XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy

Comisión 3: Derecho Procesal Constitucional

Tema: *"Crisis del control de constitucionalidad*"

PONENCIA GENERAL[1]

La función jurisdiccional y sus acantilados: el veto judicial.

Síntesis: El sistema jurídico argentino, por razones históricas, por cambios originados en la reforma constitucional del año 1994 y por prácticas relevantes de los tribunales locales, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exhibe una profunda crisis en su sistema de control de constitucionalidad difuso que genera una notable distorsión en la adecuación al sistema universal de derechos humanos, en el principio de división de poderes y en aspectos procedimentales y sustantivos del sistema democrático de gobierno.

Para neutralizar prácticas judiciales que no encuentran sustento constitucional se hace necesaria una reforma de la ley fundamental que instituya un sistema de control de constitucionalidad concentrado, internormativo y con efecto generales que conviva con el actual sistema de control de constitucionalidad difuso y concreto. La forma definitiva de ese cambio, excede el marco de esta ponencia cuya finalidad específica es diagnosticar la crisis en el sistema de control de constitucionalidad, sus causas, y ofrecer un marco posible para debatir acerca de cómo superar los inconvenientes analizados.

1. Introducción.

El sistema jurídico argentino se ha visto bajo una fuerte tensión en su estructura desde hace unos veinte años, aproximadamente. Esta situación obedece a dos causas interdependientes.

La primera causa encuentra su origen en el desplazamiento del sistema de fuentes a raíz de la modificación del vértice más eminente del sistema, cuyos insumos son de origen externo. El derecho público internacional, a través de convenciones o tratados y el *ius cogens*[2]*,* conforman ese vértice.

---

[1] Víctor Rodolfo Trionfetti.

[2] "*Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho*

La segunda causa aparece con los obstáculos levantados por el Poder Judicial con el propósito de neutralizar la puesta en valor de decisiones surgidas de procesos democráticos plurales. Es sobre esta causa en la que profundizaremos nuestro análisis.

En la actualidad se observa con nitidez un derrotero de la función jurisdiccional orientada peligrosamente a interferir con las prácticas pluralistas democráticas garantizadas por nuestra Constitución y por diferentes convenciones internacionales. Esa interferencia se presenta a través de prácticas distorsivas del escrutinio de validez que hacen los jueces en los procesos judiciales. Fundamentalmente estas prácticas se producen con el control de constitucionalidad y con el uso de medidas cautelares que afectan garantías procesales y sustantivas.

Consideramos que esa clase de prácticas constituyen un peligro y también un daño tangible para el sistema republicano representativo y de la vida democrática con menoscabo de los derechos políticos de millones de ciudadanos.

En efecto, como analizaremos, la función jurisdiccional depositada casi en su totalidad en el Poder Judicial ha facilitado a minorías parlamentarias que perdieron el debate en su legítimo ámbito, es decir en el Congreso, o a corporaciones económicas o fracciones de órganos corporativos sin legitimación política sustantiva, la alteración o neutralización de decisiones colectivas democráticas que cobraron cuerpo de ley.

Esta suerte de cuña ha logrado obturar o demorar estratégicamente decisiones surgidas de la voluntad popular a través del sistema de formación de leyes y de la democracia representativa. La actuación contramayoritaria de esas prácticas judiciales no ha sido para preservar derechos sino para mantener privilegios.

---

internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de ius cogens se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la conformidad con aquéllas" (CIDH; Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003).

Incluso, parece relevante señalar que en algunos casos, las leyes obstaculizadas por el Poder Judicial fueron precedidas de un gran debate plural y de la necesidad de cambiar un paradigma nacido en el marco de la dictadura genocida cívico-militar. Sin embargo, el Poder Judicial ha entorpecido o sesgado brutalmente esos logros expresados en leyes que han sido derribadas sin contemplación en procesos judiciales en donde los jueces han actuado con un exceso de jurisdicción evidente, es decir, sin el vector que los habilitaría a actuar fuera del caso u causa judicial y sin la debida integración del proceso con los legítimos contradictores.

En nuestra opinión, los problemas anunciados más arriba han apartado a la función jurisdiccional de su finalidad pacificadora. Esa función se expresa a través del componente simbólico que hospeda el proceso judicial al brindar espacios de oportunidad y garantías de restablecer y afianzar, para quienes son partes, la validez y vigencia del sistema jurídico. Sin embargo, los principios jurídicos estructurantes de ese sistema quedan avasallados, con asombrosa frecuencia, por las prácticas de los tribunales que generan antagonismos dentro de la sociedad e incertidumbre en la toma de decisiones colectivas basadas en procesos democráticos.

Advertimos que una gran parte de la tensión sobre el sistema jurídico está enfocada en las disputas y alcances sobre la noción de validez. Pero, por la índole de la específica materia que a nosotros nos interesa, es decir, el derecho procesal, también apreciamos una extraordinaria tensión y desmoronamiento de las fronteras del control de constitucionalidad difuso y concreto.

Del mismo modo, percibimos que junto con los justificables debates y complejidades que tienen los procesos colectivos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, continuamente introduce aspectos ajenos a esa clase de procesos que, llamativamente, resulta de hecho ser un control de constitucionalidad objetivo/abstracto y con efecto *erga omnes*. Decimos “de hecho”, porque entendemos que esa forma de proceder no tiene sustento en el derecho positivo argentino.

Para sostener nuestras afirmaciones abordaremos varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, según entendemos, corroboran nuestro diagnóstico.

2. El Poder Judicial argentino.

Para comprender cómo se ha producido la desviación de poder en el ejercicio jurisdiccional a través de lo que denominamos el veto judicial, se torna imprescindible realizar una breve genealogía del poder judicial.

Desde sus orígenes, el poder judicial argentino ha exhibido prácticas de conservación del modelo político instaurado con la sanción de la Constitución Nacional de 1853/60. Por ello, entendemos que todo examen que intente diagnosticar la existencia de una crisis del control de constitucionalidad actual debe ofrecer, aun mínimamente, un contexto histórico que ubique los contornos en que aquel se gestó y desarrolló.

