesal 2024-1 : Constitución y proceso : balance de los 30 años de la reforma - I / Jorge A. Rojas ... [et al.] ; dirigido por Roland Arazi. - 1ª edición revisada. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2024.

584 p. ; 23 x 16 cm. - (Revista de Derecho Procesal / Roland Arazi)

ISBN 978-987-30-4937-8

1. Derecho. I. Rojas, Jorge A. II. Arazi, Roland, dir.

CDD 347.009

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

CLÁSICOS Y MODERNOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**TRES DECENIOS DESPUÉS DE
LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

por **ESTELA B. SACRISTÁN**

SUMARIO: Introducción. I. Control de constitucionalidad. a) Desafíos al control de constitucionalidad difuso a la luz de dos de sus corolarios. b) Otros desafíos del orden federal. c) Requisito de caso o controversia. d) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. II. Cuestiones políticas. III. El precedente y su obligatoriedad. IV. Innovaciones en materia de legitimados colectivos. a) Supuesto del Ministerio Público. b) Otros legitimados. c) Supuesto de las clases de personas. V. En síntesis.

Introducción

En Argentina, hoy, a treinta años de la reforma constitucional de 1994, la práctica jurisprudencial no deja de enseñarnos acerca de la interpretación del texto resultante de esa enmienda. En estos días, leemos a diario, en publicaciones de gran circulación, acerca de la interpretación judicial del artículo 99, inciso 3º, Constitución Nacional, que regla en materia de decretos de necesidad y urgencia. También leemos acerca del diálogo que se lleva a cabo en sede congresional en punto a la delegación legislativa consagrada en el artículo 76, Constitución Nacional. El devenir histórico institucional a veces replica escenarios pasados, y el sano recurso a la práctica ya propiciada, generada y publicada colabora con la edificación de cierta previsibilidad, si no una mínima racionalidad.

Así las cosas, podemos volver a echar una mirada al texto consti-

tucional resultante de la reforma constitucional de 1994 y, comparación mental mediante, repensar algunos de aquellos aspectos que no fueron modificados en forma expresa por el constituyente. Al no haber sido modificados, podría decirse que, en tales aspectos, la Constitución de 1853 perduraría en todo su vigor. En cambio, otros aspectos sí sufrieron trascendentes modificaciones. En un caso, se tratará de rasgos que han quedado intactos, sin alteración o menoscabo alguno, y que pueden contribuir a una adecuada valoración de la práctica jurisprudencial incluso después de tantos decenios de concretada esa reforma constitucional. En el otro caso, se tratará de innovaciones que se hallarían en continua elaboración, de la mano de la jurisprudencia.

Repasemos, entonces, una pequeña muestra de los mentados aspectos, reparando en alternativas e interrogantes originados tanto en normativa como en interpretaciones jurisprudenciales.

I. Control de constitucionalidad

Desde el punto de vista subjetivo, el control concentrado de constitucionalidad equivale a que un solo órgano de gobierno, creado especialmente al efecto, o bien un superior tribunal del país, lleve adelante la tarea de ejercer ese control, es el caso de muchos ordenamientos jurídicos, europeos y latinoamericanos¹.

En Argentina, en cambio, y al igual que en Estados Unidos, el sistema de control de constitucionalidad, en el orden federal, es difuso².

¹ Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. act., reest. y aument., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 108-116; HIRSCHMANN, Pablo G., *Cien años del control de constitucionalidad concentrado*, en *Anales*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2020, comunicación en el Instituto de Política Constitucional, t. XLVII. Disponible en <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Hirschmann100.pdf> (último acceso: 10-3-2024).

² Conf. antiguos precedentes como “Casares, Vicente e hijos c/Sivori y Schiaffino por cobro de derecho de faros”, *Fallos*: 11:257, de 17-2-1872, esp. consid. 6, y “José Leonardo Avegno c/Provincia de Buenos Aires s/Reivindicación de una finca”, *Fallos*: 14:425, de 14-4-1874, esp. p. 432, cit. por BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., *¿Un tribunal constitucional para la Argentina?*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, p. 7. Disponible en <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/08-barrancos-07.pdf> (último acceso: 6-3-2024). Ver, asimismo, BIANCHI, *Control de constitucionalidad* cit., t. I, p. 109.

¿Modificó el constituyente de 1994 este aserto? En rigor, no pudo haberlo hecho, ni desde lo competencial³, ni de cara a nuestra Historia, tradición y jurisprudencia. Veamos:

Elevada doctrina ha apuntado que el control de constitucionalidad difuso, en nuestro país, hace a las “bases institucionales de nuestra Constitución histórica”⁴. Que el control de constitucionalidad, en Argentina, sea difuso significa que todos los jueces —en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo órgano del orden federal— se hallan habilitados para ejercerlo. Ese carácter difuso fue puesto de relieve por la jurisprudencia desde antiguo, tanto para el orden nacional⁵ como provincial⁶.

³ A estos efectos, bastará la mera lectura de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, ley 24.309 (B. O. del 31-12-93).

⁴ BARRANCOS Y VEDIA, *¿Un tribunal constitucional para la Argentina?* cit., esp. p. 13.

⁵ “Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo”, *Fallos*: 33:162, de 14-4-1888, esp. p. 194: “Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen á su decisión, comparándolas con el testo de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”.

En igual sentido, “Fisco Nacional s/Nulidad de un decreto de revalidación de títulos de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Lynch”, *Fallos*: 115:189, de 30-12-1911, esp. ps. 202-203.

⁶ “Banco de Londres y Río de la Plata del Rosario c/Casimiro Rivadeneira en recurso de queja”, *Fallos*: 10:134, de 30-5-1871, esp. consid. cuarto: “[Q]ue la objeción de inconstitucionalidad hecha por el demandado á la referida ley [provincial], no basta para privar á los Tribunales de esa provincia, de la jurisdicción que les compete para conocer y decidir en causas regidas por Leyes Provinciales, y seguidas entre vecinos de la Provincia misma; porque siendo la Constitución Federal ley suprema de la Nación, á la que están obligadas á conformar sus actos las autoridades de cada Provincia, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones Provinciales, artículo treinta y uno, ellas son ejecutores de la Constitución Nacional, y en ese carácter la pueden y deben interpretar y explicar como la entiendan, quedando á salvo el recurso que contra sus decisiones establece el párrafo segundo, artículo catorce de la ley de catorce de Septiembre, á fin de corregir la interpretación errónea de los Tribunales Provinciales, y de salvar la integridad del Derecho Nacional; y haciendo uso de esa facultad y cumpliendo ese deber, de inter-

La práctica jurisprudencial también ha sido clara en cuanto al papel nuclear del control de constitucionalidad difuso, tanto antes⁷ como después de la reforma constitucional de 1994⁸, alcanzando a todos los jueces de cualquier fuero o jurisdicción. Como facultad reconocida por la jurisprudencia, cabe tener presente que, en el específico supuesto del artículo 43, Constitución Nacional, es decir, para la acción de amparo, de hábeas data y de hábeas corpus, se plasmó en forma expresa la competencia del órgano judicial para ejercer el control de constitucionalidad, y ello es señalado por Sagüés⁹.

La Corte Suprema, de tanto en tanto, nos recuerda la plena vigencia del control difuso de constitucionalidad en nuestro país, tal que, además de hallarse depositado en “todos” y cada uno de los jueces¹⁰, deviene,

pretar la Constitución Nacional, para ajustar sus resoluciones á ella, los Tribunales de la Provincia de Santa-Fé tienen jurisdicción bastante para decidir por sí, y sin perjuicio del recurso anteriormente mencionado, la objeción de inconstitucionalidad hecha á Ley Provincial cuya aplicación se pide en la demanda...”

En igual sentido, y más claramente, “Chiaparrone, José instaura juicio de inconstitucionalidad de resoluciones de un juez de paz de la Capital y otro en lo civil de la misma”, *Fallos*: 149:122, de 22-8-1927, esp. p. 126: “[T]odos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas a cuyo reconocimiento les corresponda, todo sin perjuicio del recurso del citado art. 14 de la ley 48 en los casos en que proceda”.

⁷ “Di Mascio, Juan Roque interpone recurso de revisión en expediente N° 40.779”, *Fallos*: 211:2478, de 1-12-88, esp. consid. 6: “[D]e las premisas anteriormente sentadas deriva una consecuencia, la más importante. En efecto, dada la naturaleza difusa de dicho control, o sea: que éste se encuentre en manos de todos y cada uno de los magistrados argentinos, y dado el emplazamiento preeminente del Tribunal, se deriva necesariamente que el mencionado modelo elaborado por éste sobre las bases indicadas, deba obrar a manera de causa ejemplar respecto de los alcances con que tales magistrados han de ejercer la mencionada función de control”.