Según Pellet Lastra, la ideología imperante en el Poder Judicial en sus comienzos, queda exhibida al constatar que *"[e]ntre 1863 y 1930 pasaron por la Corte Suprema de Justicia treinta y seis jueces, que tenían como común denominador coincidir ideológicamente en la posición dominante de la época y el siglo: todos y cada uno de ellos era liberal en lo económico y conservador en lo institucional. Todos ellos creían en el progreso del siglo, la propiedad privada a ultranza, el libre comercio y la libre navegación por los ríos y del mar territorial. Eran defensores acérrimos de las libertades individuales y por lo general creían que el alto tribunal no debía inmiscuirse en las decisiones políticas de los otros dos poderes, encargados de definir y llevar adelante las políticas del Estado Nacional*"[3]. Entendemos que esos compromisos en la defensa de la libertad de estos jueces eran respecto de lo que se pueden considerar auditorios o colectivos incluidos o semejantes, ya que muchas otras voces resultaron silenciadas y sólo recobraron una presencia constitucional con la reforma de la ley fundamental en el año 1994, tal el caso de los pueblos originarios o de los trabajadores a través de

[3] Pellet Lastra; Arturo; *"140 años en los laberintos de la historia de la Corte. Una historia complicada por la falta de conocimiento del rol político del alto tribunal y la tendencia a nombrar jueces "adictos"*; JA 2003-IV, fascículo n° 9; Bs.As., 26/11/03; pág. 44 y sgtes.; *140 años…; pág. 45.*

la Constitución Nacional de 1949 o del art. 14 bis nuevo de la actual Constitución.

En la etapa fundacional del país, los jueces eran consecuentes y coherentes con quienes instauraban el nuevo orden. Es que un sistema jurídico no es algo natural. No hay detrás de él ni un plan divino ni las personas que lo alumbran se inspiran en Dios como fuente de toda razón y justicia. Se mueven por sus intereses de clase, por sus lecturas del mundo, sus preferencias y lo que consideran cercano y próximo. El problema del orden jurídico está constituido por los auditorios cuyos intereses y expectativas no son considerados por el sistema al momento de su fundación. Esa relación inclusión/exclusión se define en privilegios o derechos, en modelos de distribución o acumulación y se proyectan sobre generaciones marcándolas en sus posibilidades y sus futuras luchas de conservación o transformación.

Desde el punto de vista sociológico, el modelo judicial argentino originario, se encuadraba en el tipo empírico-primitivo que se caracteriza por una estructura judicial verticalizada, con cúpulas jerárquicamente fuertes y políticamente débiles, pues "*las cortes están encargadas de cancelar la independencia interna de los judiciales, en tanto que ellas carecen de independencia externa*".[4]

Desde su etapa fundacional, el principal obstáculo de puesta de valor del poder judicial argentino con los principios democráticos y republicanos fue su falta de independencia y su condición de poder aparente, mascarón de proa funcional a poderes fácticos que no encontraban en las urnas su legitimación o, como durante el menemismo, en donde los gobiernos democráticos eran de doble delegación, es decir, elegidos por el pueblo, pero al servicio de los grupos económicos concentrados.

Los datos duros e incontrastables están a la vista. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, fuera de todo proceso jurisdiccional y sin dictar sentencia, sino acordadas, convalidó todos los golpes de Estado que interrumpieron la vida institucional, democrática y constitucional de la

[4] Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Estructuras judiciales*; Ediar; Bs.As., 1994, pág.148.

República Argentina[5]. La Corte también acompañó con su jurisprudencia, en coordinación con los estudios jurídicos con llegada a las principales editoriales y cátedras universitarias que forman y colonizan la enseñanza del derecho[6], una inflexión lacerante de los derechos económicos, sociales y culturales ante las políticas neoliberales instauradas durante la última década del siglo XX.[7]

3. **El caso judicial**.

Con la expresión *caso* o *causa*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la dogmática constitucional argentina construyeron desde los inicios más tempranos de funcionamiento del alto tribunal (1863) y a través de los años, un concepto que funcionó como límite de la actuación del ejercicio de la función jurisdiccional.

La expresión *caso* o *causa* pasó a ser el territorio propio de la actividad de los jueces y la frontera de lo decidible, del *imperium* y de la aplicación de la ley en un proceso judicial, que los jueces siempre debían realizar en el caso concreto, utilizando ésta última expresión para dar la noción de un contorno muy preciso en el que quedaba permitida y explicada la función jurisdiccional a cargo del poder judicial.

Incluso, las leyes dictadas con la vigencia de la Constitución Nacional limitaban el control de constitucionalidad al *caso* o *causa*. En efecto, la ley 27, sancionada en 1862 y que regula la naturaleza y funciones generales del Poder Judicial nacional, prevé en su art. 1° que *"[l]a justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas…*". El art. 3° de la ley 27, por su parte, expresa con

---

[5] *Sobre el particular, véase Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990); Ad-hoc; Bs. As. 2001; pág. 57 y ss.* En rigor, en el golpe militar de 1955 la Corte no dictó una acordada pero reconoció la legitimidad del gobierno de facto en numerosos fallos *(Cfr*. Ekmekdjian, Miguel Ángel en *Democracia, República y Gobiernos de facto;* en AA.VV., *La Reforma Constitucional de 1994*; Depalma, Bs. As., 2000, p. 17.

[6] Ver por ejemplo, los estudios jurídicos mencionados en el trabajo de Verbitsky, Horacio; *Los abogados, de la represión al neoliberalismo*; en *Cuentas Pendientes*; *Los cómplices económicos de la dictadura*; Buenos Aires, Siglo Veintiuno, pág. 413 y sgtes.

[7] La Corte ha utilizado el expediente de las acordadas para controlar la constitucionalidad de las más variadas situaciones, alguna con una clara actitud corporativa y antirrepublicana como ocurrió con la Acordada n° 20 del 11 de abril de 1996 por medio de la cual la Corte examinó la ley 24.631 de Impuestos a las Ganancias y declaró inaplicable el artículo 1° de esa norma, que disponía la derogación de la exención establecida para los integrantes del Poder Judicial del pago de impuesto a las ganancias, por la ley 20.268. La acordada sigue vigente.

relación a las funciones de la justicia nacional: "*Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella*". En ese mismo andarivel la ley 48, que reglamenta la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, dispone en su artículo 21 que *"[l]os tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación (…) según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento…*".