⁸ “Gutiérrez, Oscar Eduardo c/Anses s/Amparos y sumarísimos”, *Fallos*: 329:1092, de 11-4-2006, esp. consid. 11: “[L]a custodia de la supremacía constitucional ‘está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces’, sin distinción entre nacionales y provinciales (*Fallos*: 311:2478 –causa ‘Di Mascio’–), por lo que la elemental atribución y deber de los magistrados de verificar la compatibilidad constitucional de las leyes pertenece ‘a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero’ (*Fallos*: 10:134; 149:122; 302:1325 y otros), en tanto rige entre nosotros el sistema de control judicial difuso”.

⁹ SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 48.

¹⁰ “Anadon, Tomás Salvador c/Comisión Nacional de Comunicaciones s/Despido”,

desde el punto de vista de su naturaleza, una “atribución” y un “deber” localizado en todos los tribunales de justicia¹¹. Todos los integrantes del Poder Judicial, nacional o provincial, no ya “pueden” sino que “deben” interpretar y aplicar la Constitución Nacional y las leyes de la Nación en todas las causas sometidas a su conocimiento¹². En suma, la competencia para verificar la compatibilidad constitucional de las leyes, reglamentos y demás actos pertenece a todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, y ello en virtud de que rige, entre nosotros, el sistema de control difuso de constitucionalidad, que es un control judicial por el origen¹³.

a) *Desafíos al control de constitucionalidad difuso a la luz de dos de sus corolarios*

No obstante lo expresado, que el control de constitucionalidad difuso involucre una competencia que asiste a todos los jueces –y que, en tanto competencia, será de ejercicio obligatorio¹⁴– podría dar lugar a sentencias contradictorias respecto de una misma norma impugnada constitucionalmente, y también podría dar lugar a alguna duda respecto de la vigencia de dicha norma si fuere declarada inconstitucional en el marco de una cierta causa.

Ambas alternativas conducen a recordar dos de los corolarios del control difuso de constitucionalidad y relacionarlos con desafíos que podrían emerger, en especial luego de la reforma constitucional de 1994.

Dos de los corolarios del control de constitucionalidad difuso son:

(i) Las desigualdades de hecho que podrían surgir de la interpre-

Fallos: 338:724, de 20-8-2015, consid. 11: “Que cabe recordar que la efectividad del principio de supremacía constitucional –consagrado en el artículo 31 de la Constitución– demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces”.

¹¹ “Fermín, Mauricio s/Causa N° 2061”, *Fallos*: 331:1664, de 22-7-2008, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

¹² “Soria, Natalia Inés y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 330:610, de 6-3-2007, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

¹³ Fallo “Gutiérrez” cit. nota 8, *supra*.

¹⁴ Arg. ley 19.549 (B. O. del 27-4-72), art. 3°.

tación de la ley pues la norma atacada podría resultar inconstitucional en un caso y constitucional en otro (aspecto que se retoma en la sección III, *infra*)¹⁵;

- (ii) los efectos de la decisión judicial, los cuales serán *inter partes*, acotados a las partes en el pleito, lo cual significa que la decisión favorable a la inconstitucionalidad alegada no tendrá efectos generales derogatorios (más allá del peso del precedente, aspecto que se retoma en la sección III, *infra*).

¿Fueron estos corolarios modificados por la reforma constitucional de 1994? Dichos corolarios –entiendo– no fueron modificados, al menos en el sentido estricto de qué se entiende por control difuso de constitucionalidad.

Mas, a todo evento, me permito poner de resalto que no nos debería apartar de tal aserto el que, en ocasiones, la Corte Suprema haya parecido observar, desde una causa, lo ocurrido en las instancias inferiores en otras causas, en el marco de litigiosidades de marcadas proporciones, para proceder a detallar, con menor o mayor nivel de detalle, lo ocurrido en aquellas instancias en esos otros planteos ajenos a la causa que se está fallando, y dejar plasmadas precisiones que podrían hacernos creer que ambos corolarios estarían corriendo algún albur.

En “Monges”¹⁶, de 1996, la Corte Suprema, en su fallo, tomó en consideración, en forma expresa, a quienes eran ajenos al específico conflicto suscitado entre las partes. Y decidió que el pronunciamiento debía regir para el futuro. Al así hacer, evitó perjuicios a los aspirantes terceros ajenos a la causa, quienes no sabían cuál de los dos programas

¹⁵ “Sambrín de Mollard, Elisa c/Frigorífico Armour de La Plata SA”, *Fallos*: 235:140, de 22-6-56, esp. p. 144: “[L]a desigualdad acusada en el caso y que se hace derivar de la existencia de fallos contradictorios, no importa la violación de la garantía constitucional señalada, como quiera que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, dicha garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural o inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, nacionales o provinciales, al aplicar la ley conforme a su propio criterio”.

En igual sentido, “Robegno, Pedro Jorge c/Ducilo Productora de Rayón SA”, *Fallos*: 233:173, de 7-12-55, esp. p. 179.

¹⁶ “Monges, Analfá M. c/Universidad de Buenos Aires UBA s/Resolución 2314/1995”, *Fallos*: 319:3148, de 26-12-96.

–Ciclo Básico Común o Curso Preuniversitario de Ingreso– tenían que aprobar a fin de ingresar a la facultad¹⁷. Entiendo que se apuntó a salvar algo más que desigualdades de hecho: se salvaron desigualdades derivadas de haber instado o no un caso judicial, con lo que percibo que la particular solución privilegió la eficiencia procesal y el ahorro en costos de litigiosidad. En el plano concreto, procesal, se excepcionó la regla de los efectos *inter partes* del control de constitucionalidad para alcanzar a todos los aspirantes, ajenos al específico caso planteado entre la aspirante Monges y la Universidad. Una solución diversa hubiera llevado a todos los aspirantes, interesados en lograr una resolución judicial igual a la de la actora Monges, a tener que iniciar un planteo judicial a fin de quedar incluidos en los efectos del fallo “Monges”.

En “Prodelco”¹⁸, de 1998, hubo una voluminosa litigiosidad derivada de la aprobación del rebalanceo de las tarifas telefónicas: con resultado neutro para las licenciatarias, se modificaron los precios de las comunicaciones de larga distancia, y de corta distancia, para todo el país, con lo que hubo, según los usos en particular de cada línea telefónica, tanto beneficiarios como agraviados. La Corte Suprema, en el fallo, reparó, en forma harto detallada, en el escándalo jurídico producido en el marco de la litigiosidad generada en todo el país, los efectos *erga omnes* que algunos decisorios en otros casos conferían y la exorbitancia sobre la jurisdicción territorial en esos otros casos, entre otros muchos efectos. Concluyó en que el “régimen constitucional vigente” vedaba en forma absoluta la invasión, por la rama judicial, sobre las facultades privativas de otro poder del Estado, y afirmó que la situación de escándalo jurídico ya mencionada se había originado en que los magistrados de diversas jurisdicciones habían resuelto “sin causa justiciable”¹⁹. Esta interpretación, que contribuyó a que se desestime la acción de amparo invocada, no podría ser visualizada como una excepción a los naturales efectos del control difuso de constitu-

¹⁷ “Monges. Analía M. c/Universidad de Buenos Aires UBA s/Resolución 2314/1995”, *Fallos*: 319:3148, de 26-12-96, consid. 34.

¹⁸ “Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”, *Fallos*: 321:1252, de 7-5-98.

¹⁹ “Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”, *Fallos*: 321:1252, de 7-5-98, esp. consid. 27.

cionalidad. Antes bien, al haber contado con el sustento de que quien accionaba era una asociación de usuarios, y de que el defensor del pueblo de la Nación había también incoado otro proceso²⁰ enderezado a atacar la misma medida que aprobaba el rebalanceo, fallado en la misma fecha que “Prodelco” y con remisión a éste, no causó agravio a la regla de efectos *inter partes*. Es más, al aludir el fallo “Prodelco” que quedaba abierta la sede judicial para planteos de agraviados en particular²¹, se dejó, implícitamente, a salvo la senda de “Cerámica San Lorenzo”²², que permite, mediante el aporte de nuevos argumentos, apartarse de un precedente del máximo tribunal.