Este límite de actuación influyó por carácter transitivo sobre las condiciones del control de constitucionalidad, que quedó limitado a su carácter *concreto*, es decir, como un control de constitucionalidad sólo y para el *caso* o *causa,* sin afectar la sentencia a otros sujetos que no conformaron la relación jurídica procesal.

Como podemos observar, la relevancia constitucional del concepto de *caso* estuvo siempre íntimamente vinculada con la división de las funciones de los poderes constituidos.

Para González Calderón, *"[c]asos o causas judiciales son las controversias o litigios que se producen por acción de una parte y defensa de la otra en la aplicación práctica de una ley, todo lo cual supone necesariamente un procedimiento ante los jueces. Las cortes no pueden aplicar las leyes sino a los casos ocurrentes; la facultad de aplicarlas e interpretarlas, se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se suscitan o traen ante ellas para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; no pueden pedírseles que emitan su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho y señalando al contradictor; ni pueden dar explicaciones sobre teorías que se sustenten cuando no haya casos prácticos a qué aplicarlas, porque el objeto de la jurisdicción nacional es decidir causas y no cuestiones abstractas de derecho*"[8]

La Corte federal ha entendido que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito

[8] González Calderón, Juan A.; *Derecho Constitucional Argentino*; *Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*; t. III; Lajounae; Buenos Aires, 1931; pág. 479 y ss.

de la existencia de un "*caso*" o "*controversia judicial*" sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional.[9]

En la inteligencia de la Corte, la jurisdicción de los tribunales según lo establecido por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional se define en el ejercicio de causas de carácter contencioso según la ley 27, es decir, aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y esta situación no se presenta cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o de actos de otros poderes.[10] Con esta posición queda expuesta la íntima relación que existe, en el sistema nacional de control de constitucionalidad argentino, entre los caracteres difuso, concreto y los alcances del fallo, que están estrechamente relacionados con el tema de la legitimación. La noción de legitimación se ha expandido desde la reforma constitucional de 1994 pues junto con la especial habilitación que confieren las leyes para pretender y ser pretendido con sustento en una relación jurídica sustantiva o de fondo; para desarrollar y poner en valor el campo de la tutela efectiva de ciertos derechos o colectivos, se ha instalado la posibilidad de legitimaciones extraordinarias, es decir, sin vínculo específico con el derecho o interés afectado; tal es lo que ocurre con el Defensor del Pueblo. Sin embargo, bajo

---

[9] Fallos, 330:3109 (2007) y Fallos, 328:3586 (2005). Incluso el máximo tribunal ha determinado que la existencia de un caso constituye un presupuesto del ejercicio de la jurisdicción, al expresar que los casos o controversias contenciosos a los que se refieren los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional son aquellos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho o prerrogativa debatidos entre partes adversas ante la existencia de una lesión actual o, al menos, una amenaza inminente a dicho derecho o prerrogativa, requisito que por ser de carácter jurisdiccional es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia, por lo que corresponde examinarlo de modo prioritario por ser uno de los principales agravios del apelante y porque si prosperara resultaría inoficiosa la consideración de los restantes planteos. Cfr. Fallos, 331:2257 (2008). En tal sentido, el tribunal cimero siempre ha sostenido que sin caso o causa, no se justifica la intervención del Poder Judicial. Cfr. Fallos, 332:1433 (2009).

[10] Criterio similar ha seguido la Corte en "*Search Organización de Seguridad S.A. c. Provincia de San Luis s/acción declarativa*", Fallos, 327:1813.

ningún punto de vista esta última circunstancia exime de verificar la existencia de un caso o causa.

Aún en los denominados procesos colectivos surgidos de la agenda del máximo tribunal, como han sido, por ejemplo, las conocidas causas *Mendoza*[11] y *Halabi*[12], la Corte siempre dejó en claro la necesidad de la existencia de un caso o causa. El proceso colectivo, tanto en su vertiente de tutela de derechos supraindividuales como de tutela de derechos pluriindividuales homogéneos[13], redefine la noción de causa o caso al incorporar nuevos elementos sobre la matriz clásica, pues contiene aspectos que exhiben una nueva complejidad, es decir, nuevas relaciones y consecuencias co-implicadas en la constitución válida del proceso, por ejemplo con nuevos presupuestos procesales como el de representación adecuada de la clase o grupo, o nuevas formas de manifestarse de la cosa juzgada, por ejemplo, *secudum eventum probatione*[14], etc. Pero lo cierto es que el proceso colectivo en nada modifica la estructura básica del caso o causa, que sigue siendo una contienda entre partes adversas disputándose posiciones de ventaja o desventaja, un conflicto eminentemente intersubjetivo y donde la aplicación del derecho es parte de la discusión, no la discusión en sí. El aspecto intersubjetivo es un elemento genético del caso o causa y sin el cual carece de sentido hablar de legitimación para obrar, representación adecuada y de cosa juzgada, pues estos términos siempre se predican de y sobre sujetos de derechos.

Esta situación varió sustantivamente en el último lustro porque, como ya se anticipó, la Corte Suprema de Justicia ha alterado los límites del caso judicial de manera injustificada. El máximo tribunal ha procedido a declarar inconstitucional leyes en casos aparentes, en donde un supuesto legitimado cuestionaba la validez de una norma general; ha resuelto sin conformar debidamente la integración de los legítimos contradictores y sin realizar un estricto escrutinio de la representación adecuada del supuesto legitimado

[11] Fallos, 331:1622.
[12] Fallos, 332:111.
[13] Seguimos la clasificación propuesta en el Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica.
[14] Por ejemplo, el art. 33 de la ley 25.675.

para obrar o, en cambio, ha admitido derechamente y sin ninguna clase de frenos, que los jueces puedan realizar un control de constitucionalidad objetivo, es decir, sin un caso concreto y sin el elemento de intersubjetividad inherente a la noción de caso, con lo que sin competencia constitucional, la Corte ha venido a admitir el control internormativo como ocurre en el derecho comparador europeo.