En “Bustos”²³ se planteó en torno al complejo normativo de indisponibilidad de depósitos bancarios y pesificación del verano 2001-2002, voto de los doctores Belluscio y Maqueda, las apreciaciones sobre lo resuelto en las instancias inferiores en otros casos parecerían reflejar una suerte de modalidad *in crescendo* respecto de las dos familias de casos ya reseñadas. Se reparó tanto en la “desorbitada actuación de los tribunales inferiores” como en el grave trastorno económico causado por medidas cautelares autosatisfactivas, así como en el lucro indebido a costa del sistema, y se hizo mención de quienes, encontrándose en similares circunstancias, no solicitaron o no obtuvieron el “disparatado” beneficio²⁴. Se concluyó en que “la desigualdad es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas”²⁵. De este modo, se dejó a salvo la regla *inter partes* de lo que en “Bustos” se resolvía, pero, de cara a otros casos, se efectuó una clara adjudicación

²⁰ “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional (PEN) s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 321:1187, de 7-5-98.

²¹ “Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”, *Fallos*: 321:1252, de 7-5-98, esp. consid. 28.

²² “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*: 307:1094, de 4-7-85. Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del “stare decisis”)*, en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2001, t. 2000/2001, ps. 335-347.

²³ “Bustos, Luis Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s/Amparo”, *Fallos*: 327:4495, de 26-10-2004.

²⁴ “Bustos, Luis Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s/Amparo”, *Fallos*: 327:4495, de 26-10-2004, consid. 15.

²⁵ *Ibidem*.

de efectos de las posibles desigualdades resultantes. Tales desigualdades serían las que, por ejemplo, “Cerámica San Lorenzo” podría, en su caso, haber permitido.

Por último, en esta pequeña muestra, consideremos “CEPIS”²⁶ de 2016. ¿Significó “CEPIS” un apartamiento respecto de la regla del control de constitucionalidad difuso y las interpretaciones de las tres familias de casos recordadas precedentemente? Entiendo que la respuesta es, nuevamente, negativa. Si bien, por un lado, en dicho fallo la Corte Suprema apreció qué sucedía en otras causas, citando los planteos efectuados, en diversos juzgados federales del país²⁷, para impugnar los precios de producción y tarifas de transporte y distribución de gas natural por redes de todo el país; si bien se hizo especial hincapié en la proliferación de acciones colectivas con similares objetos y el riesgo de sentencias contradictorias²⁸, y si bien, luego de recordarse las reglas sobre actuación en procesos colectivos²⁹, se señaló que el proceso colectivo, una vez publicitado, generará una sentencia con efectos expansivos, además de perseguir “la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el

²⁶ “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 339:1077, de 18-8-2016.

²⁷ Puede verse la enumeración de causas en el dictamen de la Procuración General de la Nación, sección V, producido en “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 339:1077, de 18-8-2016.

²⁸ “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 339:1077, de 18-8-2016, consid. 35: “...esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente...”

²⁹ “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 339:1077, de 18-8-2016, consid. 36.

proceso”, advierto que lo que “CEPIS” corporizó fue lo siguiente: una posibilidad, cierta, de que, cierto legitimado colectivo, dadas ciertas formalidades (inscripción, criterio del órgano judicial que previno, etc.), “concentrara” todos los planteos similares, perspectiva desde la cual el control judicial se percibe como “procesalmente concentrado”. Empero, tal “concentración procesal” aparece como producto del tipo de legitimado activo (representante del colectivo) y de la clase de proceso (colectivo, en la especie), sin causar mella en la regla que conocemos como control difuso de constitucionalidad y sin resultar incompatible con ella.

b) *Otros desafíos del orden federal*

Más allá de las reflexiones precedentes, cabe mencionar que el carácter difuso del control de constitucionalidad en nuestro país fue sujeto a serios desafíos al menos en tres ocasiones con posterioridad a la reforma constitucional de 1994: en “U. O. M.”³⁰, sobre impugnación de un convenio colectivo de trabajo; en “Rodríguez, Jefe de Gabinete”³¹, sobre privatización de los servicios aeroportuarios, y en “Simón”³², sobre las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

Respecto de los dos primeros fallos, Sagüés, con agudeza, entiende que, invocada la invasión de competencias por parte de jueces respecto de atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, la Corte Suprema aceptó el planteo efectuado en forma directa ante ella, “sustrajo las causas de los juzgados donde se tramitaban y decidió sobre el fondo del asunto, alegando la existencia de algo semejante a conflictos de poder”³³. Tengamos presente que en ambos se invocaba la competencia de superintendencia de la Corte Suprema para decidir “sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una

³⁰ “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/Estado Nacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/Juicio sumarísimo”, *Fallos*: 319:371, de 3-4-96.

³¹ “Rodríguez, Jorge. Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/Plantea cuestión de competencia”, *Fallos*: 320:2851, de 17-12-97.

³² “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad etc. Causa N° 17.768”, *Fallos*: 328:2056, de 14-6-2005.

³³ SAGÜÉS, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional* cit., p. 49.

efectiva privación de justicia”³⁴. Esta norma –vigente– habría permitido, en ambos planteos, que el carácter difuso del control de constitucionalidad se vea, por razones de gravedad institucional, centrado o concentrado en el órgano judicial Corte Suprema por razones –en lo competencial– de superintendencia, en algo que, por meras razones didácticas, puedo describir como una suerte de “fuero de atracción” en ejercicio de aquella específica habilitación, sea ella desplegada de oficio o a pedido de parte.

En “Simón” se debatía, entre otras cuestiones, si el Congreso tenía potestad para anular leyes formales que se hallaban derogadas³⁵. Con apoyo en la dogmática del control de constitucionalidad difuso, con efectos *inter partes* del decisorio respectivo, el juez Fayt afirmó, en su sabia disidencia, que, en un sistema de control de constitucionalidad difuso, los jueces sólo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso en concreto y, “así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas”³⁶.

c) *Requisito de caso o controversia*

Como se recordará, el control concentrado de constitucionalidad es consustancial con el control en abstracto, produciéndose un decisorio de efectos generales, escindido de la verificación del recaudo de caso o controversia³⁷. El cumplimiento de ese recaudo –procedente de la Constitución Nacional, artículo 97, en su redacción original, de 1853 con lo que es preexistente a la reforma constitucional de 1994–, a su vez, en nuestro país, podría pasar desapercibido para el escrutinio judicial, o bien podría ser considerado desfavorable al pleno imperio del artículo 116, Constitución Nacional, en un aspecto que no fue modificado por la Convención Constituyente de 1994.

³⁴ Dec. 1285/58 (B. O. del 7-2-58), art. 7º, *in fine*.

³⁵ Se trata de la ley 23.492 (B. O. del 29-12-86) de extinción de acciones penales a Fuerzas Armadas o Ley de Punto Final, y de la ley 23.521 (B. O. del 9-6-87) de delimitación de alcances de la obediencia debida o Ley de Obediencia Debida. En 1998, el Congreso, por ley 24.952 (B. O. del 17-4-98), derogó ambas leyes. En 2003, el Congreso, por ley 25.779 (B. O. del 3-9-2003), declaró la nulidad de ambas leyes.

³⁶ “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad etc. causa 17.768”, Fallos: 328:2056, de 14-6-2005, disidencia del Dr. Fayt, esp. consid. 1º.

³⁷ Ídem nota al pie 1.

Los riesgos de abandono del modelo de control de constitucionalidad difuso, con su armónica regla de resolución en y para el caso en concreto, claman, por ende, por que se vuelva a reflexionar sobre decisivos judiciales producidos, por el máximo tribunal del país, aparentemente fuera de un caso o controversia.

A tal efecto, considérense “Halabi”³⁸, con una ley en los hechos inaplicable en tanto su reglamentación había sido suspendida años antes de que la Corte Suprema fallara la causa³⁹; “F. A. L.”⁴⁰, con una joven embarazada que, a la época del fallo, ya había obtenido el aborto, o “Fernández de Kirchner”⁴¹, en el que no se logra divisar parte agraviada alguna; entre otros.

De otra parte, el requisito de caso o controversia ha sido considerado neural en casos en que litigaban tanto el Defensor del Pueblo de la Nación⁴² como el Ministerio Público⁴³ de la misma esfera de gobierno en el marco de un caso en el que la sentencia que ponía fin al pleito

³⁸ “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873. Dec. 1563/2004 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:111, de 24-2-2009.

³⁹ Dec. 1563/2004 (B. O. del 9-11-2004), suspendido por dec. 357/2005 (B. O. del 25-4-2005), suspensión motivada en “[que] en esta instancia, razones que son de público conocimiento aconsejan suspender la aplicación del citado decreto, a los fines de permitir un nuevo análisis del tema y de las consecuencias que el mismo implica”.

⁴⁰ “F. A. L. s/Medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197, de 13-3-2012.

⁴¹ “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/Acción declarativa de certeza”, *Fallos*: 343:195, de 24-4-2020.

⁴² Ver “Defensor del Pueblo de la Nación c/E. N. PEN. Dec. 1517/1998 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 323:4098, de 21-12-2000, con apoyo en el art. 21 de la ley 24.284 (B. O. del 6-12-93), el cual establece: “Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención”.

⁴³ “Universidad Nacional de La Matanza y otro c/EN. M° Cultura y Educación s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 346:970, de 6-9-2023, consid. 13: “De ello se sigue que las funciones constitucionalmente otorgadas al Ministerio Público para promover la actuación de la justicia presuponen que el Poder Judicial de la Nación cuente con jurisdicción, lo que implica la existencia de un caso o controversia que cumpla con los recaudos enunciados anteriormente. Además, tal exigencia no podía ser modificada por la Convención Constituyente de 1994 en tanto el actual artículo 116 de la Constitución Nacional (anterior artículo 100) no era uno de los puntos incluidos dentro de la ley declarativa de necesidad de reforma 24.309 (doctrina de *Fallos*: 322:1616; 340:257, disidencia del juez Rosenkrantz)”.

se hallaba consentida tanto por la actora como por la demandada, con lo que, estrictamente, no había qué *iudicar*.

Dado que la resolución de casos constitucionales aparentemente inmaduros o de inoficioso pronunciamiento, por parte de la Corte Suprema, no es un fenómeno exclusivamente posterior a la reforma constitucional de 1994⁴⁴, entiendo que no habría una relación de causa y efecto entre este despliegue competencial, de origen en el margen de discrecionalidad del órgano judicial, y dicha reforma.

d) *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*

De otra parte, si bien en el orden federal el control difuso de constitucionalidad es, hoy, incontestable, puede comparárselo con ciertos mecanismos procesales de control de constitucionalidad, de jurisdicciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se alejan del modelo de control difuso puro, entremezclándolo con elementos propios del control concentrado de constitucionalidad.

Tal alternativa normativa provincial o local se fundaría en la autonomía, con lo que surgiría de la separación de poderes propia de una organización federal, en la medida en que no cause agravio a la Constitución Nacional⁴⁵.

Distinguida doctrina ya los ha estudiado en profundidad, y a ella cabe remitir⁴⁶. Lo cierto es que se trata de modalidades de control que

⁴⁴ Me permito remitir a: *Subsistencia del gravamen*, en MANILI, Pablo (coord.), *Máximos precedentes. Derecho Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. I, *Recurso extraordinario federal, La Ley*, Buenos Aires, 2013, ps. 177-268.

⁴⁵ “Las provincias a semejanza de lo que ocurre en el orden nacional tienen facultades para organizar la jurisdicción y competencia de sus propios tribunales, dictando sobre el particular las leyes que correspondan”. Conf. “Orfila, Fernando”, *Fallos*: 154:192, de 12-4-29, esp. p. 203. En igual sentido, “Sueldo de Postleman, Mónica R. y otra”, *Fallos*: 310:804, de 22-4-87.

⁴⁶ Puede verse el riguroso artículo de DÍAZ RICCI, Sergio, *Control de constitucionalidad provincial: un modelo difuso con rasgos concentrados*, en *Revista Jurídica Austral*, Universidad Austral, Buenos Aires, 2020, vol. 1, N° 2, ps. 531-583. Disponible en <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/496/650> (último acceso: 8-2-2024).

Ver, asimismo, BIANCHI, Alberto B., *El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, en *El Derecho Constitucional*, 2000, t. 2000/2001, ps. 478-494.

abandonan los cánones del control de constitucionalidad difuso del orden federal en Argentina, con sus previsibles efectos *inter partes*, más allá del valor del decisorio como precedente. A modo de pequeña muestra, puede citarse, en la actualidad, la Constitución de la Provincia del Chaco, cuyo artículo 9° establece los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia: “La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración”. En similar sentido, puede verse el artículo 16 de la Constitución del Neuquén: “La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración”. En cambio, la Constitución de Tucumán establece, en su artículo 24, *in fine*, que “[l]a declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren”.

Una supervisión constitucional de aquellos mecanismos, locales, de control de constitucionalidad, debatibles por sus efectos, parecería imponerse en pos del cumplimiento de los clásicos cánones del control de constitucionalidad como el que recordaba el juez Fayt en su disidencia en “Simón” (“el que las controla [a las leyes] no puede derogarlas”)⁴⁷. Más relevante aún, ameritaría su evaluación a la luz de la doctrina de la separación de poderes toda vez que el órgano judicial, al desplegar función judicial, no es un legislador.

Sin embargo, y desde la esfera constitucional, en tanto dichos mecanismos no generen cuestión federal, quedarán circunscriptos en cuanto a sus efectos al radio local. Tiene que considerarse, en este aspecto, que la reforma constitucional de 1994 tuvo por objetivo, entre otros, el fortalecimiento del federalismo, que puede traducirse en una revalorización competencial provincial en el plano procesal constitucional.

A todo evento, estimo que dicha cuestión federal podría surgir, por ejemplo, de la no publicación del decisorio judicial declarativo de la

⁴⁷ “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–”, *Fallos*: 328:2056, de 14-6-2005, disidencia del Dr. Fayt, esp. consid. 16.

inconstitucionalidad por parte de la máxima instancia judicial provincial, carga que pesaría para decisorios generados a partir de la entrada en vigencia de la cláusula constitucional respectiva, pues caso contrario se produciría agravio al principio de publicidad de los actos de gobierno, propio de una organización republicana, al cual las provincias también se hallan sujetas (art. 5º, Const. Nac.)⁴⁸.

II. Cuestiones políticas

Consagrada en “Hué”, de 1867⁴⁹, recordada en “Sojo”, de 1887⁵⁰, y admirada en “Cullen c/Llerena”, de 1893⁵¹, la clásica doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ha venido a generar, a lo largo de los años, líneas jurisprudenciales de características propias. A modo de ilustración, la emergencia locativa fue confrontada con la realidad y, lejos de ser tenida por cuestión irrevisable en sede judicial, fue tachada de inconstitucional en “Mango c/Traba”⁵², pero no sucedió lo mismo en “Nadur”⁵³.

⁴⁸ “Arg. Evolución Liberal y otro c/San Juan, Provincia de s/Amparo”, *Fallos*: 346:543, de 1-6-2023.

⁴⁹ “Procurador Fiscal de Santa Fe c/Francisco Hué s/Expropiación”, *Fallos*: 4:311, de 18-6-1867, esp. ps. 320-321: “Que esas leyes [de expropiación] no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razón de error en la clasificación de la utilidad pública en que se funda el derecho de expropiación, porque el artículo diez y siete de la Constitución, disponiendo en su inciso segundo, que la expropiación sea autorizada por la ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública...”

⁵⁰ “Eduardo Sojo, por recurso de hábeas corpus c/Resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación”, *Fallos*: 32:120, de 22-9-1887, esp. p. 436: “No es posible reconocer en la honorable Cámara de Diputados de la Nación [...] el carácter de tribunal en el caso [...] Ello es repugnante á la independencia de los poderes legislativo y judicial y á otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rige. Para tal consideración sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras Legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdicción, lo que no se puede sostener sin evidente error”.

⁵¹ “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/Baldomero Llerena s/Inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”, *Fallos*: 53:420, de 7-9-1873, esp. p. 434.

⁵² “Mango, Leonardo c/Traba, Ernesto. Podestá, Bartolomé c/Etchegorry, Pedro”, *Fallos*: 144:219, de 26-8-1925.

⁵³ “Nadur Amar c/Borelli, Francisco”, *Fallos*: 243:449, de 15-5-59, esp. p. 457:

Entiendo que, a efectos de esa confrontación o comparación y contraste con la realidad o los hechos, al solo efecto –al menos– del control competencial por parte de los jueces⁵⁴, y más allá –por cierto– de la cuestión de la justiciabilidad⁵⁵, puede resultar orientadora la redacción de la norma específica que involucre el término –de núcleo político– a interpretar, redacción que podrá caracterizar, condicionar, sujetar el respectivo concepto, de bordes semánticos difusos, a ciertas particularidades.

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en el plano del léxico del texto constitucional, conceptos que –más allá de sus posibles notas de discrecionalidad, aunque sin darlas por determinantes⁵⁶– han sido clásicamente considerados no discutibles o revisables en sede judicial, es decir, no justiciables, como regla. Así, el concepto de “emergencia pública” en el artículo 76, Constitución Nacional; el de “necesidad y urgencia” en el artículo 99, inciso 3º, Constitución Nacional; el de “tradición”, en “tradicionalmente ocupan”, en el artículo 75, inciso 17, Constitución Nacional; el de “valor de la moneda” y el de “moneda” misma en el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional; entre muchos otros. Sin embargo, escasos son los indicios limitativos en el plano semántico contenidos en las normas respectivas si se trata de elaborar

“...siendo indiscutible que el estado de emergencia subsiste en el país, en materia de locaciones...” A este fallo remite la mayoría en “Ángel Russo y otra c/E. C. de Delle Donne”, *Fallos*: 243:467, de 15-5-59.