Debemos tener muy en cuenta que desde el 18 de octubre de 1864 la Corte ha expresado en forma reiterada que "*Este tribunal es el intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte*".[15] Si la Corte busca ser intérprete final de la Constitución sin caso o con un caso sin que estén presentes los legítimos contradictores y declara, sin mayor escozor, la inconstitucionalidad de leyes con efectos generales, ya no hay función jurisdiccional, sino función legislativa negativa.

4. **El control de constitucionalidad difuso y concreto.**

En lo atinente al control de constitucionalidad, la expresión "*difuso*" fue introducida por primera vez por Carl Schmitt para designar el concepto opuesto al de control "*concentrado*", es decir, cuando una sola instancia, exclusiva y excluyente, monopoliza la función de control.[16] El control de constitucionalidad difuso propone que la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes y otros actos pueda ser realizada por cualquier juez o tribunal. En este supuesto, se parte de una concepción unitaria de jurisdicción en la que esa función se manifiesta y realiza por todos y cada uno de los tribunales. Estados Unidos de América es el paradigma del control de constitucionalidad difuso. Argentina también adopta este modelo. Sin embargo, las diferencias entre Argentina y EEUU son notables pues en éste país rige la regla del *stare decisis*, que otorga a la declaración de

[15] Fallos, 1:348
[16] Schmitt, Carl; *La defensa de la Constitución*; Tecnos; Madrid; 1998; pág., 52.

constitucionalidad efectos más allá del caso concreto, pues condiciona la conducta de otros tribunales ante casos similares.[17]

Desde el 15 de enero de 1863, momento en que la Corte comenzó a funcionar hubo un lento trabajo de sedimentación jurisprudencial para definir los alcances del control de constitucionalidad, pero siempre dentro de lo que es un caso y para el caso.[18]

La consagración del criterio, según la unánime opinión de la dogmática constitucional vernácula, ocurrió en el caso "*Municipalidad de la Capital c. Isabel. G. de Elortondo*"[19]. Allí la Corte en el año 1888 consideró que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes por parte de los jueces se funda en que "*es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tiene y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los* ***casos concretos*** *que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder jurisdiccional nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Que tal atribución, que es, por otra parte un derivado forzoso de la separación de poderes Constituyente y Legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada de éste último, se halla especialmente consagrada por las leyes del 16 de octubre de 1862 y 14 de septiembre de 1863...*" (*el destacado nos pertenece*).

---

[17] Por otra parte el sistema federal argentino difiere notoriamente del estadounidense pues en este último las facultades locales en materia legislativa y otros asuntos, son más extensas que en Argentina en donde, por ejemplo, las provincias carecen de competencia para dictar la legislación común o de fondo o, en donde no se requiere la ratificación por las legislaturas locales –como sí sucede en Estados Unidos de América- para aprobar una enmienda constitucional. Sin embargo, las diferencias entre el sistema jurídico argentino y norteamericano, al menos en su origen, tienen ingredientes históricos y filosóficos de mayor espesor que nos diferencian, hoy en día, en forma abismal.

[18] Ya en 1871 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial. Fallos, 10:427.

[19] Fallos, 33:194.

Los controles de constitucionalidad concentrado y difuso son subsistemas del control de constitucionalidad que también combinan otras variantes como el control preventivo o sucesivo, el control objetivo y el control concreto, etc., y cuyo análisis excede el presente abordaje.[20]

En nuestro país el control de constitucionalidad difuso, a pesar de la inconsistente discusión acerca de si procede de oficio o a petición de parte, siempre fue claro que debía ejercerse en un caso o causa judicial, es decir, en su carácter *concreto*.

La exigencia de que el control de constitucionalidad sea concreto constituye un presupuesto procesal de validez del proceso y del ejercicio de la función jurisdiccional. El primer supuesto, se vincula con el derecho de toda persona de ser oído con las debidas garantías por un tribunal de justicia (art. 8.1., CADH), lo que conlleva que esa persona sea convocada en debida forma al proceso a fin de garantizarle adecuada y suficiente oportunidad de ejercer su derecho de defensa ante un tribunal imparcial e independiente. Este escenario incluye tanto a procesos contenciosos clásicos como a los procesos colectivos, lo único que puede variar son los matices en la comunicación de la existencia del proceso, la forma de aglutinar los frentes actores y demandados y los efectos de la cosa juzgada. En el segundo supuesto, la función jurisdiccional debe ser ejercida en un *caso* para no quedar liberada de todo límite y constituirse en una excrecencia del sistema de formación de leyes en donde, aún promulgadas esa clase de normas, puedan ser vetadas de hecho por un pequeño grupo de hombres y mujeres, que actuarían fuera de toda facultad legítima, por el sólo hecho de ser jueces.

5. Itinerarios abismales.

a. La provisoriedad eterna de lo cautelar. De cómo poner de rodillas al sistema electoral y a la democracia representativa.

[20] Para un mayor desarrollo, ver nuestro trabajo en *Sistemas de Control de Constitucionalidad*; en Falcón, Enrique M.; dir., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, Volumen: 1, pág. 443 a 583.

La primera aparición clara de minorías y de grupos económicos logrando, a través del veto judicial, obstaculizar decisiones democráticas consagradas en una ley, ocurrió con la ley de servicios de comunicación audiovisuales (LSCA)[21]. Casi un lustro de amparos, una inexplicable radicación en un fuero que no se ocupa de los servicios públicos, aparentes subterfugios inadmisibles en las subrogancias[22] y una medida cautelar atemporal defendiendo aspectos exclusivamente económicos, demoraron –y demoran- la puesta en valor de la ley 26.522. Producto de una deficiente defensa de los intereses del Estado y de prórrogas de la medida cautelar[23], la Corte resolvió la constitucionalidad, y en consecuencia, la vigencia plena de la LSCA, recién en el 29 de octubre de 2013.[24] El veto preventivo del poder judicial a una ley precedida de un robusto, desinhibido y vigoroso debate democrático y federal se logró cautelarmente, por una decisión de un juez de primera instancia, desde el día 7 de diciembre de 2009 al no fijarse plazo para la suspensión de la vigencia de los arts. 41 y 161 de la LSCA.[25]

El 13 de mayo de 2010 la Cámara confirmó la cautelar. Ante ello, el Estado dedujo recurso extraordinario federal que, si bien fue rechazado el 5 de octubre de 2010, no impidió que la Corte expresase que la cautelar planteada era diferente de la deducida en el caso *Thomas* que había suspendido la ley 26.522 de modo general, pues allí "*se trata de la impugnación de la brevedad del plazo de un año fijado por la ley para desinvertir y con relación a un solo sujeto*". Lo que revela una de dos cosas, o la Corte en ese momento no comprendía la complejidad del tema o, simplemente, lo dilataba, porque ante una ley antimonopólica las desinversiones deben ser contemporáneas para todos los sujetos para no generar desigualdades, asimetrías y ventajas distorsivas que terminan

---

[21] Ley 26.522, sancionada y promulgada el 10 de octubre de 2009.

[22] Al convocarse a magistrados jubilados para ejercer en los juzgados de primera instancia, como ocurría en la justicia civil y comercial federal en ese momento, se habría infringido la letra expresa del inciso 1°, ap. a), de la ley 26.376.

[23] Sobre el particular, ver Loreti, Damián y Lozano, Luis; *El derecho a comunicar*; Siglo XXI; Bs.As.; 2014; pág. 199 y sgtes.

[24] Expediente: G. 439. XLIX. RE, "*Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa"*.

[25] Recordemos que el veto judicial logró que la ley también estuviese detenida por varios meses en su entrada en vigencia por decisiones de la justicia federal de la provincia de Mendoza en lo que se conoció como el caso *Thomas;* Fallos, 333:1023 (2010).

provocando el efecto que la ley tiene por fin neutralizar, es decir, dejar a tal o cual grupo económico en posición dominante del marco que se intenta regular. En todo caso, los hipotéticos perjuicios económicos pueden resarcirse con posterioridad, pero la demora en poner en valor el derecho de acceso a la información puede configurar un daño irreversible para un colectivo de ciudadanos –un poco más de treinta millones de personas aproximadamente- que deban tomar decisiones importantes, por ejemplo, ejercer el derecho de votar.[26] La comparación no es aleatoria, exhibe cómo una cautelar puede interferir durante todo su mandato la plataforma de uno o varios partidos políticos convertida en ley.

En su decisión la Corte expresó que con la medida cautelar podría llegar a presentarse una situación de desequilibrio si se prolongase indefinidamente, por lo que consideró prudente la fijación de un límite que difirió a ser fijado por el juez de primera instancia.[27]

Como el límite no se fijó, el Estado logró por vía de apelación que la Cámara Civil y Comercial Federal lo estableciera, fijándose como plazo de vigencia de la cautelar el mes de diciembre de 2013. Considerándose agraviado por ese plazo el Estado arribó en queja ante la Corte quien concluyó estableciendo como término del plazo de la cautelar la fecha de 7 de diciembre de 2012. Resulta conveniente aclarar que debido a la cautelar la AFSCA había demorado el proceso de desinversión de los restantes grupos multimedios involucrados para no generar una distorsión aun mayor dentro de los servicios de comunicación audiovisual.

Con este panorama, el día 6 de diciembre de 2012, a pocas horas de vencer el plazo establecido por la Corte, la Cámara Civil y Comercial Federal, a pedido del grupo actor, extendió el plazo de la medida cautelar hasta que hubiese sentencia firme sobre el mérito del asunto, lo que insospechadamente fue convalidado por la Corte. Pero la saga procesal continuaría. Un juez de primera instancia, designado esta vez con respeto de

[26] Esa situación quedó muy clara en las audiencias que luego se realizaron ante la Corte en donde las abogadas del Estado lograron exhibir con lacerante claridad las inconsistencias de la demanda.
[27] Fallos, 333:1885.

la ley 26.376, dispuso rechazar la demanda, pero ante la apelación de la demandada –insólitamente- decidió mantener la cautelar a pesar de que su propia sentencia expresaba la ausencia de verosimilitud en el derecho del planteo del frente actor, es más, declaraba con certeza la ausencia de ese derecho. Por fin, luego de una decisión favorable al demandante por parte de la Cámara Civil y Comercial Federal, la Corte dictó un fallo definitivo sobre el tema, era el día 29 de octubre de 2013; la LSCA había estado suspendida en su vigencia por el veto cautelar durante cuatro años, el mismo lapso que dura un cargo de legislador nacional.

Este proceso nos sirve para reflexionar que "*la democracia, entonces, muy lejos de ser la forma de vida de individuos consagrados a su felicidad privada, es el proceso de lucha contra esa privatización, el proceso de ampliación de esa esfera. Ampliar la esfera pública no significa, como lo pretende el llamado discurso liberal, demandar el avance del Estado sobre la sociedad. Significa luchar con un reparto de lo público y lo privado que le asegura a la oligarquía una dominación doble: en el Estado y en la sociedad*".[28]

b. El asunto *Rizzo*[29]. Como dejar de escuchar a más de treinta millones de personas y aparentar respeto por el derecho de defensa en juicio.

No es objeto de esta presentación analizar la totalidad de las aristas del asunto por el cual la Corte declaró inconstitucional los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/13 y otras cuestiones como la de declarar inaplicable las modificaciones introducidas por la ley 26.855 respecto del quórum, sino un específico aspecto relativo a la integración de la litis.

La cuestión se originó cuando el Sr. Rizzo, como apoderado de la Lista 3, denominada *Gente de Derecho*, lista que participa en las elecciones de autoridades del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, interpuso un amparo para que se declarase la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y que formaba parte del paquete de leyes

---

[28] Ranciére, Jacques; *El odio a la democracia*; Amorrortu; Bs. As., 2012, pág. 81.
[29] *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar*.

destinadas a lo que el gobierno denomino “leyes de democratización de la justicia”. También se solicitó la inconstitucionalidad del decreto 577/13.

La justicia federal con competencia en materia electoral en la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la demanda. El Estado planteó recurso extraordinario por salto de instancia que fue declarado admisible por la Corte.