⁵⁴ Acerca del control judicial competencial y procedimental, evolución superadora, si se quiere, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en el ámbito judicial, cabe ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional*, Ediar, Buenos Aires, 2023, ps. 240-241.

⁵⁵ Ver “Municipalidad de la Capital Federal c/Sivori, Juan y Ledesma Herreros por expropiación”, *Fallos*: 56:195, de 21-6-1891, esp. consid. cuarto: “...siendo el caso de urgencia, autoriza la aplicación del art. 4º de la ley general de expropiación”

⁵⁶ Recordemos a CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, colab. de Juan Carlos Sanguinetti, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 185, donde, con cita de BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 211, explica: “...las cuestiones políticas [...] abarcan [...] aquellas [facultades] que revisten carácter discrecional en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia...” Pero agrega que la sustancia del acto no justiciable no se define por la discrecionalidad: “...un acto privativo de naturaleza política puede ser tanto reglado como discrecional”. Cfr. CASSAGNE, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico* cit., p. 203.

un eventual juicio de justiciabilidad o no justiciabilidad, indicios tendientes a orientar la interpretación de cara a la confrontación con la realidad circundante al caso y, eventualmente, enderezada a facilitar una interpretación constitucional "conforme a una dinámica realista y con sentido de justicia"⁵⁷.

En el Derecho Comparado, vemos que Constituciones de países extranjeros, como la de la India, excluyen, en forma expresa, de la revisión judicial, los procedimientos parlamentarios⁵⁸; la Constitución de México establece que todos los actos del proceso de selección y designación de los Comisionados son inatacables⁵⁹. También vemos que la Constitución de Weimar establecía la responsabilidad estatal directa por transgresiones, por parte de los funcionarios, a los deberes legales, sin perjuicio de la acción de retorno contra éstos, y consagraba en forma expresa e inexcusable un recurso ante la justicia civil ordinaria⁶⁰; bajo la Constitución alemana vigente, las decisiones de las comisiones de investigaciones del Bundestag no son pasibles de revisión judicial⁶¹.

Más allá del enfoque metodológico respecto de aquella revisibilidad, podemos preguntarnos: ¿Fue la reforma constitucional de 1994 inno-

⁵⁷ Ver CASSAGNE, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico* cit., p. 187.

⁵⁸ Constitución de la India, Sección 122: "«Courts not to inquire into proceedings of Parliament». (1) *The validity of any proceedings in Parliament shall not be called in question on the ground of any alleged irregularity of procedure.* (2) *No officer or member of Parliament in whom powers are vested by or under this Constitution for regulating procedure or the conduct of business, or for maintaining order, in Parliament shall be subject to the jurisdiction of any court in respect of the exercise by him of those powers*".

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 28 *in fine*: "Todos los actos del proceso de selección y designación de los Comisionados son inatacables".

⁶⁰ Constitución del Imperio (Reich) Alemán de 11-8-1919, art. 131: "Si un funcionario, en el ejercicio del cargo que le está encomendado, infringiere su deber profesional con respecto á tercera persona, la responsabilidad recaerá primariamente sobre el Estado o la Corporación a cuyo servicio se halle el funcionario, quedando reservada la acción contra éste. No podrá ser excluida la vía judicial ordinaria. Las leyes correspondientes determinarán los detalles complementarios".

⁶¹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 44.4: "Las resoluciones de las comisiones de investigación no podrán ser sometidas a la consideración judicial. Los tribunales gozan de libertad para apreciar y juzgar los hechos que son objeto de la investigación".

vadora, o cauta en extremo, en punto a brindar contenido a expresiones vinculables a cuestiones tradicionalmente consideradas de núcleo político?

Al consagrar en forma expresa el hábeas corpus en el texto constitucional, de conformidad con la ley habilitante⁶², aun cuando el constituyente pudo haber constitucionalizado, en forma expresa, el control de constitucionalidad de la declaración de estado de sitio de la denominada Ley De la Rúa⁶³, dicho constituyente se limitó a fijar un recaudo propio del *speedy trial*: que el juez resuelva el hábeas corpus en forma inmediata⁶⁴.

Además, cuando el constituyente de 1994 pudo, en el marco de la atenuación del presidencialismo, haber instituido a la Jefatura de Gabinete como máxima autoridad administrativa en tanto órgano a cargo

⁶² Ver ley 24.309 (B. O. del 31-12-93) declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, art. 3°:

“Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá [...] b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional. c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias.

“En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes: *Temas que son habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente* [...] N. Consagración expresa del hábeas corpus...

“* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

⁶³ Ley 23.098 (B. O. del 25-10-84), de régimen de hábeas corpus, cuyo art. 4° establece: “Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio...”, y cuyo art. 6° establece que “[l]os jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional”.

⁶⁴ Const. Nac., art. 43, *in fine*: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

de la "administración general del país"⁶⁵, dejó una cuestión política, de organización administrativa, latente, y sujeta a la legislación infraconstitucional de origen administrativo. En tal sentido, recordemos que un decreto autónomo, de 1995, modificado incluso en 2016⁶⁶, califica, implícitamente, a la Jefatura de Gabinete de Ministros como inferior jerárquico del Poder Ejecutivo nacional. Ello, toda vez que uno de sus artículos establece la posibilidad, del presidente, de avocarse a resolver en lugar de aquél⁶⁷.

Asimismo, cuando el constituyente de 1994 pudo haber aportado, en el texto constitucional, extremos semánticos tendientes a la delimitación de la noción de "emergencia pública" del artículo 76, Constitución Nacional, no lo hizo. Éste vino a ser un temperamento diverso respecto de la calificación de la noción de "necesidad y urgencia" del artículo 99, inciso 3º, de conformidad con el cual se requiere, además del respeto por las cuatro materias vedadas, que las circunstancias excepcionales hagan "imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes", y que medien "razones" de necesidad y urgencia.

De tal modo, la pregunta formulada puede responderse por la alternativa de la cautela adoptada por el constituyente, sin dejar de resultar evidentes, además, ciertas asimetrías metodológicas, vinculables a los acuerdos políticos y su nivel de concreción, cual es el caso de la "emergencia pública" en tanto comparada con la "necesidad y urgencia", según se vio. Esas asimetrías, emergentes de insuficientes acuerdos políticos, a su vez, poseerán la virtualidad de engendrar re-

⁶⁵ Const. Nac., art. 100, inc. 1º: "El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

"Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

"1. Ejercer la administración general del país..."

⁶⁶ Dec. 977/95 (B. O. del 6-7-95) Jefe de Gabinete de Ministros, Funciones.

⁶⁷ Dec. 977/95, art. 15: "Las decisiones y resoluciones que dicte el Jefe de Gabinete de Ministros y las resoluciones emitidas por los Ministros secretarios tendrán carácter definitivo, salvo el derecho de los afectados a deducir los recursos y acciones que correspondan de acuerdo a la reglamentación vigente y la facultad del Presidente de la Nación de avocarse a la resolución del tema en trato".

sultados de variado tenor cada vez que “cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”⁶⁸.

III. El precedente y su obligatoriedad

Resuena siempre en la memoria, en el tema de este apartado, la Constitución de 1949⁶⁹, vigente desde el 16-3-49 hasta la proclama de 27-4-56⁷⁰, por la que se restableció el texto de la Constitución histórica. En efecto, el artículo 95, párrafo tercero, de la Constitución de 1949 creó una suerte de *stare decisis* obligatorio, respecto de dos cuestiones: los fallos de la Corte Suprema de Justicia que interpretaban el articulado de la Constitución Nacional, y los fallos del tribunal que interpretaban Códigos de fondo y leyes. Dicho párrafo estableció: “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los Códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

Comenzando por la segunda de las modificaciones de 1949, vigente hasta 1956, el mentado recurso de casación nunca fue regulado en una ley, y ello propició que la Corte Suprema, en reiterados fallos, insistiera en su improcedencia en tanto no se había dictado una ley reglamentaria⁷¹.

Respecto de la primera de las modificaciones de 1949, vigente hasta 1956, la interpretación obligatoria (de los artículos de la Constitución), efectuada por la Corte Suprema, en recursos extraordinarios,

⁶⁸ El pasaje corresponde a: “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c/Baldomero Llerena s/Inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”, *Fallos*: 53:420, de 7-9-1873, esp. p. 434.

⁶⁹ Constitución de la Nación Argentina (B. O. del 16-3-49).

⁷⁰ Bol. Públ. del Min. de Ejército, de 11-6-56, N° 2800, p. 791. Según el decreto-ley 6621/57 (B. O. de 21-6-57), la proclama de 27-4-56 fue publicada en Concepción del Uruguay el 1-5-56.

⁷¹ “Ricciardi, Francisco A. c/Lafferriere, Juana Fernanda. Salomone, Francisco c/Municip. de Tres Arroyos”, *Fallos*: 214:423, de 22-8-49; “Robegno, Pedro Jorge c/Ducilo Productora de Rayón SA”, *Fallos*: 233:173, de 7-12-55, esp. p. 179.

en fallos dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1949, no fue detectable en la ley 13.998⁷², de 1950. Ello, en tanto esta ley aludió a un extremo no positivo sino negativo: que mediara ausencia de interpretación por parte de la Corte Suprema. De tal modo, esa ley, de 1950, estableció, dirigiéndose a los tribunales inferiores, que habría reunión de cada Cámara Nacional de Apelación en plenario cuando, entre otros supuestos, “no exista interpretación de la Corte Suprema”, y se apuntara a unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias⁷³. Se trató de una suerte de reglamentación tendiente a la unificación de criterios, pero en las instancias inferiores a la Corte Suprema y en tanto se diera aquella carencia.

Nada en dirección a una obligatoriedad de interpretación, emanada de la Corte Suprema, en punto a los artículos de la Constitución, por recurso extraordinario, se plasmó en el texto constitucional en ocasión de la reforma constitucional de 1994. En rigor, a la luz de la letra de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, de 1993, no habría habido habilitación legislativa alguna para que la Convención Constituyente sancionara un texto en aquel sentido. A diferencia de la ley 13.233⁷⁴, de 1948 –declarativa de la necesidad de la reforma que se concretaría en 1949, rigiendo hasta 1956–, que prácticamente no fijaba límite alguno al ejercicio del poder constituyente derivado⁷⁵, la ley de 1993, declarativa de la reforma, fue

⁷² Ley 13.998 (B. O. de 11-10-50) de organización de la justicia nacional.

⁷³ Ley 13.998, art. 28: “Las cámaras nacionales de apelaciones, se reunirán en tribunal pleno: a) Para reglamentar su labor o la distribución de la labor entre sus salas, si las hubiere, y entre los juzgados de primera instancia, que dependan de ella, resolviendo las cuestiones que se susciten al respecto; b) Para unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias, cuando no exista interpretación de la Corte Suprema. La doctrina legal o interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia, respecto de las cuales la cámara que la pronuncie es tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara, dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá volverse sobre ella, como consecuencia de una nueva sentencia plenaria”.

⁷⁴ Ley 13.233 (B. O. de 8-9-48) de declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional.

⁷⁵ Ley 13.233, art. 1º: “Declárase necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación”.

más precisa en la fijación de limitaciones a la *Convención Constituyente*. Entiendo que no se podría haber extraído, de la ley 24.309, artículo 3º, punto e, habilitación para sancionar un texto del tenor del de 1949 –ya recordado–, en especial en lo relativo a la interpretación obligatoria (de los artículos de la Constitución) para todos los jueces y tribunales nacionales y provinciales, pues no se hallaba involucrada una competencia del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo de necesario ejercicio; similar conclusión se inferiría del artículo 2º de la ley 24.309. Asimismo, una hipotética obligatoriedad, para todos los jueces de cualquier orden, de la interpretación, efectuada por la Corte Suprema, sobre el articulado de la Constitución, hubiera afectado la defensa en juicio pues, al menos, se hubiera eliminado espacio para la discrecionalidad que tradicionalmente asiste al órgano judicial para resolver los concretos casos en estado de ser fallados, más allá de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre aplicabilidad del precedente⁷⁶.

A todo evento, en el marco de la mentada obligatoriedad de la interpretación de la Corte Suprema respecto de artículos constitucionales por recurso extraordinario, y apreciando la jurisprudencia, entiendo que pueden distinguirse al menos dos supuestos diversos.

Primero, el supuesto de interpretación, efectuada por la Corte Suprema, por recurso extraordinario, obligatoria para todos los jueces a tenor del artículo 95 de la Constitución de 1949, vigente hasta 1956. Sobre él ilustran “Sauras”⁷⁷, de 1949; “Vaca Narvaja”⁷⁸, de

⁷⁶ Por toda esta jurisprudencia, ver el señero criterio sentado en fallo cit. en nota al pie 22.

⁷⁷ “Sauras, Martín y Cía. Ltda.”, *Fallos*: 215:501, de 29-12-49, esp. ps. 505-506, donde, sin identificarse al precedente, se afirma: “[L]a sentencia recurrida se aparta de la interpretación que, en casos análogos, ha hecho esta Corte, fijando el alcance de los arts. 28 y 29 de la Constitución Nacional [...] [E]s el caso que esta Corte Suprema, en 17 de noviembre ppdo., ha establecido [...] Que ésa es la interpretación fijada por esta Corte Suprema, en casos como el ocurrente, y de su obligatoriedad para los jueces y tribunales nacionales y provinciales no puede prescindirse aludiendo al precepto del inc. 2º del art. 14 de la ley 48, frente al art. 95 de la Constitución Nacional...”

⁷⁸ “Vaca Narvaja, Hugo c/Pérez, Antolín”, *Fallos*: 220:911, de 30-7-51, esp. p. 913: “Tanto más cuanto que la sentencia recurrida no armoniza con lo resuelto por

1951; “Manfredi”⁷⁹, de 1952; “Schiavone”⁸⁰, de 1953; “Administración General de Vialidad”⁸¹, de 1954, o, ya con una nueva integración del tribunal, “Robegno”⁸², de 1955, todos anteriores a la Proclama

esta Corte el 16 de mayo ppdo., en la causa ‘Miranda, Luis A. y de la Torre, V. I. s/Calumnias e injurias’ [...] Y si bien no está en cuestión la obligatoriedad de la jurisprudencia de esta Corte sancionada por el art. 95 de la nueva Constitución pues la resolución [...] es de fecha anterior, sí lo está la uniformidad de la interpretación constitucional que se procura mediante el precepto citado”.

⁷⁹ “Manfredi, Luis y otros c/Cía. de Gas de la Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 224:846, de 18-12-52, esp. p. 848: “Que [...] la doctrina sustenta por esta Corte Suprema y por vía del recurso extraordinario en la causa ‘Ipucha, M. y otros c/Compañía de Aguas Corrientes de la Prov. de Buenos Aires (en liquid.) por despido’, fallada en 27-12-51, es, conforme al art. 95 de la Constitución Nacional, de estricta y obligatoria aplicación al presente juicio caratulado ‘Manfredi, Luis y otros c/Compañía de Gas de la Prov. de Buenos Aires despido’, de suerte que la sentencia [...] que no se ajusta a la referida norma constitucional, debe ser revocada”.

⁸⁰ “Schiavone, Alfredo Armando c/Leng, Roberts y Cía. SA”, *Fallos*: 227:288, de 9-11-53, publicado sólo con forma de sumario, con lo que no se logra identificar el “fallo que se cita”: “Constituyen suficientes enunciaciones a los efectos del fundamento exigido por el art. 15 de la ley 48, la referencia a la cuestión de competencia planteada y a la jurisprudencia establecida al respecto por la Corte Suprema en el fallo que se cita invocando su carácter obligatorio conforme a lo dispuesto por el art. 95 de la Constitución Nacional”.

⁸¹ “Administración General de Vialidad Nacional c/Bañares, Gervasio”, *Fallos*: 230:484, de 20-12-54: “Que tanto en la causa ‘Bianchi de Piccaluga, R. (suc.) inc. s/Intervención de «F. Piccaluga SRL»’ fallada en 30 de septiembre de 1954 como en los autos ‘Handelman, J. c/Ott, J.’ sentencia de 6 de diciembre del año en curso se declaró por esta Corte que la rectificación de una regulación, en el fuero civil ordinario, en perjuicio del único apelante envuelve agravio a las garantías de la defensa y la propiedad [...] Que se trata de jurisprudencia establecida por vía del recurso extraordinario y con explícito fundamento constitucional, obligatoria en los términos del art. 95 de la Constitución Nacional y con la cual discrepa la sentencia apelada...”

⁸² “Robegno, Pedro Jorge c/Ducilo Productora de Rayón SA”, *Fallos*: 233:173, de 7-12-55, esp. ps. 179-180: “[L]a desigualdad acusada en el caso y que se hace derivar de la existencia de fallos contradictorios, no importa una violación de la garantía constitucional [de igualdad], como quiera que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, dicha garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural o inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, nacionales o provinciales, al aplicar la ley conforme a su propio criterio”.

de 27-4-56⁸³, por la que se restableció el texto de la Constitución histórica de 1853. Esa competencia parecería haber no hallado óbice alguno en su no reglamentación y parece haber sido desplegada con cierta energía.