Recordemos que la ley 26.855 realizó diversas modificaciones sobre distintas leyes, las más importantes fueron sobre la ley 24.937 que regulaba la integración y funcionamiento del Consejo de la Magistratura.[30]

[30] La ley 26.855 redefinió la composición de ese órgano constitucional, aumentando el número de sus miembros que pasaron a tener un total de diecinueve integrantes, conformados por tres jueces del Poder Judicial, tres representantes de los abogados, seis representantes de los ámbitos académicos o científico, seis legisladores y un representante del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la mayor novedad en materia de empoderar de derechos a los ciudadanos los constituían los arts. 4, 18 y 30 de la ley y que eran el foco principal de impugnación. El art. 4 de la ley 26.855 incorporó como art. 3° bis de la ley 24.937 el siguiente texto: “*Procedimiento. Para elegir a los consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política. Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas, a consejeros de la magistratura integrarán una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal. La lista conformará un cuerpo de boleta que irá adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que son postulados, que a este efecto manifestará la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el juzgado federal electoral de la Capital Federal. Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizará ante esa misma sede judicial*”. Por su parte el art. 18 de la ley sustituyó el art. 33 de la ley 24.937 y estableció que el acto eleccionario de los integrantes del Consejo de la Magistratura previsto en el artículo 3° bis de la presente, se celebrarse de manera conjunta y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, en la primera oportunidad de aplicación de la ley. Por su parte, el art. 30 de la ley 26.855 establecía que la promulgación de la norma importa la convocatoria a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a Consejero de la Magistratura por los estamentos previstos en el artículo 3° bis de la misma.

El amparo planteado era una pretensión directa de inconstitucionalidad, también, aunque inadvertido por los tribunales intervinientes, podía ser visto como proceso colectivo por estar afectada una clase o grupo específico de personas: la totalidad de ciudadanos empadronados y habilitados para votar en las próximas elecciones y todos los ciudadanos académicos o científicos, abogados y jueces que decidieran ejercer el derecho a ser elegido, en las condiciones establecidas en la ley 26.855.

Es decir, al menos la clase o grupo de ciudadanos afectados era perfectamente identificable con nombre, apellido, domicilio y documento de identidad. Esa clase aparecía nítidamente al comienzo del litigio y, por lo tanto, tenía despejado uno de los elementos principales para certificar el proceso como colectivo. Otro tema era definir la representación adecuada de la clase.

Por otro lado, estaban las clases integradas por jueces nacionales ordinarios y federales, los abogados con matricula federal y los académicos o científicos.

También resulta conveniente destacar que probablemente la clase o grupo de los ciudadanos se habría ubicado en el frente demandado, por ser la consecuencia jurídica solicitada en el amparo perjudicial para los derechos políticos que las normas cuestionadas reconocían a esa clase.

Por supuesto que las reflexiones desarrolladas en los párrafos anteriores son posibles debido a la ausencia, en el ámbito nacional, de un control de constitucionalidad concentrado y objetivo que evitaría justificar, con argumentos análogos al lecho de Procusto, lo que no tiene arreglo dentro del sistema clásico, incluso en un proceso colectivo de tutela individual homogénea.

Pero en el asunto *Rizzo* la Corte no se manejó con ningún tipo de sutileza procesal. No sometió a un estricto escrutinio al frente actor para ver si tenía la representación adecuada de la totalidad de los abogados con matrícula federal y obvió, sin ningún rubor, a las restantes clases. En efecto, a través de un sibilino y lacónico considerando n° 4 de la sentencia, el máximo tribunal expreso que “*se encuentra acreditada la existencia de un*

interés "concreto", "directo" e "inmediato" del actor en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones".[31]

El procedimiento descripto se apartó de lo que el propio tribunal dijera en *Halabi*, pues allí al menos la Corte había recurrido a un fundamento telegráfico, pero fundamento al fin, para establecer que el actor poseía representación adecuada de la clase. Aquí ya ni siquiera lo infiere ni tampoco se interroga sobre la dimensión colectiva que involucraría la pretensión del amparista.

Recordemos, también, que los arts. 23 de la CADH, 25 del PIDESC y 21 de la DUDH garantizan la participación. La ley 26.855 vino a desplazar los minúsculos intereses corporativos que definen la integración de gran parte del Consejo de la Magistratura y buscó dar efectividad al derecho de todo ciudadano de gozar y tener oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos -la designación de jueces lo es, pues realizan actos de gobierno- directamente o por medio de representantes –representantes del ciudadano, no de corporaciones- libremente elegidos, es decir, a través del sufragio electoral y no por medios de listas integradas por miembros de asociaciones mutuales o colegios profesionales (cfr. art. 23.1.a., CADH).

Fue así, que con el asunto *Rizzo*, un apoderado de una lista de abogados, de un colegio de abogados, de una ciudad con abogados paso a representar, supuestamente, la opinión y los derechos del resto de los abogados con matricula federal; sin establecerse un procedimiento de certificación de clase con control de la representación adecuada ni convocarse a las restantes clases.

Treinta millones de electores de todo el país fueron desapoderados de sus derechos políticos por una sentencia convencionalmente regresiva. A partir de este hito procesal, hoy es casi imposible conocer qué es la legitimación para obrar según la Corte.

---

[31] Según Salgado, los elementos a evaluar en situaciones de tutela de derechos individuales homogéneos son que el representante pueda ejercer una tutela vigorosa de los derechos de los miembros ausentes y que no existan intereses contrapuestos con los integrantes del grupo. Cfr. Salgado, José María; *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011; Bs. As., pág. 212.

Son numerosas las partes de la sentencia de la Corte en *Rizzo* que evidencian graves incongruencias e inexactitudes. Daremos una muestra de los yerros procesales.