Segundo, el supuesto de acatamiento, por todas las autoridades y jueces, de las decisiones o fallos de la Corte Suprema en la misma causa, plasmado en aleccionadores precedentes como “Pampa Editora SACT”⁸⁴, de 1968; “Sosa”⁸⁵, de 2009, o “Farina”, de 2019, este último, específicamente cuando la Corte Suprema se refiere a sus propias resoluciones anteriores en la misma causa⁸⁶.

⁸³ Bol. Públ. del Min. de Ejército, de 11-6-56, N° 2800, p. 791. Según el decreto-ley 6621/57 (B. O. del 21-6-57), la proclama del 27-4-56 fue publicada en Concepción del Uruguay el 1-5-56.

⁸⁴ “Pampa Editora SA”, *Fallos*: 270:335, de 6-5-68, consid. 6: “Que el alcance de la decisión importa en realidad dejar sin cumplir lo dispuesto por el fallo de esta Corte a que antes se hizo mención, cuya supremacía impone a todos los tribunales la obligación institucional de respetar y acatar sus decisiones (*Fallos*: 245:429; 252:186, sus citas y otros)”.

⁸⁵ “Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz y otro s/Ejecución de sentencia”, *Fallos*: 332:2425, de 20-10-2009, esp. consid. 8: “Que es menester recordar que la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones (*Fallos*: 270:335). En razón de ello, se ha señalado que las autoridades de una provincia (entre las que se encuentran los jueces locales) no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (*Fallos*: 327:5106 y 328:175)”.

⁸⁶ “Farina, Haydée Susana s/Homicidio culposo”, *Fallos*: 342:2344, de 26-12-2019, esp. consid. 16: “En ese contexto, se colige necesariamente que es inherente a la función constitucional propia de este Tribunal que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones (cfr. *Fallos*: 332:2425)”.

Debe distinguirse entre el aserto del párrafo precedente, sobre el consid. 16 de “Farina”, enderezado a la efectividad de decisiones de la Corte Suprema en la “misma” causa, y el del consid. 17 de “Farina”, cuando la Corte Suprema mira más allá de la causa, y afirma que el no acatamiento, por parte de los tribunales provinciales, develaba

Mientras que en el primer supuesto se agraviaba la esfera o ámbito de discrecionalidad judicial vedándose la aplicación de posibles criterios propios, en el segundo supuesto, se vela por la efectividad de las decisiones judiciales, en especial del órgano de máxima jerarquía. Se trata, como puede apreciarse, de interpretaciones emergentes de la práctica jurisprudencial, que se perfila coherente con los precedentes anteriores a 1994.

IV. Innovaciones en materia de legitimados colectivos

En lo que tal vez resulta ser el aspecto más innovador⁸⁷, la reforma constitucional de 1994 creó, desde el punto de vista de la legitimación procesal, nuevos legitimados activos, de tipo colectivo⁸⁸. Así, la Defensoría del Pueblo de la Nación, el Ministerio Público, las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, las clases de personas o colectivos. Estos legitimados colectivos nos hacen reflexionar sobre lo elaborado a lo largo de casi un siglo en materia de “relación jurídica” como clásico basamento de la pretensión procesal. Ello, en el marco no de los derechos subjetivos sino ante los llamados “derechos de incidencia colectiva, en general”, del artículo 43, Constitución Nacional.

En este aspecto, la reforma constitucional fue novadora, y halló el precedente que le insufló vida –según Quiroga Lavié, y según Santiago⁸⁹– en “Ekmekdjian”⁹⁰. Fue éste el caso en el que un afectado en sus sen-

trascendencia institucional en tanto no se limitaba a una “causa singular aislada”, sino que se proyectaba a numerosas causas, generando, de tal modo, la “afectación al funcionamiento de todo un fuero” (consid. 17).

⁸⁷ Se sigue CASSAGNE, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico* cit., p. 112.

⁸⁸ Ver BIANCHI, *Control de constitucionalidad* cit., t. II, ps. 50-148.

⁸⁹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica*, en L. L. B. A. 1992-D-879/889; SANTIAGO, Alfonso, *La Corte de los nueve*, en SANTIAGO (h), Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 1295-1676, esp. p. 1369.

⁹⁰ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492, de 7-7-92.

timientos religiosos por ciertas expresiones, volcadas en un programa televisivo, accionó por el derecho de réplica y, por haber sido el primero en el tiempo, obtuvo la tutela de su derecho a replicar tal que, al ejercerlo, vino a obtener desagravio, también, para todos los demás afectados en sus sentimientos religiosos por aquellas expresiones⁹¹.

El clásico recaudo de relación jurídica, a efectos de la delimitación del legitimado activo y pasivo, perdura, en cierta práctica jurisprudencial, pero con alcances diversos; en materia ambiental, exigiéndosela a efectos del legitimado pasivo⁹², pero soslayándosela a efectos del legitimado activo⁹³; requiriéndosela en forma efectiva en el campo de servicios públicos interjurisdiccionales⁹⁴.

a) *Supuesto del Ministerio Público*

Sin embargo, en punto a las dos primeras figuras antes enumeradas –Defensor del Pueblo de la Nación y Ministerio Público–, la incidencia de la reforma constitucional de 1994, en punto a la legitimación procesal activa, presenta sus particularidades pues requiere, en primer lugar, ser apreciada desde la óptica del artículo 116, Constitución Nacional, esto es, desde el recaudo de caso o controversia.

Ya en “Defensor del Pueblo”⁹⁵, la Corte Suprema sentó la regla

⁹¹ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492, de 7-7-92, esp. consid. 25: “A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal...”

⁹² “Giménez, Alicia Fany y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daño ambiental”, *Fallos*: 336:1454, de 17-9-2013.

⁹³ “Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbrera Limited y otro s/Sumarísimo”, *Fallos*: 339:142, de 23-2-2016.

⁹⁴ “Grindetti, Néstor Osvaldo c/Edesur SA y otro s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 344:575, de 15-4-2021, voto del Dr. Maqueda, que remite al dictamen de la Procuración General de la Nación. En dicho dictamen se cita “Defensor del Pueblo de la Nación. Inc. dec. 1316/2002 c/EN. PEN. Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 330:2800, de 26-6-2007, que es el fallo en que no se detectó la afectación a un derecho de incidencia colectiva, sino tan sólo un problema común (la indisponibilidad de los depósitos).

⁹⁵ “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. PEN. Dec. 1517/1998 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 323:4098, de 21-12-2000.

de apreciar al órgano constitucional –dotado de legitimación procesal por virtud del texto mismo de la Constitución– desde la óptica del requisito de caso o controversia del artículo 116, Constitución Nacional⁹⁶.

Así las cosas, respecto del Ministerio Público y su legitimación procesal, la Corte Suprema interpreta que “...la reforma constitucional de 1994 no le otorgó legitimación procesal al Ministerio Público para instar una suerte de acción popular o en defensa de la mera legalidad, por fuera de los recaudos fijados por el artículo 116 de la Constitución [...] Nada indica que se encuentre habilitado a perseguir pretensiones abstractas sobre la validez o invalidez constitucional de las normas o actos de otros poderes u orientadas a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, lo que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República [...] Dicha reforma tampoco ha dotado al Ministerio Público Fiscal de una legitimación extraordinaria que le permita litigar en defensa de intereses ajenos...”⁹⁷ La interpretación efectuada evita que se tenga al Ministerio Público por parte “superlegitimada” –si se quiere–, en forma generalizada, cada vez que se debata la constitucionalidad de una norma.

⁹⁶ “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. PEN. Dec. 1517/1998 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 323:4098, de 21-12-2000, consid. 6: “Que si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el defensor del pueblo ‘tiene legitimación procesal’, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial [...] No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor ‘constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal’ [...] pues la justicia nacional ‘nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte’ (art. 2º de la ley 27). Una constante jurisprudencia de la Corte –elaborada sobre la base de lo establecido por los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la Constitución Nacional– ha expresado que dichos casos ‘son [aquellos] en [los] que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas’, motivo por el cual no hay causa ‘cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes’; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones...”

⁹⁷ “Universidad Nacional de La Matanza y otro c/EN. Mº Cultura y Educación s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 346:970, de 6-9-2023, consid. 13.

b) *Otros legitimados*

La reforma constitucional de 1994 sí habilitó –entiende la Corte Suprema–, para litigar en defensa de intereses ajenos, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las asociaciones que propenden a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, y al propio afectado cuando ejerce una representación colectiva (arts. 43 y 86 de la Const. Nac.)⁹⁸.

c) *Supuesto de las clases de personas*

Cierto es que las acciones colectivas pueden erigirse en herramienta para mejor garantizar la tutela judicial efectiva a gran escala. Un solo representante del grupo obtiene un pronunciamiento judicial a gran escala para todos los integrantes de dicho grupo.