En particular conviene detenerse en el considerando n° 9. Aquí la Corte sostiene, como ejemplo, varios casos en los cuales estableció la inconstitucionalidad de leyes. Así cita el caso de las leyes de obediencia debida, de la ley de matrimonio civil, de normas del Código Procesal Penal de la Nación, de normas que no respetan la autonomía personal, de la naturaleza salarial de los vales alimentarios, del derecho de acceder a una plena reparación ante un accidente laboral, etc. Lo que el máximo tribunal no aclara es que todas esas decisiones tenían efecto exclusivo para los actores, es decir, para "*Simón*"[32], "*Sejean*"[33], "*Quiroga*"[34], "*Bazterrica*"[35], "*Arriola*"[36], "*Perez*"[37] y "*Aquino*"[38]. Las normas declaradas inconstitucionales subsistían para el resto de los mortales a los que les eran aplicables, no había un efecto expansivo de la sentencia, ni conculcación del derecho de ser oído con las debidas garantías para miles de personas, como sí ocurrió en *Rizzo*, donde nunca sabremos qué tenían para alegar aquellos cuyos derechos políticos fueron suprimidos por la Corte a través del efecto expansivo de su pronunciamiento.

En esa lista de casos mencionados por el tribunal en el asunto *Rizzo*, también se citó el fallo *Halabi*, un caso colectivo piloto, armado *prêt-à-porter* por y para la agenda del tribunal.

Resaltamos que en el caso *Halabi*, en un jurídicamente paupérrimo considerando n° 14, se sostuvo que el actor tenía la representación adecuada de la clase y se asumió pretorianamente que ésta se hallaba notificada del proceso por la trascendencia que habían tenido en las audiencias celebradas en la Corte y las presentaciones de los *amicus curiae*. Para blindarse de cualquier objeción, la Corte en *Halabi* anticipó que obraba

[32] Fallos, 328:2056.
[33] Fallos, 328:2268.
[34] Fallos, 327:5863.
[35] Fallos, 308:1392.
[36] Fallos, 332:1963.
[37] Fallos, 332:2043.
[38] Fallos, 327:3753.

de esa manera pues era la primera oportunidad en que se delineaban los caracteres de una acción colectiva que tenía por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existía reglamentación al respecto, por ello "*cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá de exigir en los sucesivos procesos de esta naturaleza*". Sin embargo, en *Rizzo* la Corte no cumplió con esta prevención y el silencio sobre estos aspectos hace sucumbir la validez de la sentencia allí recaída.

Advertimos que la Corte trató el amparo presentado por el Sr. Rizzo como un caso individual sin atender la lesión que la sentencia provocó a un elevadísimo número de personas. No inquirió si existían elementos homogéneos entre la parte actora y otras personas y la posibilidad de que esos sujetos pudieran aglutinarse y acompañar a la parte actora o, en cambio, permitir a la clase ciudadanos ubicarse en el frente opuesto y resistir la consecuencia jurídica solicitada por la Lista 3 del CPACF.

La posibilidad de una pretensión colectiva pasiva, que incluso en el derecho comparado tiene abordajes confusos y ofrece aporías para la certificación de la clase o para implementar mecanismos de egreso de la clase (*opt out*)[39], ponen de manifiesto que el asunto *Rizzo* fue tramitado a la intemperie de todo rigor técnico y por fuera de límites constitucionales, pues pretensiones de esta naturaleza desbordan la noción de caso o causa.

El marco descripto es muy grave pues los ciudadanos no escuchados por la Corte no tenían derechos en expectativa o conjeturales, estaban empoderados e iban a votar y era obligatorio que lo hicieran.

Sin embargo, el asunto *Rizzo* también hospedaba otro vicio relevante en el procedimiento, ya que tampoco había sido escuchado el Ministerio Publico antes de la sentencia de primera instancia, violentándose de esa forma los arts. 1 y 25, inc. g) y 39 de la ley 25.946 y los arts. 1 y 120 de la

[39] Sería ridículo exigirle a los ciudadanos que quieran "salirse" de la pretensión propuesta en el asunto *Rizzo*, que justifiquen las razones para hacerlo y a los jueces a tener que evaluar miles de esas razones.

CN, aspecto que fue resaltado por la Procuradora General en su dictamen del 17 de junio de 2013.

Con una defensa a ultranza de lo que, en palabras de la Corte eran los "*representantes de los estamentos técnicos*", eufemismo que sustituye al término corporación, en *Rizzo* el máximo tribunal decidió en contra de una ley del Congreso, de las Convenciones y Pactos Internacionales que garantizan derechos políticos; decidió con menoscabo al debido proceso adjetivo, privó del derecho a ser oído por un tribunal de justicia a millones de ciudadanos y se permitió señalar -considerando n° 29- que la ley resulta inconstitucional pues "*vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral*". Notable, porque con una actitud autoritaria no se dio oportunidad de ser escuchados a treinta millones de electores.

Vemos entonces a la Corte declarando inválida una ley que intentó poner en valor garantías convencionales en materia de derechos políticos, porque el tribunal consideró que la norma resulta distorsiva del proceso electoral, con lo que los partidos políticos -a pesar del texto del art. 38 de la CN-, quedarían postergados como instituciones fundamentales del sistema democrático por un colegio de abogados.

Mientras tanto, gran parte de la dogmática constitucional local presenta a asuntos como *Rizzo*, como lo hace el prestidigitador su truco: un personaje hábil que distrae con una mano, mientras que con la otra prepara las condiciones de la ilusión; y la ilusión no es otra cosa que hacernos creer que la Corte está en la cresta de la ola de la defensa de las instituciones, a pesar de ser todos engullidos hacia el fondo del océano.

Tenemos la certeza de que el asunto Rizzo fue un proceso sin caso, ni clase.

En definitiva sin un caso contencioso real, debido a la ausencia de los legítimos contradictores, la Corte terminó ejerciendo un control objetivo de

constitucionalidad en la cáscara de un caso. Fuera de todo límite constitucional lo único que observamos es un veto judicial.[40]

c. El asunto *Colegio Público de Abogados de Tucumán*.

Con su fallo en *Colegio Público de Abogados de Tucumán*[41] el máximo tribunal ha logrado, pretoriana y antijurídicamente, establecer lo que en gran parte de Europa y otros países, es un sistema de control de constitucionalidad internormativo y objetivo que, en algunos casos convive con la posibilidad de un control de constitucionalidad concreto, sea en forma difusa o también concentrada. Incluso la Ciudad Autónoma de Bueno Aires recepta un sistema mixto de control de constitucionalidad.

El asunto se originó en razón de una acción declarativa de inconstitucionalidad y de certeza iniciada por el Colegio Público de Abogados de la Provincia de Tucumán por medio de la cual impugnaba disposiciones incorporadas por la convención reformadora en el año 2006 a la Constitución provincial.[42]

Concentraremos nuestro examen e interés en los aspectos de derecho procesal que el asunto ofrece.

Es oportuno señalar ante todo que la Provincia de Tucumán como varias provincias argentinas, e incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

[40] La jurisprudencia de la Corte, a veces en un muy corto lapso, siembra contradicciones desoladoras para quien intenta definir cuál es el criterio del tribunal en tal o cual asunto. Frente a Rizzo, fallado en el año 2013, cómo lograríamos explicar las palabras de la Corte cuando en el año 2007 decía que "*en cuanto a la proyección de la presente decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, cabe recordar que las consideraciones expuestas en el presente fallo en torno al ajuste de la prestación del actor por el período reclamado se limitan únicamente al caso concreto reseñado: ese es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad a conocimiento del Tribunal./Ello es así, en tanto no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general denegatoria de las disposiciones cuestionadas, pues ello implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le son propias de mantener el equilibrio que armoniza las garantías individuales con las conveniencias generales*". Considerando nº 23, in re "*Badaro, Adolfo Valentìn c/ANSeS s/reajustes varios"*; sentencia del 26/11/07; Fallos 330:4866.

[41] Sentencia del 14 de abril de 2015

[42] La reforma constitucional introdujo cambios en (i) el procedimiento para su reforma a través de enmiendas; (ii) la incorporación de un Consejo Asesor de la Magistratura bajo la órbita del Poder Ejecutivo provincial y; (iii) la integración y funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados creado con la reforma.

cuenta con procesos constitucionales inexistentes en el ámbito nacional, donde sólo serían posibles mediante una reforma constitucional.

De acuerdo con la constitución de la Provincia de Tucumán (art. 120) y de su Código Procesal Constitucional (Ley n°6944), en particular en lo que aquí interesa, los arts. 88, 89, último párrafo, e inciso 5, del art. 90, en la mencionada provincia el sistema de control de constitucionalidad es difuso y concreto. No hay control de constitucionalidad concentrado y objetivo.

Sin embargo, para no desviarnos de nuestro tema, que tiene por centro exhibir cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación utiliza la expresión “caso o causa” fuera de todo límite constitucional, nos ceñiremos a este objetivo.

Los problemas procesales más graves del fallo se encuentran en los considerandos nº 7 y 9.

El considerando nº7 acepta lisa y llanamente que el frente actor está planteando un puro control internormativo. Acepta la legitimación del Colegio de Abogados de Tucumán como una suerte de defensor de la Constitución, que pasaría a ser un intérprete privilegiado de ese texto para proponer la inaplicabilidad de una reforma constitucional en forma general. Sobre el concepto de caso o causa, ni una línea. Recordemos la vehemencia y celo de la Corte en el ya mencionado *Badaro*, del que aquí no parece haber vestigios.

El considerando nº 9 se inicia con una prevención. Nos, advierte que “*en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del "caso" resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos*”. Con esto se nos dice, en primer lugar, que el actor tiene legitimación extraordinaria, ello no sería un problema si se tratara de un caso colectivo, pero no lo es. En segundo lugar, se destaca que el fundamento de esa legitimación *es la afectación de la fuente misma*

de toda legitimidad y, con tan rimbombantes cartas credenciales, nos olvidamos que no hay caso o causa. Un truco retorico fácil de descubrir.

Sin embargo, con semejante impulso ya no asombra lo que sigue. En efecto, la Corte señala que: "*En estas situaciones excepcionalísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés "especial" o "directo*". Con esto nos podemos olvidar del caso o causa, de la legitimación ordinaria y de la extraordinaria para casos colectivos. La Corte acepta ante sus estrados la acción popular, basta ser ciudadano para poner en jaque cualquier norma general si se combinan las palabras "*constitución*", "*forma republicana*", "*esencia*" y "*pilares*".

La Corte llega a la exorbitante conclusión de sostener que está demostrado un interés especial o directo en cabeza del frente actor. La sentencia de la Corte trasgrede ostensiblemente la división de poderes porque rebasa los límites de la función jurisdiccional, actúa por fuera del caso y realiza un control internormativo puro.

La Corte debería recordar su temprana jurisprudencia cuando con lucidez señalaba que "*no se concibe demanda sin persona demandada*" y que "*el juez que declarase inconstitucional una ley, sin ocasión de un pleito, se saldría de su esfera de acción y penetraría en la del Poder Legislativo*".[43]

6. Conclusión

Los casos analizados y otros, cuyo abordaje excede esta ponencia, demostrarían un ilegítimo desborde de la función jurisdiccional por fuera de los límites constitucionales y una grave afectación del sistema de división de poderes y de la democracia como forma de vida. Su origen es lo que aquí llamamos, el veto judicial.

[43] Fallos, 30:281. En igual sentido, ver Fallos, 115:163.

Asumimos la necesidad de establecer un control de constitucionalidad concentrado, internormativo (objetivo) y con efectos generales; ello sólo parece posible por medio de una reforma constitucional. Esta posibilidad abriría un abanico de generosas alternativas que comprenden desde el control preventivo o sucesivo, la existencia de un tribunal constitucional o un consejo constitucional, etc. Como motivador para esta ponencia, creemos oportuno recordar aquí lo que Alejandro Horowicz dijo sobre el año 1955 cuando consideró a esa época como una grave limitación en la vida democrática pues *"el derecho de la mayoría para acceder al gobierno depende del consentimiento de una minoría con capacidad de veto militar*"[44]. Nosotros observamos que hoy en día los proyectos populares, legítimamente decididos a través de procesos democráticos, dependen de minorías y corporaciones con capacidad de veto judicial.

[44] Horowicz, Alejandro; *Las dictaduras argentinas. Historia de una frustración nacional*. Edhasa; Buenos Aires, 2012, pág. 18.