Ahora, distinta es la cuestión de si el grupo se dará por ya conformado según ciertas características o si el grupo será el efectivamente conformado por quienes antes opten por integrarlo. Se trata de las técnicas de *opt-out* o de *opt-in* respecto de dicho colectivo. El *opt-out* presupone cierto autoritarismo, mas es lógico que a veces sea imposible evitarlo: en virtud de la naturaleza de las cosas –variable a la que acude Barra⁹⁹–, no puedo optar por excluirme de la decisión judicial de proteger las toninas overas del mar patagónico o la decisión de prohibir los glifosatos en la Provincia de Misiones, aunque en rigor yo resida en la Provincia de Buenos Aires. Pero sí debería poder optar por excluirme de una decisión judicial que anule un aumento de tarifas de la distribuidora eléctrica que me sirve pues

⁹⁸ “Universidad Nacional de La Matanza y otro c/EN. M° Cultura y Educación s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 346:970, de 6-9-2023, consid. 13.

Recuérdese que, según enseña “Defensor del Pueblo de la Nación. Inc. dec. 1316/2002 c/EN. PEN. Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 330:2800, de 26-6-2007, el defensor del pueblo sólo puede actuar para la protección de derechos de incidencia “colectiva”.

⁹⁹ BARRA, Rodolfo C., *La legitimación procesal. Una cuestión constitucional*, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo: Jesús González Pérez homenaje*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 543-635, esp. p. 603: “La sentencia favorable que yo obtenga tendrá efectos *erga omnes*, no porque así lo disponga una norma procesal determinada, lo que no siempre es indispensable, sino por la misma naturaleza de las cosas”.

prefiero ejercer esa opción, pagar dicho aumento y colaborar con la reducción de cortes de luz para poder seguir leyendo y escribiendo; igual autoexclusión debería ser una opción ante el decisorio judicial que anula un aumento en precios de producción de gas y transporte y distribución de gas natural pues al demandar gas natural colaboro con una menor generación de nucleoelectricidad y ayudo a proteger el medio ambiente.

A los fines de que se eviten disquisiciones como las del párrafo precedente, con sus representados –ora efectivos, ora presupuestos–, y soslayar la imposición de costos a enjugar, por tramitación judicial, ínsitos en el régimen de *opt-out*, un régimen de *opt-in* aparece más ajustado a la verdad de quienes, en forma efectiva, han optado, libre y voluntariamente, por sumarse a la pretensión que será tenida por colectiva, en forma armónica con la voluntad libre, autónoma (arg. art. 19, Const. Nac.).

El constituyente de 1994 no plasmó, en el texto constitucional, ni un régimen, ni el otro, aunque no podría negarse que el tema se halla gobernado, en lo principal, por el artículo 19, Constitución Nacional, y la libertad –en el sentido de autonomía– que nos asiste por ser personas. Desde la visión del constituyente de 1994, la cuestión de la adopción de uno u otro régimen, o de la adopción de uno u otro según los casos, iba a ser definida por la ley reglamentaria, deuda legislativa que persiste tres decenios después. Al mismo tiempo, nos rigen leyes que dan por presupuesto el *opt-out*, como si el *opt-in* no fuera una opción: tal el caso de la ley 24.240, artículo 54, *in fine*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ley 24.240 (B. O. del 15-10-93), art. 54: “*Acciones de incidencia colectiva.* Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

“La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

El precedente que parece liderar la materia, “Halabi”¹⁰¹, encaró la cuestión primero percibiendo una suerte de mecanismo predispuesto de exclusión u *opt-out*: “...de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido posibilidad efectiva de participar”. Mas enseguida “Halabi” pasó a ser neutro, sugiriendo tanto la opción de exclusión (*opt-out*) como la de inclusión (*opt-in*): “...de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte”¹⁰².

A su turno, las Acordadas 32/2014¹⁰³, de registro público de procesos colectivos, y 12/2016¹⁰⁴, de reglamento de actuación en procesos colectivos, tuvieron presentes ambas opciones, de exclusión y de inclusión en el colectivo. Empero, dichas acordadas no han previsto, con valor normativo, el modo de sustraerse o excluirse del mismo¹⁰⁵.

Posterior jurisprudencia insiste, sanamente, en la adecuación de que el procedimiento judicial prevea una u otra opción, previa notificación¹⁰⁶.

A todo evento, el constituyente de 1994 fue limitado por la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, y dicha ley estableció que no se podía introducir “modificación alguna

¹⁰¹ “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873. Dec. 1563/2004 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:111, de 24-2-2009, consid. 20.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Ac. 32/2014 (B. O. del 3-11-2014).

¹⁰⁴ Ac. 12/2016 (B. O. del 8-4-2016).

¹⁰⁵ Remito a *Amparo colectivo en la Argentina: “opt-in”, “opt-out” o tal vez nada*, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, Nº 11, Ábaco, Buenos Aires, 2016, ps. 199-213.

¹⁰⁶ “Matadero Municipal de Luis Beltrán SE c/Estado Nacional. Ministerio de Energía y Minería de la Nación y otros s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 342:1747, de 17-10-2019, consid. 7º; “Grindetti, Néstor Osvaldo c/Edesur SA y otro s/Amparo colectivo”, *Fallos*: 344:575, de 15-4-2021, voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco, consid. 10: “...establezcan el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (*Fallos*: 339:1077, considerando 40 del voto de la mayoría y del voto del juez Maqueda; 339:1254, considerando 4; 332:111, considerando 20; Acordadas 32/2014 y 12/2016) [...] Tampoco el a quo estableció un procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todos aquellos que podrían tener un interés en el resultado del litigio o bien que quisieran no ser alcanzados por la sentencia”.

a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional¹⁰⁷. Por ende, no podría interpretarse que una porción del artículo 19, Constitución Nacional, vino a quedar neutralizada por las iniciativas litigiosas de los legitimados colectivos resultantes de la reforma constitucional de 1994. En tal aspecto, la libre decisión, autónoma, del usuario o consumidor (arg. art. 19, Const. Nac.), debería permanecer intacta o inalterada.

V. En síntesis

Son muchas las preguntas que surgen respecto de los efectos de la reforma constitucional de 1994, tanto respecto de las declaraciones, derechos y garantías, como respecto de la organización del poder, en el plano del Derecho Procesal Constitucional. Aquí se repasaron un puñado de aspectos, que estimo de interés, y en todos los renglones se destaca la preocupación de la Corte Suprema por mantener vivas, en el ámbito de su marco de conocimiento, aquellas disposiciones constitucionales que nos han acompañado e iluminado desde 1853.

Los desafíos que enfrenta el control de constitucionalidad difuso, las luces y sombras que todavía ofrece la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y la doctrina del precedente han transitado sendas jurisprudenciales de ricas aristas. En todos esos aspectos se advierte, en general, la primacía de los cánones tradicionales, a juego con la antigüedad de los institutos comprendidos, sin perjuicio del carácter debatible de ciertas soluciones.

Tal vez el principal efecto revolucionario de la reforma constitucional de 1994 haya sido en materia de legitimación procesal, y, por ende, en los renglones de la conceptualización del derecho subjetivo, la relación jurídica, la pretensión procesal, los efectos del decisorio y la libertad procesal. Aglutinando tantas ramas del Derecho –Constitucional, Procesal Constitucional, Procesal, Contencioso Administrativo, entre otras–, la reforma constitucional de 1994 se percibe destinada al cincelado emanado de la interpretación jurisprudencial.

En el plano procesal constitucional, fijados los límites competen-

¹⁰⁷ Ley 24.309, art. 7°.

ciales “hacia afuera”, en el célebre “Fontevicchia”¹⁰⁸, con saludable energía y cabal conformidad con nuestro orden constitucional, las competencias que se han ejercido y se ejercen “hacia adentro” del sistema constitucional argentino –incluyendo las que oportunamente desplegara el órgano Convención Constituyente de 1994– pueden entenderse como una indispensable obra permanente de trabajo interpretativo de la mano del máximo tribunal del país. Trabajo que recae, en lo que hace al Derecho Procesal Constitucional, en atesorar aquellos clásicos institutos atemporales, y en desbrozar modernas innovaciones de inagotable interés que no podrían rehuir a las personas involucradas en cada caso o controversia.

¹⁰⁸ “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Fallos*: 340:47, de 14-2-2017.